

T. C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ULUSLARARASI İLİŞKİLER ANABİLİM DALI

DOKTORA TEZİ

ULUSAL MAHKEMELER ÖNÜNDE YABANCI KAMU
HUKUKUNUN ULUSLARARASI HUKUK
BAKIMINDAN KONUMU

ITIR ALADAĞ GÖRENTAŞ

2502070368

TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. RAUF VERSAN

İSTANBUL, 2014



DOKTORA
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN

Adı ve Soyadı : İtir ALADAĞ GÖRENTAŞ
Anabilim/Bilim Dalı : Uluslararası İlişkiler
Danışman : Prof. Dr. Rauf VERSAN

Numarası : 2502070368
Tez Savunma Tarihi : 20.10.2014
Tez Savunma Saati : 10:00

Tez Başlığı : Ulusal Mahkemeler Önünde Yabancı Kamu Hukukunun
Uluslararası Hukuk Bakımından Konumu

TEZ SAVUNMA SINAVI, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 50. Maddesi uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜNE OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUyla karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
PROF. DR. RAUF VERSAN	↑ ↓ İtir Aladağ Görentaş	Kabul
PROF. DR. JALE CİVELEK	İtir Aladağ Görentaş	Kabul
DOÇ. DR. ZEYNEP KIVILCIM	İtir Aladağ Görentaş	Kabul
DOÇ. DR. KIVANÇ ULUSOY	İtir Aladağ Görentaş	Kabul
YRD. DOÇ. DR. ŞEBNEM SAYHAN	İtir Aladağ Görentaş	Kabul

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
PROF. DR. SAMİR SALHA		
DOÇ. DR. ÖZLEM TERZİ		

ULUSAL MAHKEMELER ÖNÜNDE YABANCI KAMU HUKUKUNUN ULUSLARARASI HUKUK BAKIMINDAN KONUMU

ITIR ALADAĞ GÖRENTAŞ

ÖZ

Uluslararası özel hukuk ve kanunlar ihtilafı meselesi olarak yabancı yasaların uygulanması mahkemeler için sıradan bir görevdir. Ancak, uygulanması söz konusu olan bir yabancı kamu hukuku yasası ise, mahkemeler pek çok sorunla karşı karşıya kalmaktadırlar. Belirtilen problem ile ilgili pek çok sorunun ilki neden mahkemelerin yabancı kamu hukukunun uygulamakta istekli olmadıklarıdır. Yabancı kamu hukukunun bir şekilde uygulanacağı varsayılırsa, kamu hukukunun dalları arasında yaklaşım farklılaşmakta mıdır? Yabancı kamu hukukunun önmelele ya da *lex causae* olarak uygulanmasında bir fark var mıdır? Buna benzer soruların yanı sıra, tartışılması gereken muhtemelen en önemli mesele yabancı kamu hukukunun uygulanıp uygulanmayacağına kimin karar vereceğidir.

Yukarıda sıralanan sorulara istinaden, yabancı kamu hukukunun uygulanması sorunu, bu konuyla diğer devletlere nazaran daha sıklıkla meşgul olmuş Anglo-Amerikan hukuk sistemini benimsemiş devletlerin yaklaşımları ve özelde de Türk hukuk sistemi çerçevesinde incelenecektir. Devletlerin yaklaşımlarına ek olarak, uluslararası örgütlerin yabancı kamu hukukunu uygulanır kılma yönündeki inisiyatif ve çabaları değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: yabancı kamu hukuku, uluslararası hukuk, kanunlar ihtilafı

FOREIGN PUBLIC LAW BEFORE NATIONAL COURTS IN TERMS OF INTERNATIONAL LAW

ITIR ALADAĞ GÖRENTAŞ

ABSTRACT

Application of foreign law is a routine task for courts when they are faced with questions concerning private international law. However, if the law to be applied is of public law character, courts will have to deal with several considerations. First of the many considerations is why courts should not apply foreign public law. Assuming the foreign public law is applied on way or another, does the approach differ from one branch of public law to another? Are there any differences between the application of foreign public law as preliminary question and *lex causae*? Along with these considerations, probably the most important issue to be discussed is who to decide whether or not to apply foreign public law.

In accordance with the questions set out above, the problem of application of foreign public law will be examined by reference primarily to the law of states following the common law tradition where this question takes on added significance and Turkish law in particular. In addition to states' approaches, international organizations' and institutions' initiatives and efforts concerning the application of foreign public law will be examined.

Keywords: foreign public law, international law, conflict of laws

ÖNSÖZ

Yabancı yasaların uygulanması genel olarak yabancı unsurlu eylem ve işlemlerde çıkan uyuşmazlıklardan ötürü bir devletin mahkemelerinin bir diğerinin özel hukukunu uygulamasını işaret etmektedir. Ancak pratikte yabancı yasaların uygulanması kavramı sadece yabancı özel hukuk yasaları ile sınırlı değildir. Mahkemeler özellikle 18. yüzyıldan itibaren artan biçimde yabancı kamu hukuku yasalarının uygulanmasını gerektirecek uyuşmazlıklar ile karşılaşmaktadırlar.

Mahkemeler yabancı özel hukuku, mahkeme devletinin kamu düzenine aykırı olmadığı sürece uygulamakta herhangi bir sakınca görmemekte, yabancı özel hukukun uygulanması bir tartışma konusu olmamaktadır. Yabancı kamu hukuku söz konusu olduğunda ise “uygulamama” olağan davranış gibi algılanmaktadır. Bugün halen, özellikle Kıta Avrupası’nda, Avrupa Birliği’nin mevcudiyetine rağmen, yabancı kamu hukuku görmezden gelinmeye çalışılmakta, yabancı kamu hukukuna sınır aşan etki tanınması sadece andlaşmalarla sağlanmaya çalışılmaktadır. Avrupa Birliği içerisinde bile devletlerin iç hukuk düzenlemeleri ile değil, andlaşmalar ile yabancı kamu hukukunun uygulanması meselesine çözüm getirmeye çalışmaları dikkat çekicidir. Tam da bu sebeple, yabancı kamu hukukunun ulusal mahkemeler önünde konumu özellikle değerlendirilmesi gereken bir konu ve aynı zamanda da sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Tezimizin amacı Türkçe literatürde hiç çalışılmamış, yabancı literatürde ise dar kapsamda ele alınmış bu konuyu uluslararası hukuk açısından değerlendirmek, yabancı kamu hukukunun uygulanmaması gerektiğine ilişkin mevcut önyargıyı kırmak ve yabancı kamu hukukunun hangi koşullarda uygulanabileceğini ve uygulama kararını kimin vermesi gerektiğini değerlendirmektir. Hiç şüphesiz kamu hukuku ve onun sınır aşan etkisi oldukça kapsamlı bir konudur, dolayısıyla genel çerçeveye çizilmeye ve özellikle ihtilafli konulara eğilmeye çalışılmıştır. Tezin alt başlıklarının ayrı ayrı akademik çalışmalar yapmaya oldukça verimli olması, kanımızca konunun önemini daha da arttırmaktadır.

Yabancı kamu hukukunun ulusal mahkemelerde uygulanması konusu araştırılırken çalışma dört ana bölümde planlanmıştır. Buna göre, ilk bölümde kamu hukukunun tarihsel gelişimi ele alınmış ve örnek davalar ile yabancı kamu hukukunun uygulanmasının çerçevesi çizilmeye çalışılmıştır. İkinci bölümde uluslararası hukukun getirdiği kısıtlamalar ve yüklediği sorumluluklar çerçevesinde yabancı kamu hukukunun uygulandığı ve uygulanmadığı alanlar değerlendirilmiştir. Üçüncü bölümde yabancı kamu hukukunun, mahkeme önündeki uyuşmazlığı çözecek hukuka yardımcı bir hukuki veri ya da önmelele olarak uygulanması, dördüncü bölümde ise yabancı kamu hukukunun, özellikle yabancı vergi yasalarının *lex causae* olarak uygulanması meselesi incelenmiştir. Dördüncü bölüm kapsamında örnek devletlerin pratiklerinden hareketle yabancı kamu hukukunun ülke dışında uygulanmasını sağlamayı amaçlayan ikili ve çok taraflı andlaşmalar değerlendirilecektir. Tezimizin planlaması yapılırken özellikle son iki bölümde, yabancı kamu hukuku niteliğindeki yasaların daha az sorun teşkil eden alanlarından, daha fazla tartışmaya yol açan uygulama alanlarına doğru bir inceleme tercih edilmiştir. Böylelikle tezimizin başında sorduğumuz soruların yanıtları açısından da bir yol haritası çizilmeye çalışılmıştır.

Günümüzde mevcut teknolojik imkanlar ve iletişim ağlarının sonsuz kombinasyon ile genişlemesi, tezimizin yazımı esnasında gerekli kaynaklara erişimi oldukça kolaylaştırmıştır. Karşılaşılan bir güçlük olarak belki konuyla uzaktan yakından ilgili Türkçe yazılmış herhangi bir kaynak bulunmuyor olması gösterilebilir, ancak şüphesiz bunun çalışmamızın önemini arttırdığı da yadsınamaz. Oldukça az çalışılmış bu konuyu incelememde yol gösterdiği ve uluslararası hukukun sıklıkla ele alınan meselelerinden farklı ve kanaatimce daha verimli bir alanda araştırma yapmamı sağladığı için tez danışmanım Prof. Dr. Rauf VERSAN'a çok teşekkür ederim. Kendisi ile çalışmamış olsaydım oldukça kısıtlı bir alanda, oldukça kısıtlı kaynaklar ile araştırma yapma yanılığısına düşebilirdim. Tezin yazımı esnasındaki katkılarının yanı sıra metodolojik yönlendirmeleri ile tezde bütünlüğün sağlanmasında yol gösteren Doç. Dr. Zeynep KIVILCIM'a ve konuya uluslararası ilişkiler perspektifinden bakmamı sağlayarak daha kapsamlı bir sonuca ulaşmamda yeni fikirler veren Doç. Dr. Kıvanç ULUSOY'a teşekkürlerimi sunarım.

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	iii
ABSTRACT.....	iv
ÖNSÖZ.....	v
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xiii
GİRİŞ.....	1

BÖLÜM I

TARİHSEL OLARAK KAMU HUKUKU KAVRAMI ve YABANCI KAMU HUKUKUNU UYGULAMA SORUNUNUN ORTAYA ÇIKIŞI

A. KAMU HUKUKU ve AYRI BİR HUKUK DALI OLARAK GELİŞİMİ.....	8
B. KAMU HUKUKU KAVRAMINA GETİRİLEN ELEŞTİRİLER ve KANUNLAR İHTİLAFI SORUNU.....	11
C. YABANCI KAMU HUKUKUNUN UYGULANMASI SORUNUNUN ORTAYA ÇIKIŞI.....	14
1. ARTAN ULUSLARARASI İLİŞKİLERİN ETKİSİ.....	14
2. YABANCI CEZA YASALARININ UYGULANMASI SORUNU.....	15
3. YABANCI HÜKÜMET TASARRUFLARI.....	17
D. YABANCI KAMU HUKUKUNUN UYGULANMAMASININ NEDENLERİ.....	18
1. CEZA YASALARININ ÜLKESELLİĞİ.....	19
2. DEVLET EGEMENLİĞİNİN TEMSİLİ: VERGİ YASALARI.....	23
a. 18. ve 19 YÜZYILDAKİ UYGULAMALAR.....	24
b. YABANCI VERGİ YASALARININ ÜLKESELLİĞİ.....	26
c. YABANCI VERGİ YASALARININ SAVUNMA OLARAK KULLANILDIĞI ÖRNEKLER.....	32
3. YABANCI DEVLETLERİN MİLLİLEŞTİRME TASARRUFLARI ve MAHKEMELERİN MAL VARLIĞINA EL KOYMA KARARLARI.....	34
4. KAMU HUKUKUNUN DİĞER ALANLARI.....	37
5. REKABETİ ve PİYASAYI DÜZENLEMeye YÖNELİK YASALAR...40	

a. HAKSIZ REKABETE İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLAR.....	40
b. PİYASA EKONOMİSİNE İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLAR.....	42
c. REKABET ve SERMAYE PİYASASI YASALARININ UYGULANMAMASININ NEDENLERİ.....	44
E. KAMU HUKUKUNUN KAPSAMI ve KANUNLAR İHTİLAFI KURALLARINA GÖRE YERİ.....	47

BÖLÜM II

YABANCI KAMU HUKUKUNUN UYGULANMASI ve ULUSLARARASI HUKUK

A. YABANCI KAMU HUKUKUNUN UYGULANMASININ DEVLET EGEMENLİĞİNE OLASI ETKİLERİ.....	50
B. ULUSLARARASI HUKUK AÇISINDAN YABANCI KAMU HUKUKU.....	52
1. İŞGAL ALTINDAKİ ÜLKELERDE KAMU HUKUKU.....	52
2. YASALARIN SINIR AŞAN ETKİSİ.....	54
3. ULUSLARARASI HUKUK ve İNSAN HAKLARI HUKUKU.....	56
C. YABANCI KAMU HUKUKUNUN UYGULANMASINI GEREKTİREN ULUSLARARASI ANDLAŞMALAR.....	58
D. ULUSLARARASI SİSTEMİN BİR PARÇASI OLARAK DEVLETİN YABANCI KAMU HUKUKUNU UYGULAMAKTAN KAÇINMASININ NEDENLERİ.....	61
1. UYGULAMA ESNASINDA KARŞILAŞILABİLECEK UYUŞMAZLIKLAR.....	63
2. YABANCI KAMU HUKUKU ve DEVLETLER ARASI İLİŞKİLER....	66
3. YABANCI DEVLETLERİN EGEMENLİĞİNE İLİŞKİN ÇEKİNCELER.....	69
E. YABANCI KAMU HUKUKUNUN UYGULANMASINDA İŞBİRLİĞİNİN ULUSLARARASI SİSTEME ETKİLERİ.....	74
1. YABANCI KAMU HUKUKUNUN UYGULANMASININ SAĞLAYACAĞI KAZANIMLAR.....	75
2. YARGI ORGANLARININ KARŞILAŞABİLECEĞİ SORUNLAR.....	80

3. YABANCI KAMU HUKUKUNUN UYGULANMASININ BİREYLERİN HAKLARINA ETKİLERİ.....	82
---	----

BÖLÜM III

YABANCI KAMU HUKUKUNUN ÇEŞİTLİ BİÇİMLERDE UYGULANMASI

A. YABANCI KAMU HUKUKUNUN ULUSAL MAHKEME ÖNÜNDE HUKUKİ VERİ OLARAK KULLANILMASI.....	87
1. YABANCI KAMU HUKUKU ULUSAL KAMU HUKUKU İLİŞKİSİ.....	88
a. SİYASAL SİĞİNMA ve SUÇLULARIN İADESİ.....	88
b. CEZA YASALARININ UYGULANMASINDA ULUSLARARASI İLKELER.....	90
c. İTHALAT- İHRACAT VERGİLERİ ve VERGİ İNDİRİMLERİ.....	92
d. YABANCI DEVLETLERİN TİCARİ FAALİYETLERİ ve HÜKÜMET TASARRUFLARI AYRIMI.....	93
2. YABANCI KAMU HUKUKU ULUSAL ÖZEL HUKUK İLİŞKİSİ.....	94
a. YAPILIŞI İTİBARIYLA BATIL ve YABANCI KAMU HUKUKUNA AYKIRI SÖZLEŞMELER.....	95
b. YABANCI DEVLETİN KAMU DÜZENİNE AYKIRI ve KONUSU İTİBARIYLA İMKANSIZ SÖZLEŞMELER.....	97
B. YABANCI KAMU HUKUKUNUN ÖNMESELE OLARAK UYGULANMASI.....	100
1. LEX FORİ'NİN UYGULANMASINDA YABANCI YASALARIN ROLÜ.....	101
2. YABANCI YASANIN TESPİTİNDE YABANCI KAMU HUKUKUNUN ÖNMESELE OLARAK ROLÜ.....	103

3. YABANCI KAMU HUKUKUNUN YABANCI ÖZEL HUKUKA YARDIMCI NORM OLARAK UYGULANMASI.....	106
4. YABANCI MİLLİLEŞTİRME TASARRUFLARININ UYGULANMASI.....	108
a. ÜLKESELLİK İLKESİ.....	109
b. HÜKÜMET TASARRUFLARI/ ACT of STATE DOKTRİNİ.....	111
5. PARA POLİTİKALARI ve IMF ANLAŞMASI.....	114
C. YABANCI KAMU HUKUKU ve ÖZEL BAĞLAMA NOKTASI.....	117
1. IMF ANLAŞMASI.....	122
2. REKABET HUKUKUNA İLİŞKİN YABANCI YASALAR.....	123
3. AMBARGOLAR ve TİCARİ İLİŞKİLERİN DONDURULMASI.....	125
4. ULUSLARARASI TİCARİ UYUŞMAZLIKLAR, TAHKİM ve ÖZEL BAĞLAMA NOKTASI.....	129

BÖLÜM IV

CEZA ve VERGİ YASALARI ÖZELİNDE YABANCI KAMU HUKUKUNUN UYUŞMAZLIĞIN ESASINA UYGULANMASI

A. YABANCI KAMU HUKUKUNUN UYUŞMAZLIĞIN ESASINA UYGULANMASI MESELESİ.....	134
B. YABANCI VERGİ YASALARI.....	138
1. ULUSLARARASI HUKUKUN ETKİSİ ve ANDLAŞMA YÖNTEMİ.....	139
2. YARI DOĞRUDAN UYGULAMA.....	142
C. DEVLETLER ARASI İLİŞKİLERİN SONUCU OLARAK YABANCI KAMU HUKUKUNUN UYGULANMASI.....	147
1. ABD’NİN SSCB’Yİ TANIMASI ve MİLLİLEŞTİRMELERİN DURUMU.....	147
2. MÜTTEFİK DEVLETLERİN VATANDAŞLARININ MAL VARLIKLARININ DURUMU.....	149

D. YABANCI KAMU HUKUKUNUN UYGULANMASI AMACIYLA DÜZENLENEN YASA ve ANDLAŞMALAR.....	151
1. YABANCI KAMU HUKUKUNUN UYGULANMASINA İLİŞKİN İNGİLTERE ve ABD’DEKİ ÇALIŞMALAR.....	152
a. İNGİLTERE’DEKİ UYGULAMA.....	153
b. ABD: ÜLKE İÇİNDEKİ DÜZENLEMELER ve İKİLİ ANDLAŞMALAR.....	153
(1) İÇ HUKUKTA YABANCI YASALARIN KONUMU.....	155
(2) VERGİ ANDLAŞMALARI.....	157
(3) CEZA YASALARINA İLİŞKİN ANDLAŞMALAR.....	159
2. YABANCI KAMU HUKUKUNA DAYANAN MAHKEME KARARLARININ UYGULANMASINA İLİŞKİN ULUSLARARASI DÜZENLEMELER.....	161
a. AB’NİN DÜZENLEMELERİ.....	161
b. LAHEY, ROMA ve AMERİKA KITASI SÖZLEŞMELERİ.....	164
3. TÜRK HUKUKUNDA YABANCI KAMU HUKUNUN UYGULANMASI.....	166
a. TÜRKİYE’NİN TARAF OLDUĞU İKİLİ ANDLAŞMALARLA YABANCI KAMU HUKUKUNUN UYGULANMASI.....	167
(1) ADLİ YARDIM ve CEZA MESELELERİNDE İŞBİRLİĞİ ANDLAŞMALARI.....	168
(2) ÇİFTE VERGİLENDİRMEYİ ÖNLEME ANDLAŞMALARI.....	174
(3) SOSYAL GÜVENLİK SÖZLEŞMELERİ.....	183
b. TÜRKİYE’NİN AVRUPA KONSEYİ BÜNYESİNDE İMZALADIĞI ÇOK TARAFLI ANDLAŞMALAR.....	188
(1) SUÇLULARIN İADESİNE DAİR AVRUPA SÖZLEŞMESİ.....	189
(2) CEZA İŞLERİNDE KARŞILIKLI ADLİ YARDIM ve CEZA KOVUŞTURMALARININ AKTARILMASI KONUSUNDA AVRUPA SÖZLEŞMELERİ.....	191

(3) CEZA YARGILARININ MİLLETLERARASI DEĞERİ KONUSUNDA AVRUPA SÖZLEŞMESİ.....	193
SONUÇ.....	199
BİBLİYOGRAFYA.....	208
KİTAPLAR.....	208
MAKALELER.....	213
BELGELER.....	224
İNTERNET ADRESLERİ.....	230
DAVALAR.....	232
ÖZGEÇMİŞ.....	239

KISALTMALAR LİSTESİ

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ALR	: American Law Reports
Austl.	: Australia
BCLR	: British Columbia Law Reports
BCSC	: British Columbia Supreme Court
CA	: Court of Appeals
CETS	: Council of Europe Treaty Series
Ch.	: Chapter
Cir.	: Circuit
Div.	: Division
ECHR	: European Court of Human Rights
Ed.	: Editor
H.L.	: House of Lords
ICJ	: International Court of Justice
Ir.H.Ct.	: Ireland High Court
KB	: King's Bench
Ll.L.Rep.	: Lloyd's Law Reports
NZLR	: New Zealand Law Reports
OAS	: Organization of American States
OECD	: Organization for Economic Co-operation and development
PCIJ	: Permanent Court of International Justice
QB	: Queen's Bench
S. Afr.	: South Africa
SEC	: (USA) Securities and Exchange Commission
Sup.Ct.Can.	: Supreme Court of Canada
TS	: Treaty Series
U.S.	: United States Supreme Court

UK : United Kingdom
UN : United Nations
UNESCO : United Nations Educational, Scientific and Cultural
Organization
UNTS : United Nations Treaty Series
USA : United States of America
WLR : Weekly Law Reports

GİRİŞ

Ulusal mahkemeler önündeki yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda yabancı yasaların uygulanması, genelde boşanma, miras gibi özel hukuk meselelerini kapsamakta ve uluslararası özel hukukun düzenleme alanına girmektedir. Mahkemenin kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanması gereken yasa, özel hukuk niteliği taşıdığında, mahkeme, kamu düzeni izin verdiği ölçüde bahse konu yasayı uygulayacaktır. Diğer taraftan, uyuşmazlığın çözümüne uygulanacak yabancı yasa kamu hukuku kapsamında ise, ulusal mahkemeler genelde “uygulanmazlık” kararı vermektedirler. Mahkemeler neden yabancı özel hukuk yasalarını şartlar oluştuğu zaman uygularken yabancı kamu hukuku yasalarını uygulamayı reddetmektedirler? Yabancı kamu hukuku olur da uygulanırsa, kamu hukuku yasalarının hangilerinin, başka bir deyişle kamu hukuku dallarından hangilerinin uygulanacağı kararı neye göre verilmektedir? Mahkemeler bir miras uyuşmazlığını çözmek için yabancı miras hukukunu, sözleşmeden doğan yükümlülükleri saptamak için de sözleşme hukukunu uygulamakta herhangi bir sakınca görmemektedirler. Diğer taraftan, mahkeme önündeki yabancı unsurlu uyuşmazlığa uygulanacak yabancı yasa kamu hukuku kapsamında ise mahkeme (bazı istisnai durumlar hariç) hem yasayı uygulamayı hem de yabancı mahkemenin bu yasayı uygulayarak aldığı kararı tanımayı, ona etki doğurmayı reddetmektedir.

Bu çalışmada, yabancı devletlerin kamu hukuku yasalarının ulusal mahkemelerce değerlendirilişi ve ulusal hukuk ile ilişkisi, daha da önemlisi yabancı kamu hukukunun uygulanmasını gerektiren uluslararası uyuşmazlıkların çözümü ele alınacaktır. Bu doğrultuda tarihsel gelişim ele alınacak, çağdaş ana akım kurallar tanımlanacak ve pratikte, teoride ve literatürde öncü bazı devletlerin temayülleri incelenecektir. Buradan hareketle, hem mahkemelerinde hem de yasama düzeyinde yabancı kamu hukukunun uygulanması sorunu ile özellikle meşgul olmuş Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere, Kanada, Yeni Zelanda, Avustralya ve kısıtlı da olsa Almanya gibi bazı devletlerin yaklaşımları ile özelde Türkiye Cumhuriyeti’nin mevzuatı incelenecektir. Özellikle ABD ve İngiltere gibi devletlerin uygulamalarının

incelenmiş olmasının en temel sebebi, bu devletlerin hukuk sistemlerinin içtihat hukuku üzerinden ilerlemesinin de etkisi ile, yasama, yürütme ve yargı organlarının yabancı kamu hukukunu tamamen reddetmiyor oluşu, yabancı kamu hukukunun uygulanması sorununa çözüm getirmeye çabalıyor olmalarıdır. Ne yazık ki bu örnekler dışında, özel andlaşmalar ve uluslararası örgütlerin bünyesinde hayata geçirilen düzenlemelerin yokluğunda, devletler yabancı kamu hukukunu ya uygulanamaz addettiklerinden ya da hiç değerlendirmeye bile almadıklarından, ne mahkemelerinin yabancı kamu hukukunun uygulanmasını gerektirecek uyuşmazlıkları çözmelerine izin vermekte ne de böyle bir uyuşmazlık çıktığı zaman nasıl ve hangi esaslara göre çözüm getirileceğine ilişkin yasama düzeyinde bir kurallaşmaya gitmektedirler. Diğer bir deyişle, yabancı kamu hukuku görmezden gelinmektedir, ancak bu sorunun mevcut olmadığı anlamına gelmez.

Özellikle 20. yüzyılın son yarısında yabancı kamu hukukunun uygulanması sorunu devletin sınır aşan yetkileri çerçevesinde değerlendirilmiştir. Konu, devletlerin kamu hukukunun en dış sınırı, uluslararası hukukun getirdiği kısıtlamalar, mücemele ve devletlerin kendi kendileri sınırlamaları üzerine odaklanmaktaydı. Ancak hem tezimizde, hem de artık 21. yüzyıl itibariyle konu, sınırları içerisine “nüfuz edilmeye çalışılan devlet” bakımından değerlendirilmektedir. Uluslararası hukuk, bu ilişki içerisinde, hem kamu hukuku niteliğindeki yasalarını uygulamak isteyen devletin sınır aşan yetki iddialarını sınırlamaya yönelik kuralları düzenlemekte, hem de yabancı kamu hukukunun mahkeme devleti tarafından uygulanması durumunda bunun hangi koşullarda ve hangi kurallara istinaden yapılacağını tespit etme görevini üstlenmektedir. Devletlerin özel hukuk yasalarının, yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda ülke dışında uygulanmasına ilişkin kurallar uluslararası özel hukuk tarafından düzenlendiğine ve yabancı kamu hukuku yasalarının ulusal mahkemeler önünde uygulanmasına ilişkin genel kabul görmüş herhangi bir kanunlar ihtilafı kuralı ve uluslararası özel hukuk alanında herhangi bir düzenleme bulunmadığına göre, tanımı gereği yabancı kamu hukuku niteliğindeki yasalar, eğer uygulanacaksa, bu konudaki düzenlemenin adresi uluslararası hukuk olmalıdır.

Tezimizin konusu dahilinde önce kamu hukukunun bir tanımı yapılmaya çalışılacak; bu çerçevede kamu hukukunun gelişimi tarihsel olarak incelenecektir. Bunun akabinde kamu hukukunu oluşturan kavramlar, onu özel hukuktan ayıran özellikler sıralanacak ve açıklanacaktır. Birinci Bölüm dahilinde, yabancı kamu hukukunun uygulanmasının gündeme geldiği davalar ve mahkemelerin bu konuya erken dönem yaklaşımları ele alınacaktır. Bu çerçevede, özellikle 18. yüzyıldaki olumlu örneklerin yanı sıra ceza ve vergi davalarında öne çıkan kamu hukukuna ilişkin önyargının içtihatla nasıl yerleştiği incelenecektir. İkinci Bölüm’de, yabancı kamu hukukunun uygulanmasının uluslararası sistemdeki yeri değerlendirilmeye çalışılacaktır. Yabancı kamu hukukunun ülke dışında uygulanmasının uluslararası hukuk kavramları açısından ele alınmasını takiben, bu tip yasaların ülke dışında uygulanmasını sağlayan uluslararası anlaşmalar ve teamül kuralları incelenecektir. Buna ek olarak devletin diğer devletlerle etkileşim içerisinde bir uluslararası aktör olarak yabancı kamu hukukunu uygulamak istememesinin nedenleri ile uluslararası sistemin bir parçası olarak yabancı kamu hukukunu uygulamada işbirliği yapması halinde elde edeceği kazanımlar değerlendirilecektir. Üçüncü Bölüm’de, yabancı kamu hukuku yasalarının, mahkeme önündeki yabancı unsurlu uyuşmazlığın çözümünde yardımcı bir hukuki bilgi, önmele veya uyuşmazlığı düzenlemede/çözmede en çok çıkarı bulunan devletin tespiti ile özel bağlama noktası yaklaşımı çerçevesinde ulusal mahkemede uygulanması ele alınacaktır. Dördüncü Bölüm’de ise yabancı kamu hukukunun, doğrudan yabancı devletin egemenliğinden kaynaklanan iddialarını desteklemek amacı ile uygulanmak istendiği durumlar ele alınacak ve değerlendirilecektir. Bu bölümde devletlerin yabancı kamu hukukunun uygulanmasına ilişkin varsa iç hukukta yaptıkları düzenlemeler ve taraf oldukları anlaşmalar ile kamu hukukunu ülke sınırları dışında etkin kılma çabaları ele alınacaktır. Dördüncü Bölüm kapsamında ayrıca uluslararası örgütlerin yabancı kamu hukukunu uygulanmasını sağlamaya yönelik çalışmaları da değerlendirilecektir. Sonuç bölümünde yabancı kamu hukuku yasalarının artan oranlarda uygulanmasının yeni yaklaşımları gerektirip gerektirmediği ve bunun klasik anlamı ile devlet egemenliğini ihlal anlamı taşıyıp taşımadığı tartışılacak ve gelecek uygulamalar için bir vizyon çizilmeye çalışılacaktır.

Çalışmamızın genelinde yabancı kamu hukuku incelenirken çevreden merkeze doğru bir yöntem takip edilecektir. Diğer bir deyişle, kamu hukukunun ülke dışında uygulanması en çok tartışılan ve en çok muhalefet ile karşılaşılan alanı olan yabancı vergi ve ceza yasalarının uygulanmasının incelenmesi en sona bırakılmıştır. Ayrıca uygulama yoğunluğu bakımından da bir sıra izlenmiştir. Şöyle ki; hangi çeşit yasanın tartışıldığına bakılmaksızın yabancı kamu hukuku niteliğindeki yasaların yardımcı bir yan eleman olarak kullanıldığı vakalar önce incelenmiş, bunları yabancı kamu hukukunun ön meseleyi oluşturduğu vakaların değerlendirilmesi izlenmiş, en nihayetinde yabancı kamu hukukunun mahkeme önündeki uyuşmazlığın çözümünde esas mesele olarak uygulanmasının gerektiği davalar ele alınmıştır.

Yabancı kamu hukukunun uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin tartışmalar oldukça eski olsa da bugün bile tam olarak çözümlenememiştir, mahkemeler açısından konu halen belirsizliğini koruyan bir mücadele alanıdır. Kamu hukukunun ülke dışında uygulanıp uygulanmamasının asıl önemi, tek tek davaların sonuçlarından değil, hükümetlerin ulus aşırı düzenleme yapma kabiliyetini kısıtlamasından kaynaklanmaktadır. Eğer bir ulusal mahkeme ne A devletinin rekabet yasalarını ne de ona dayanarak verilen A devleti mahkemesinin kararlarını uygulamazsa, bu durumda A devletinin rekabet yasalarının etkililiği A devleti mahkemelerinin davalı üzerinde kişisel yetkisi olup olmadığına ve davalının A devleti ülkesinde, üzerinde mahkeme kararının icra edilebileceği herhangi bir malvarlığı olup olmadığına bağlı kalacaktır. Diğer devletlerin mahkemeleri A devletinin rekabet yasalarını veya bu yasaya dayanarak verilen mahkeme kararlarını uygulamaya istekli olduklarında ancak ulus aşırı rekabet yasalarının beklenen etkisi artacaktır¹. Devletin uluslararası arenada yasama- yürütme- yargı yetkisine ilişkin anlaşmalar ve teamüllerle oluşmuş kurallar, ulus aşırı düzenlemelerin etkililiğini doğrudan değiştirmektedir.

Çalışmamızda, devletlerin yabancı kamu hukukunun uygulanmaması gerektiğine ilişkin mevcut kabulleri kırmaları gerektiği zira kamu hukukunun

¹ William S. Dodge, "Antitrust and the Draft Hague Judgment Convention", **Law and Policy in International Business**, Volume. 32, 2001, s. 363- 366

uygulanmasında işbirliği yapmanın karşılıklı çıkar sağlayacağı savunulacaktır. Özellikle Avrupa Konseyi bünyesinde yabancı kamu hukukunun sınır aşan uygulanmasında işbirliğini öngören andlaşmalar bulunmaktadır. Sorulması gereken soru, yabancı kamu hukukunun uygulanıp uygulanmayacağı değil, bunun kararını devletin hangi organının vereceğidir. Devletlerin temel çıkarlarının savunulmasına ilişkin yasalar göz önünde bulundurulduğunda, ki bunların arasında ilk anda vergi yasaları, kamu adına açılan ceza davaları ve devletlerin rekabet ve sermaye piyasası üzerindeki tasarrufları öne çıkmaktadır, devletlerin yasama ve/ veya yürütme organları görevi üstlenmeli ve karşılıklı andlaşmalar aracılığıyla kamu hukukunun uygulanması sağlanmalıdır. Buna karşılık, mahkemeler, yasalar böyle bir kararı mahkemelerin tek başına vermesine izin veriyorsa bile, doğrudan yabancı devletler tarafından açılan ve çözümü yabancı kamu hukukuna dayanan uyuşmazlıkları bahse konu andlaşmaların yokluğunda görüşmemeli ve yabancı yasayı uygulamamalıdır. Zira mahkemeler, kurum olarak mütakabiliyet esasını sağlayacak konumda değildirler. Diğer taraftan gerçek kişilerin ve özel hukuk tüzel kişilerinin hakları söz konusu olduğunda adaletin gereği, mahkemenin aynı yabancı özel hukuk yasasını uyguluyormuşcasına yabancı kamu hukukunu da uygulamasıdır. Özel hukuk kişilerinin ve devletin hakları arasındaki ayrım örnek davalarda da göze çarpmaktadır. Yabancı kamu hukuku yasalarına atfedilen “uygulanmazlık” sınırlarının, özel hukuk kişilerinin haklarını korumaya yönelik alanda, haksız rekabet ve sermaye piyasalarına ilişkin davalarda ortadan kalkması gerektiği açıktır. Yine de, mahkemelerin özel hukuk kişilerinin haklarını korumaya yönelik olsa da yabancı rekabet yasalarını ve diğer mali yasaları uygulamayı reddettikleri ve yine bu yasalara dayanarak alınan ancak özel hukuk kişilerinin çıkarlarını koruyan yabancı yargı kararlarının etki doğurmasını da engelledikleri görülmektedir. Özel hukuk kişilerinin haklarının korunması adına, en azından bu tip davalarda, yabancı kamu hukukuna ilişkin olumsuz yaklaşım terk edilmelidir.

Devletlerin yasama ve yürütme organlarının yabancı kamu hukukuna yaklaşımı, meselenin çözümü açısından büyük önem taşımaktadır. ABD ve Birleşik Krallık'ta çıkartılan, yabancı mahkeme kararlarının tanınmasına ilişkin yasalar ve Brüksel Sözleşmesi- yeni adı ile Brüksel Tüzüğü- gibi akitleşmeler genel olarak ceza

ve vergi yasalarına dayanan yabancı mahkeme kararlarını dışarıda bırakmakta ve bunlara ilişkin nihai kararı ve dolayısıyla bu tarz yasaların uygulanıp uygulanmayacağı muallakta kalmaktadır. Öte yandan, Avrupa Konseyi'nin ceza yasalarının uygulanması özelinde yabancı kamu hukukuna ilişkin olumlu bir takım çalışmaları mevcuttur. Buna ek olarak Dördüncü Bölüm kapsamında Türkiye'nin durumu incelenirken görüleceği gibi, devletler ikili anlaşmalarla yabancı vergi ve ceza yasalarının ülke dışında uygulanmasının önünü açmaktadırlar. Suçluların iadesi anlaşmaları, karşılıklı yasal yardım anlaşmaları gibi belgelerle devletler, yabancı kamu hukukuna karşı mevcut olumsuz yaklaşımı zaten belirli bir ölçüde kırmış görmektedirler. Devletler, çıkarlarının gözetileceğini düşündükleri durumlarda, yabancı kamu hukuku yasalarının uygulanması için işbirliğine gidebilmektedirler.

Tezimizde yabancı kamu hukukunun uygulanıp uygulanmamasına ilişkin teamülün gelişimi özellikle bir incelemeye tâbi tutulacaktır. Yabancı kamu hukukuna karşı olumsuz yaklaşımın birbirinden ayrı ve bağımsız olarak gelişen iki kurala dayandığı söylenebilir; yabancı ceza yasalarının uygulanmaması kuralı ve “vergi kuralı” adı ile de bilinen ve yabancı vergi yasalarının uygulanmasını yasaklayan kural. Temelde suçun yerelliği ve sözleşmelerin uygulanmasını teşvik etmeye dayalı olan bu kurallar, 20. yüzyıl boyunca, yabancı yasayı uygulamanın zorluğu, yabancı yasayı yanlış uygulamaktan dolayı yabancı devletler ile ilişkilerin bozulması korkusu ve bir devletin mahkemelerinin diğer bir devletin çıkarlarının gözetilmesinde yardımcı olmaması gerektiği fikri gibi üç farklı “argümanla” destek bulmuştur. Yabancı millileştirme tasarruflarının durumu ve yabancı kamu hukukuna ilişkin uygulanmazlık kaydının rekabet yasaları ve mali yasalara ilişkin olarak nasıl yanlış yorumlandığı da ayrıca incelenmesi gereken bir konudur.

Yabancı kamu hukukunun uygulanmaması yaklaşımında en çok öne sürülen gerekçelerden biri de yukarıda anılan yabancı kamu hukukunu uygulamanın sözde güçlüğü meselesidir. Ancak yabancı özel hukuk yasalarının mahkeme devletinin kamu düzeni çekincesi ile karşılaşmadığı takdirde neredeyse her koşulda uygulandığı bir uluslararası sistemde, yabancı kamu hukukunun uygulanmasının nasıl ve neden teknik olarak daha zor olacağını anlamak mümkün değildir. Öte

yandan, yabancı kamu hukuku yasalarını uygulamanın sözde zorluğu, bunlara dayanan mahkeme kararlarının neden tanınmadığını da hiçbir şekilde açıklayamaz. Yabancı kamu hukukunun uygulanmaması gerektiğini savunanların bir başka savı, yabancı yasayı yanlış uygulamaktan ötürü yabancı devletler ile ilişkilerin bozulması korkusu ise, başlı başına yanlış ve konunun önemi ele alındığında fazlaca basit bir dayanak noktasıdır. Yabancı kamu hukukunun seçmeli olarak uygulanması şüphesiz ki devletlerin ilişkileri açısından yabancı kamu hukukunun hiç uygulanmamasına göre daha tercih edilecek bir durumdur. Ulusal mahkemelerin yabancı kamu hukukunu uygulamayı reddettiklerinde kullandıkları bir başka gerekçe de, hiçbir devletin mahkemelerinin bir diğerinin çıkarını korumada araç olmaması gerekliliğidir. Burada savunulması gereken, mahkemenin yabancı kamu hukukunu uygulamayarak diğer bir devletin çıkarına aykırı davranmış olması değil; mahkemenin yabancı yasayı uygulamayı reddederek kendi hukukunun da yabancı mahkemede, bir andlaşma aracılığı ile, mütakabiliyet esasına göre uygulanmasını sağlamaya yönelik bir koz elde etme çabasıdır. Başka devletlerin çıkarlarını, kendi toplumunun çıkarlarını ve ülkesinin egemenliğini korumak amacı ile bertaraf etme düşüncesi başlangıç noktası olarak olumsuz bir düşüncedir ve kanaatimizce yarardan çok zarar getirecektir.

BÖLÜM I

TARİHSEL OLARAK KAMU HUKUKU KAVRAMI ve YABANCI KAMU HUKUKUNU UYGULAMA SORUNUNUN ORTAYA ÇIKIŞI

Çalışmamızın Birinci Bölümü'nde “kamu hukuku” kavramı ile ne anlatılmak istendiği ve kamu hukukunun özel hukuktan ne gibi farkları olduğunun çerçevesi çizilmeye çalışılacaktır. Akabinde yabancı kamu hukukunun uygulanması sorunun gelişimi en erken dönem örnekler ile ele alınacak ve böylece tezimizin geneli için bir yol haritası çizilecektir.

A. KAMU HUKUKU ve AYRI BİR HUKUK DALI OLARAK GELİŞİMİ

Hukukun bir dalı olarak kamu hukuku, bireyler ile devlet arasındaki ilişkiler ile bireylerin birbirleri ile ilişkilerinin doğrudan toplumu etkileyen alanlarını düzenlemektedir. Kamu hukukunun temel endişesi kamu yararını gözetmek, kamu düzeninin devamını sağlamaktır. Bu kavramsal çerçevede kamu hukuku MS 2. yüzyıla, Roma hukukuna dayanmaktadır.

Kamu hukuku özel hukuk ayrımının temelleri Roma hukukuna dayanmaktadır. Kamu hukuku Roma devletinin ilişkilerini, özel hukuk ise özel kişilerin çıkarlarını ele alıyordu². Romalı hukukçu Ulpian'ın bu tanımı hukuktaki en belirgin, en eski ayrımlarından birinin, kamu hukuku özel hukuk ayrımının temelini oluşturmuştur. Roma modelinde hukuk bir takım ilişkiler bütünü olarak ele

² “*Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem.*” Olha O. Cherednychenko, **Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party**, München, Sellier- European Law Publishers GmbH, 2007, s. 23

alınmaktaydı; kişiler- kişiler, kişiler- eşyalar, kişiler ve devlet³. İlk iki ilişki doğrudan özel hukukun inceleme alanını oluşturmakta ve kişiler- devlet arasındaki ilişki bu bakımdan onlardan oldukça farklılaşmaktaydı. Ulpian'a göre kamu hukuku devletin yapısına ilişkin bir hukuk alanı iken, özel hukuk bireylerin çıkarları ile ilgilenmekteydi⁴. Ancak kamu hukuku kavramının fikir babası Ulpian da dahil olmak üzere Roma hukukçularının genel olarak özel hukuk üzerine yoğunlaşması⁵ dolayısıyla kamu hukukun ayrı bir hukuk dalı olarak gelişip ayrıntılı bir sistem halini alması ilerleyen yüzyıllarda gerçekleşecekti⁶.

Özellikle feodalizmin hakim olduğu dönemde, kamu hukuku özel hukuk ayrımı çok da geçerli bir ayrım değildi, ancak 16. ve 17. yüzyıllarda egemen devletin yükselişi hukukun bu iki temel dalı ayrı değerlendirilmeye başlandılar. Kamu hukuku- özel hukuk ayrımı aslen modern politik ve yasal düşüncelerin ikili hareketinden doğmuştu⁷. Bir yanda egemenlik teorileri ve ulus devletin ortaya çıkışı ile şekillenmeye başlayan ayrı kamusal alan bulunmakta⁸, diğer tarafta ise devletin önce monarşiler sonra parlamentolar aracılığıyla toplum üzerindeki isteklerini uygulatabilmek için güçlerini arttırmaları ve dolayısıyla devlet güçlerinin müdahalesinden uzak ayrı bir özel alana duyulan ihtiyacın yükselişi göze çarpmaktaydı⁹. Tüm bu itici etkilere rağmen hukuktaki ayrımın mevcut halini alması piyasanın ilişkileri düzenleyen bir merkez olarak gündeme oturduğu 19. yüzyılı bulacaktı¹⁰. Diğer taraftan kamu hukuku- özel hukuk ayrımının en kapsamlı haliyle başından beri sadece Kıta Avrupası'nda geliştiğini de belirtmek gerekir¹¹.

³ http://lf-oll.s3.amazonaws.com/titles/2078/Maine_1369_EBk_v6.0.pdf (Çevrimiçi) 18 Ağustos 2014

⁴ Bülent Tahiroğlu & Belgin Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri**, İstanbul, Der Yayınları, 2011, s. 125

⁵ **a.g.e.**, s. 126

⁶ Herbert Felix Jolowicz, **Lectures on Jurisprudence**, (Edited by John Anthony Jolowicz), London, The Athlone Press, 1963, s. 326

⁷ Morton J. Horwitz, "Comment: The History of Public/ Private Distinction", **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. 130, No. 6, 1982, s. 1423

⁸ **a.g.y.**

⁹ Horwitz, **a.g.e.**, s. 1424

¹⁰ **a.g.y.**

¹¹ Cherednychenko, **Fundamental Rights.....**, s. 24

Kamu hukukundaki bu gelişmelerden çok önce özel hukuk gelişmiş bir sistem halini almıştı. Diğer taraftan, uluslararası ticaretin artışı ile özel hukuk yasalarının sınır aşan uygulaması üzerinde düşünülmesi ve çözüm üretilmesi gereken bir sorun teşkil etti. Uluslararası özel hukuk başlangıçta sadece medeni hukuk uzmanlarının çalışma alanındaydı; zamanla farklı hukuk sistemlerinin kuralları arasındaki uyumsuzlukları çözmeye kullanılarak öne çıktı. Uluslararası özel hukukun ayrı bir disiplin olarak gelişmesi, özel hukuk uzmanlarının “statücü doktrin”i ve “mücamele doktrini”ni geliştirmesi ile sağlandı. Roma İmparatorluğu’nun yıkılmasından, özellikle Orta Çağ’ın ikinci yarısından sonra daha belirgin sınırlara sahip krallıklar ve imparatorluklar oluşmaya başladığında, yasaların ülke dışında uygulanması bir egemenlik sorunu olarak akademisyenlerin ilgisini çekmeye başladı¹². Bununla beraber, Roma hukukunu analiz eden *Glossatorlar* tarafından geliştirilen 11. ve 12. yüzyıl kanunlar ihtilafı doktrinine göre, şahsi statüleri, örneğin ehliyet mevhumunu düzenleyen yasalar kişiyi nereye giderse gitmiş takip etmekteydi, buna karşılık bazı statüler vardı ki bunlar sadece ülkesel olarak uygulanabildiler. 14. yüzyılda İtalya’da gelişen statücü doktrine göre yasalar ülkesel ve ülke dışı uygulanırlık durumlarına, amaçlarına göre üçe ayrılmaktaydı. Buna göre aynî statüler, mülkiyet üzerindeki hakları tesis etmekteydi ve ülkesel olarak uygulanıyordu. Şahsi statüler, ehliyet ve evlilik gibi konuları düzenlemekteydi ve kişileri gittikleri yerde takip etmeleri sebebi ile ülke dışında uygulanabilmekteydiler. Karışık statüler ise, sözleşmeleri düzenleyen yasalar gibi, sözleşmenin içeriğine göre ülkesel ve ülke dışı uygulamaya konu olabilirdi¹³. Statücü doktrinle birlikte kökenleri beliren mücamele doktrinine göre ise¹⁴, bir yetki alanında gerçekleştirilen hukuki işlem veya yürürlükte olan yasanın diğerinde, eğer kamu düzenine aykırılık teşkil etmiyorsa, karşılıklı olarak tanınması öngörülmekteydi¹⁵. Mücamele doktrini, 16. yüzyılda da, Ulrich Huber tarafından tam bir sistem haline getirildiği 17. yüzyılda da, sadece özel hukuk

¹² Cedric Ryngaert, **Jurisdiction in International Law (Oxford Monographs in International Law)**, New York, Oxford University Press, 2008, s. 45

¹³ Joel R. Paul, “The Transformation of International Comity”, **Law and Contemporary Problems**, Volume 71, No. 3, Transdisciplinary Conflict of Laws (Summer 2008), s. 21- 22

¹⁴ H.E.Yntema, “The Comity Doctrine”, **Michigan Law Review**, Volume 65, No. 1, Nov. 1966, s. 9-16; Mücamele doktrinin bugün kullanılan anlamı ile yerleşmesi 17. yüzyılın ve Hollanda’nın ürünüdür. Ancak kökenleri Orta Çağ’a dayanmaktadır.

¹⁵ John Kuhn Bleimaier, “The Doctrine of Comity in Private International Law”, **Catholic Lawyer**, Volume 24, 1978- 1978, s. 327

niteliğindeki yasaların karşılıklı uygulanmasını öngörüyordu. Öte yandan Huber, mücemele doktrini uygulanırken yasaların ve yabancı hukuk sistemlerinin bir bütün olarak ele alınması gerekliliğine yaptığı vurgu ile yabancı kamu hukukuna ilişkin açık kapı bırakmaktadır¹⁶.

Kamu hukuku otonom bir alan olarak 16. yüzyıl ortaları ile 17. yüzyıl sonu arasındaki gelişmeler ışığında şekillenmiş ve piyasa ekonomisinin kendisini iyiden iyiye hissettirmeye başladığı 19. yüzyılda da bugünkü haline kavuşmuştur. Bu dönem ayrıca din kaynaklı tartışmaların artış gösterdiği, siyasi düşünceler tarihinde sekülerizm, rasyonalizm ve tarihselcilik akımlarının arttığı bir dönem olarak göze çarpar. Şüphesiz mevcut tartışmalar kamu hukukunun gelişimini derinden etkilemiştir. Siyasi düzenin dini temellerinden ayrılması ile; kamu hukuku sözde dini kapsamından ayrılıp, dünyevi hale geliyor ve kendine ait, seküler terimlerle tanımlanmış bir konsepte kavuşuyordu¹⁷. Diğer taraftan, siyasi otoritenin “devletin” devamını sağlamayı amaç edinmiş hükümdar fikrinden, hükümdarın da korunmasını görev edindiği ayrı bir anayasal düzen fikrine doğru evrilmesi¹⁸ otonom bir kamu hukuku üzerine inşa edilen kurumsal devlet kavramının doğuşuna öncülük edecekti.

B. KAMU HUKUKU KAVRAMINA GETİRİLEN ELEŞTİRİLER ve KANUNLAR İHTİLAFI SORUNU

Kamu hukukuna artan ilgi, kaçınılmaz olarak, beraberinde artan eleştirel sesleri de yükseltti. Anglo- Amerikan bakış açısıyla, idare hukukunun ayrıca ele alınması eşitlik ilkesine aykırı görülmekteydi¹⁹. Devletin, devlet organlarının ve çalışanlarının ayrı bir mevzuat ve yargı mekanizmasına tâbi olmasının, bireye karşı

¹⁶ H.E.Yntema, *age*, s. 29- 30

¹⁷ Ernst- Wolfgang Böckenförde, *State, Society and Liberty: Studies in Political Theory and Constitutional Law*, New York, Berg, 1991, s. 47

¹⁸ Quentin Skinner, *The Foundations of Modern Political Thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 1978, s. x

¹⁹ Bernard Swartz, *French Administrative Law and the Common Law World*, New Jersey, The Lawbook Exchange Ltd., 2006, s. 5, 7, 8

devleti avantajlı konuma soktuğu yönünde eleştiriler mevcuttu²⁰. Albert V. Dicey²¹ anayasa hukuku ve kanunlar ihtilafı alanlarında döneminin en önemli İngiliz otoritelerinden biriydi. Her iki konuda da etkisi sınırları aşmış ve tüm *Commonwealth* ülkelerine yayılmıştı²². Anayasa hukuku alanındaki düşünceleri çoğu akademisyen için temel teşkil etmiş ve kanunlar ihtilafına bakış açılarını doğrudan etkilemişti²³. İngiliz anayasası üzerine yazdığı başyapıtında Dicey, idare hukuku uyuşmazlıklarında ve kamu görevlilerine karşı açılan davalarda ayrı bir mahkemenin karar vermesini ve bu konularda ayrı bir hukuk dalının geçerli olmasını, hukukun üstünlüğüne aykırı bulmuş, Birleşik Krallık'ta Fransız tarzı bir "idare hukuku"nu anayasa hukukuna aykırı değerlendirerek reddetmişti²⁴. Dicey'in ayrı bir kamu hukuku ve idare hukukuna olan temel itirazı İngiliz literatüründe önemli bir yer tutmaktadır.²⁵ Dicey, kanunlar ihtilafı alanında literatürü yönlendirici etki yapan çalışmasında, yabancı ceza yasalarını, yabancı vergi yasalarını tartışmış ve yabancı devlet görevlilerinin *lex loci delicti*'den muafiyeti üzerine kurallar geliştirilmesinin önemi ve uluslararası ilişkilere etkisi üzerinde durmuştu²⁶.

Yine 1958 yılında bu kez Brainerd Currie²⁷, uyuşmazlığa uygulanacak maddi hukukun, objektif ve somut ilişki faktörüne dayanan ayrı bir kanunlar ihtilafı sistemi ile tespit edildiği geleneksel metodu reddederek yeni ve zamana göre oldukça radikal bir teori önermekteydi; 1- kanunlar ihtilafı analizini eldeki mevcut uyuşmazlığa indirgemek (genel kurallardan hareket etmemek), 2- ilk adıma ek olarak,

²⁰ Harry W.Arthurs, "Rethinking Administrative Law: A Slightly Dicey Business", **Osgoode Hall Law Journal**, Volume 17, Number 1, Article 1, April 1979, s. 6

²¹ 1835- 1922

²² http://www.newworldencyclopedia.org/entry/A._V._Dicey (Çevrimiçi) 2 Ağustos 2014

²³ Michael Principe, "Albert Venn Dicey and the Principles of the Rule of Law: Is Justice Blind? A Comparative Analysis of the Unites States and Great Britain", **Loyola of Los Angeles International and Comparative Law**, Volume 22, 2000, s. 357- 359

²⁴ Albert V. Dicey, **Introduction to the Study of the Law of the Constitution**, England, Liberty Fund Inc., 8th Ed., 1982, s. 241- 242; **All Souls Public Law Seminar: Dicey and the Constitution**, London, Sweet & Maxwell, 1985, s. 583- 723; Roger Errera, "Dicey and the French Administrative Law, A Missed Encounter?", **Collected Courses of The Academy of European Law**, Kluwer Law International, 1995, s. 695- 707

²⁵ Mark D. Walters, "Dicey on Writing The Law of Constitution", **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 32, No. 1, 2012, s. 24

²⁶ Bernard J. Hibbitts, "The Politics of Principle: Albert Venn Dicey and the Rule of Law", **Anglo-American Law Review**, Volume 23, 1994, s. 4-6

²⁷ 1912- 1965 Amerikan hukuk profesörü

uygulanacak hukuku çatışan maddi hukukların yasama amaçlarını analiz ederek tespit etmek. Hukuki açıdan analize tabii tutma metodunu Currie, “hükümet çıkarları analizi” olarak adlandırmıştı²⁸. Bu tanımlama, her yasal düzenin kendi adına, kendi kriterleri ve tercihleri ile kendi amaçlarına hizmet eden yasalar ile karar vermesi gerektiğine yapılan bir vurguydu. Brainerd Currie bir kamu hukukçusu değildi; teorisini öne sürerken verdiği örnek de özel hukuk alanındandı²⁹. Ancak yine de kanunlar ihtilafını siyasallaştırmak ve özel çıkarlar söz konusu iken hükümet çıkarlarını öne çıkarmakla eleştirilmiştir³⁰.

Bugün özellikle ABD’de, kanunlar ihtilafı sürecinin uyuşmazlıkları kategorize etmek yerine, her olayın kendi içerisinde incelemesi gerektiği ve çatışan maddi hukukların bu süreçte önemli bir unsur olduğu yönünde bir konsensüs mevcuttur. Amerikan hukukunda, yabancı unsur taşıyan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuka, diğer başka faktörlerle birlikte, “en belirgin ilişki” unsuru da dikkate alınarak karar verilmektedir³¹. Öte yandan Anglo- Amerikan hukukunun yerkürenin genelinde kısıtlı uygulama alanı nedeniyle, kanunlar ihtilafına getirilen bu yorumun dünyanın geri kalanında pek de kabul gördüğü söylenemez. Hatta, hükümet çıkarları analizi, mahkemelerin örnek kararları ile ilerleyen Amerikan hukukunda bile zaman zaman tartışma yaratmaktadır³². Yine de tezin konusu ve yaklaşımı açısından hükümet çıkarları analizi/ meselesinin temel önemi bulunduğu açıktır. İlerleyen bölümlerde değinilecek olan, Alman hukukçu Wilhelm Wengler tarafından geliştirilen “özel bağlama noktası” yaklaşımı da yabancı unsurlu bir uyuşmazlığın

²⁸ Brainerd Currie, “Survival of Actions: Adjudication v. Automation in the Conflict of Laws”, **Stanford Law Review**, Volume 10, 957- 1958, s. 207- 208

²⁹ Brainerd Currie, “Married Women’s Contracts: A Study in Conflict of Laws Method”, **University of Chicago Law Review**, Volume 25, 1958, s. 227- 268; Brainerd Currie & Mark S. Liebermann, “Purchase- Money Mortgages and State Lines: A Study in Conflict of Laws Method”, **Duke Law Journal**, Volume 1960, Number 1, s. 1- 55

³⁰ Gerhard Kegel, “Fundamental Approaches”, **International Encyclopedia of Comparative Law**, Volume 3, Ed. Kurt Lipstein, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 1986, s. 7- 36,

³¹ http://www.encyclopedia.com/topic/Conflict_of_Laws.aspx (Çevrimiçi) 2 Ağustos 2014

³² Friedrich K. Juenger, “General Course on Private International Law”, **Recueil Des Cours D’Academie de Droit International**, Volume 193, 1985- IV, s. 119, 207- 252

çözümünde uygulanacak yabancı yasanın değerlendirilmesinde hükümet çıkarları sınıflandırılmasına gidilmesi önerisi ile tamamen örtüşmektedir³³.

C. YABANCI KAMU HUKUKUNUN UYGULANMASI SORUNUNUN ORTAYA ÇIKIŞI

Modern anlamda “devlet” kavramına yaklaşıldıkça, kamu hukukunun da günlük hayata etkisi artış göstermiştir. Özellikle 18. yüzyıldan sonra kamu hukuku ve özel hukuk arasındaki ayrımın daha da netleşmesi, yabancı unsurlu uyuşmazlıkların çözümünde kamu hukukunun da yavaş yavaş değerlendirilmeye başlanması gerekliliğini doğuruyordu. Bu gerekliliğe devletlerin ilk dönemlerdeki tepkisi, konuyu ya görmezden gelmek ya da yabancı kamu hukukunu topyekûn reddetmek olacaktı.

1. ARTAN ULUSLARARASI İLİŞKİLERİN ETKİSİ

Kamu hukuku, özel hukukun Roma İmparatorluğu dönemine kadar uzanan tarihsel temellerinden yoksundur. Daha önce de belirtildiği gibi 16. ve 17. yüzyılda devlet kavramının modern anlamı ile yükselişi sayesinde kamu hukuku ayrı bir alan olarak değerlendirilmeye başlanmıştır³⁴. Artan devletler arası ilişkiler dolayısıyla kamu hukuku uzmanlarına ihtiyaç duyulduğu açıktı ancak bunların uyuşmazlıkların çözümüne objektif öneriler getiremeyecekleri şüphesi söz konusu idi³⁵.

Uluslararası özel hukukun gelişmesine üst düzey katkı yapan küreselleşme ruhu ve kültürel dayanışma ne yazık ki yabancı kamu hukukuna değil aynı ölçüde, neredeyse hiç etki etmemiştir. Lord Mansfield’in 1775’te kayıtlara geçen şu hükmü de konuyu oldukça net özetlemektedir: “Hiçbir ülke bir diğerrinin vergi kanunlarını

³³ Brainerd Currie, “The Disinterested Third State”, **Law & Contemporary Problems**, Volume 28, 1963, s. 754- 757

³⁴ Horwitz, *The History of Public/ Private Distinction*, s. 1423

³⁵ Bknz. Arthur A. Schiller, **Roman Law Mechanisms of Development**, New York, Mouton Publishers, 1978, s. 463- 470

dikkate almaz³⁶.” Lord Mansfield’in bu açıklamasını takiben Amerikan ve Fransız devrimleri de yabancı kamu hukukunun dışlandığı görüşlerin artmasına oldukça verimli bir ortam hazırlayacak ve ulusal mahkemelerin yabancı kamu hukukuna dayanan iddiaları reddetmesi ve kendilerini devleti ilgilendiren uyuşmazlıklara kapatmaları yaygınlaşacaktı. İngiliz mahkemelerinin 18. yüzyılın sonlarında bu yönde peş peşe verdiği kararlar hem Amerikan hukukunu hem de Kıta Avrupa’sını etkilemiştir.

1790 gibi erken bir tarihte İngiliz mahkemeleri “yabancı ceza yasalarının başka bir ülkede dikkate alınmamasının genel bir ilke” olduğuna hükmetmişti³⁷. Daha sonraları bu kural, Paraguaylı bir diktatör ile İspanya Kralı’nın devrim sonrası mülklerine el konmasına ilişkin yasaların İngiltere’de uygulanmamasına zemin hazırlayacaktı³⁸. “Genel ilke”nin kapsamının vergi kanunlarına doğru genişletilmesi, yabancı devletlerin, vergi kaçırın mükelleflere karşı girişimlerini de oldukça uzun bir süre sonuçsuz bırakacaktı³⁹.

2. YABANCI CEZA YASALARININ UYGULANMASI SORUNU

1814- 1815 Viyana Kongresi köle ticaretini yasaklamış olsa da, kölelik 1863- 1865 yıllarına kadar Amerika’nın bazı bölgelerinde, 1848 ve 1870 yıllarına kadar da Fransız ve İspanyol Karayipleri’nde yasal statüsünü korudu⁴⁰. *The Antelope* davasında Yüksek Mahkeme, “hiçbir devletin mahkemeleri bir diğerinin ceza yasalarını uygulayamaz” diyerek İspanyol kölelerin, ne yazık ki, “sahiplerine” iadesine hükmetmiştir⁴¹. Öte yandan, yine Yüksek Mahkeme, *The Amistad* davasında

³⁶ Holman v. Johnson, 98 Eng. Rep. 1120, 1121 (K.B. 1775)

³⁷ Ogden v. Folliott (1790) 3 T.R. 726- 100 Eng. Rep. 825 (K.B.)

³⁸ Banco de Vizcaya v. don Alfonso de Borbon y Austria, (1935) 1 K.B. 140; Lynch v. Provisional Government of Paraguay, L.R 2 268 (1871)

³⁹ Municipal Council of Sydney v. Bull, (1909) 1 K.B. 7

⁴⁰ Anne M. Trebilcock, “Slavery”, **Encyclopedia of Public International Law**, Ed. Rudholf Bernhardt, Volume 4, Heidelberg- Germany, Max Planck Institute for Comparative Public Law, 2000, s. 422- 426. Ayrıca; Warren S. Howard, **American Slavers and the Federal Law 1837- 1862**, University of California Press, California, 1963

⁴¹ The Antelope, 23 U.S. 66 (1825)

kendilerini bir Küba limanından diğerine taşıyan gemiyi ele geçiren Afrikalı tutsakların özgür bırakılmasına, İspanyol yasalarına atıfta bulunarak, karar verecekti⁴².

Uluslararası özel hukuk alanında 19. yüzyılın en önemli hukukçularından biri olan ve 1811- 1845 yılları arasında Amerikan Yüksek Mahkemesi üyeliği yapmış olan Joseph Story, Fransız bayraklı bir köle gemisinin akıbetine ilişkin görüşülen davada, konuya ilişkin görüşlerini şöyle sıralamıştı: “1- mahkemeler normal şartlar altında yabancı ceza hukukuna dayanan kararları uygulamazlar⁴³; 2- buna rağmen, mahkemeler yetki alanlarında bulunan bir kişi ya da eşya ile ilgili bir vakada karşılarına çıkan yabancı yasaları, medeni hukuk mu ceza hukuku mu ayrımı yapmaksızın, dikkate alabilirler⁴⁴; 3- mahkemelerin yabancı bir devletin yasalarının ihlali sonucu gerçekleşecek kaçakçılığı hoş görmemesi ve böyle bir ihlalden doğacak hiçbir hakkı tanımaması uygun ve adaletli bir davranış olacaktır⁴⁵; 4- hem *lex fori*, hem de *lex causae* bakımından kabul edilemez işlemlerin önlenmesine ilişkin uluslararası kamu düzeni kaydının bulunduğu durumlarda (örneğin köle ticareti), mahkeme, böyle bir işlemle elde edilmiş malların zilyetliğini tanıyıp tanımamak noktasında büyük bir hukuki ikileme karşı karşıya kalacaktır⁴⁶”. Önündeki davaya bu ilkeleri uygulayan Story, Fransız bayraklı *La Jeune Eugenie*’nin sahibine iadesi talebini reddetmiş ve geminin Fransa’ya gönderilmesine hükmetmiştir⁴⁷.

Joseph Story’nin 1822 yılında öne sürdüğü ilkeler neredeyse bir buçuk asır sonra konuyu ele alan uluslararası kuruluşlara öncülük edecektir. Bağımsız bir kuruluş olan Uluslararası Hukuk Enstitüsü Story’nin yukarıda anılan 1. ve 2.

⁴² United States v. The Amistad, 40 U.S. 518 (1841). Ayrıca; Howard M. Jones, **Mutiny on The Amistad: The Saga of a Slave Revolt and Its Impact on American Abolition, Law, and Diplomacy**, Oxford University Press, New York, 1987

⁴³ United States v. La Jeune Eugenie, 26 F. Cas. 832- 849 (C.C.C. Mass, 1822)

⁴⁴ A.e., 849- 850

⁴⁵ A.e., 850

⁴⁶ A.e

⁴⁷ a.g.e., s. 851. Ayrıca; R. Kent Newmyer, **Supreme Court Justice Joseph Story, Statesman of the Old Republic**, USA, The University of North Carolina Press, s. 347- 350, 1985 ve Joseph F. Story, **Commentaries on the Conflict of Laws**, Hilliard, Gray and Company, Boston, 1834, 246- 257

(Çevrimiçi) Google E-Book

http://books.google.com.tr/books?id=4Ao9AAAAIAAJ&printsec=frontcover&hl=tr&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false 20 Şubat 2013

kurallarını 1975 ve 1977 yıllarında benimsemiştir⁴⁸. “Kaçakçılığı amaçlayan sözleşmelerin uygulanmamasını” öneren 3. kural hali hazırda devletlerin kamu düzenleri içerisinde tanımlanmaktadır. 4. kural ise özellikle temel insan haklarını ihlal eden yasalar değerlendirildiğinde *jus cogens* olarak uluslararası hukuka yerleşmiştir.

3. YABANCI HÜKÜMET TASARRUFLARI

Yabancı kamu hukuku niteliğindeki yasaların uygulanması meselesi uluslararası hukukun egemen devletlerin eşitliği ilkesi ve onun sonucu olan “bir eşitin diğeri üzerinde herhangi bir gücü bulunmaması- *par in parem non habet jurisdictionem*” düsturunun temellendirdiği iki kısıtlama ile karşı karşıyadır⁴⁹. Bunlardan ilki Anglo- Amerikan hukukunda kabul görmüş “egemen tasarrufları- *act of sovereignty*” ya da diğeri adı ile “hükümet tasarrufları- *act of state*” doktrini dir. 1848 yılında, bir İngiliz soylusu olan davalı üzerinde, davalının ikamet ettiği yer itibariyle, esas yetkiye sahip olan, Lordlar Kamarası, Hanover Kralı’nı, Alman Konfederasyonu tarafından tahttan indirilen ve davalının vesayetine verilen eski Brunswick Dükü’nün mallarını zimmetine geçirmesi iddiasından ötürü hesap vermeye çağırılmayı uygun bulmamıştır⁵⁰. Lordlar Kamarası, hukuka uygun olsun ya da olmasın yabancı bir devletin meselesi ve egemen tasarruflarına vurgu yaparak kendi yetkisinden feragat etmiştir⁵¹. Anglo- Amerikan hukukunda hükümet tasarrufları ulusal mahkemelerin müdahale etmeyeceği bir siyah alan olarak değerlendirilmektedir. Amerikan Yüksek Mahkemesi de daha sonra aynı görüşü benimsemiş, yabancı bir hükümetin eski başkanı hakkında yasadışı alıkoymadan ötürü açılan davada mahkeme; “her egemen devletin diğeri egemen devletlerin

⁴⁸ The Institute of International Law- Institut de Droit International, “The Application of Foreign Public Law”, Twentieth Commission, Rapporteur: Mr. Pierre Lalive, Session of Wiesbaden- 1975, 11 August 1975; The Institute of International Law -Institut de Droit International, “Public Law Claims Instituted by a Foreign Authority or Foreign Public Body”, Twentieth Commission, Rapporteur: Mr. Pierre Lalive, Session of Oslo- 1977, 1 September 1977

⁴⁹ Helmut Steinberger, “State Immunity”, **Encyclopedia of Public International Law**, Ed. Rudolf Bernhardt, Volume 4, Amsterdam, North Holland Elsevier, 2000, s. 615, 619- 620

⁵⁰ Duke of Brunswick v. King of Hanover, 2 H.L.C. 1- 9 Eng. Rep. 993 (1848)

⁵¹ a.g.e.

bağımsızlığına saygı göstermekle bağlı olduğunu, hiçbir devletin mahkemelerinin bir başka devletin kendi ülkesinde gerçekleştirdiği hükümet tasarruflarını yargılamayacağını” söyleyerek görevsizlik kararı vermiştir⁵².

19. yüzyılda yukarıdaki gibi davalar ulusal mahkemelerde neredeyse hiç karara bağlanmadı; nedeni uluslararası hukukun artan şekilde yabancı devletlere ve idarecilerine tanıdığı dokunulmazlıktı. Dokunulmazlığın tek istisnası, devletin bundan feragat etmesi olabilirdi⁵³. Öte yandan, dokunulmazlığın geçerli olmadığı bir alan devletlerin ticari tasarrufları idi; yabancı egemenler başka devletlerde “*acta jure gestionis*”ten kaynaklanan davalara maruz kalabiliyorlardı ancak “*acta jure imperii*” yani otorite işlemleri, kamu gücü tasarrufları dolayısıyla muafiyetleri tartışmasızdı⁵⁴. 1903 yılında Belçika, *Netherlands State Railways*⁵⁵ davası ile bu yaklaşımı benimseyen ilk ülke olmuştur. Bu uygulama yabancı hükümet tasarruflarının, “ticari eylemler” ve “siyasi eylemler” olarak sınıflandırılmasını gerektirmektedir, dolayısıyla temel kavram olan “siyasi eylemler”in kapsamı üzerinde de uluslararası bir fikir birliği, uygulamada da bir örneklik sağlanması açısından önem taşımaktadır.

D. YABANCI KAMU HUKUKUNUN UYGULANMAMASININ NEDENLERİ

Yabancı kamu hukuku niteliğindeki yasaların ulusal mahkemelerde uygulanmaması fikri iki temele dayanmaktadır; (1) yabancı ceza yasalarının uygulanmamasının genel kabul görüşü, (2) “vergi kuralı” olarak da bilinen ve yabancı vergi yasalarının uygulanmamasına ilişkin teamül kuralı. Günümüzde bu kuralların dayandığı mantıksal temeller tartışılır olsa da, uluslararası hukukun gündemini oldukça uzun süredir meşgul etmektedirler. Bu kurallar, suçun- cezanın yerelliği ve yabancı gümrük yasalarını ihlal eden sözleşmeleri uygulanır kılma arzusundan temel almışsa da bugün idari güçlükler, diğer devletlerle ilişkilerin

⁵² Underhill v. Hernandez, 168 U.S. 250 (1897)

⁵³ Steinberger, **a.g.e.**, s. 616

⁵⁴ Steinberger, **a.y.**

⁵⁵ Augustus J. Veenendal, Jr., **Railways in the Netherlands A Brief History 1834-1994**, California, Stanford University Press, 2001, 103- 110

bozulması korkusu ve egemenlik gibi farklı üç nedenle daha güçlendirilmek ve geçerlilikleri sürdürülmek istenmektedir.

Öte yandan, yabancı kamu hukuku niteliğindeki yasaların uygulanmaması da belirli sınırlamalara tâbidir. Özelde yabancı ceza yasalarının ve genelde yabancı kamu hukukunun uygulanmaması sadece, yasanın uygulanması istenen uyumsuzluk yabancı devlet tarafından mahkemeye getirildi ise söz konusu olmaktadır. Bu “yasaklar”- “kurallar” özel hukuk kişilerinin zarar giderimine ilişkin davalar söz konusu olduğunda geçerliliğini yitirmektedir.

1. CEZA YASALARININ ÜLKESELLİĞİ

1825 yılında *The Antelope* davasında Mahkeme Başkanı John Marshall, “hiçbir devletin mahkemeleri bir diğ erinin ceza yasalarını uygulamaz⁵⁶” demiş ve açıklaması, o zamandan bu yana pek çok Amerikan ve İngiliz mahkeme kararının da temelini oluşturmuştur. *The Antelope* davasında aslen bir ceza yargılaması söz konusu değildi. Uyuşmazlık, ABD’nin el koyduğu gemideki kölelerin İspanyol ve Portekiz köle tacirlerine geri verilip verilmeyeceği üzerine idi. İspanya ve Portekiz’in köle ticaretini yasaklayan yasalarına göre hareket edilmesi ve kölelerin serbest bırakılması talebine rağmen, Mahkeme Başkanı, daha önce de değindiğimiz üzere, ne yazık ki, yukarıdaki açıklamayı yapma ihtiyacı duymuştur⁵⁷.

Yabancı ceza yasalarının uygulanmamasına ilişkin eğ ilim *The Antelope* davasından çok öncelere uzanmaktadır. Amerikan Yüksek Mahkemesi’nde 1811-1845 yılları arasında görev almış bulunan Joseph Story, *Commentaries on the Conflict of Laws* kitabında anılan eğ ilimin, ilk kez, *Rafael v. Verelst* davasında Mahkeme Başkanı William de Grey’in açıklamalarında ortaya çıktığını belirtmiştir⁵⁸; “suç, doğası gereği yereldir ve bu, onun üzerindeki yetkinin de yerel olmasını

⁵⁶ *The Antelope*, 23 U.S. 66 (1825)

⁵⁷ Mark W. Janis, “The Recognition and Enforcement of Foreign Law: The Antelope’s Penal Law Exception”, *International Lawyer*, Volume 20, 1986, s. 303

⁵⁸ Story, *Commentaries on the Conflict of Laws*, s. 280

gerektirmektedir⁵⁹”. Story, *Rafael v. Verelst* davasını takiben, ceza yasalarının yerelliğine vurgu yapan *Folliott v. Ogden*⁶⁰ ve *Wolff v. Oxholm*⁶¹ kararlarına da dikkat çekmektedir. Hem *Folliott* hem de *Wolff* davalarında uygulanması istenen yabancı yasalar (biri New York yasası, diğeri Danimarka yasası) savaş zamanı Britanya vatandaşlarının mallarına el konulmasını düzenlemekteydi. Bahse konu yasaların devam eden etkileri özel hukuk kişileri arasında uyuşmazlığa sebep oluyordu. Her iki davada da ceza kovuşturmasında gerek olmamasına rağmen, açıklanan mütalaalar, kararın, suç üzerindeki yetkisinin yerel olduğu kabulü üzerine inşa edildiğini göstermekteydi⁶².

Ceza yasalarının uygulanmaması yönündeki yerleşmiş kanaatin üzerine inşa edildiği sebepler büyük ölçüde devletlerin tarihsel uygulamalarından kaynaklanmakta bir topluluğun kendi sınırları içerisinde işlenen cürümlerden sorumlu olduğu ve mahkemenin cemaatin sesi olarak dava üzerinde karar verdiği Orta Çağ mantığına dayanmaktadır⁶³. Suçluların iadesi andlaşmalarının varlığı dolayısıyla yabancı ceza hukukunun uygulanmaması yabancı kamu hukukunun diğer alanlarına göre daha az sorun teşkil etmektedir⁶⁴. Yabancı devletin ceza yasalarını uygulamaktansa devletler, sanığı iade etmeyi tercih etmekte ve böylece suçu işlediği iddia edilen yerde yargılanmasını ve hüküm giyerse cezasını da orada çekmesini sağlayabilmektedirler. Bu konuya Dördüncü Bölüm kapsamında ayrıntılı olarak değinilecektir.

Aslen yukarıda belirtilen davaların hiçbirinde (*Folliott*, *Wolf*, *The Antelope*) doğrudan bir ceza kovuşturması söz konusu değildir. Bir hukuk davasında davalının iadesi söz konusu olamayacağından, davalı yabancı yasadan doğan

⁵⁹ Rafael v. Verelst, 96 Eng. Rep. 579 (K. B.) (1775)

⁶⁰ Folliott v. Ogden, 1 H. Bl. 123- 126 Eng. Rep. 75 (1789)

⁶¹ Wolff v. Oxholm, 105 Eng. Rep. 1177 (K. B.) (1817)

⁶² Folliott v. Ogden, 1 H. Bl. 123- 126 Eng. Rep. 75 (1789)

⁶³ Robert A. Leflar, “Extrastate Enforcement of Penal and Governmental Claims”, **Harvard Law Review**, Volume 46, 1932, s.198; Albert Levitt, “Jurisdiction over Crimes”, **Journal of the American Criminal Law and Criminology**, Volume 16, 1925, s.316, 326- 327

⁶⁴ Robert A. Leflar, **a.g.e.**, s. 200- 201; Arthur von Mehren & Donald Trautman, “Recognition of Foreign Adjudications: A Survey and a Suggested Approach”, **Harvard Law Review**, Volume 81, No. 8, 1968, s.1601, 1671

sorumluluğundan, eğer ulusal mahkeme tarafından o yasanın ceza vermek amacı taşıdığına kanaat getirilirse, kolayca kaçınabilmektedir. Dolayısıyla, devletlerin birbirlerinin yasalarının kapsamını bilmeleri büyük önem taşımaktadır. *Wisconsin v. Pelican Insurance Co.* davasında, Amerikan Yüksek Mahkemesi, eyaletlerden birinden gelen Wisconsin sigorta murakıbına gelir beyannamesinde bulunulmaması kararının ceza unsuru barındırdığını ve uygulanamayacağına karar vermiştir. Hakim Horace Gray, kararda, “yabancı ceza yasalarının uygulanmaması sadece suç ve cürümün kovuşturulması ve cezalandırılması değildir, aynı zamanda devletin lehine maddi bir cezaya hükmedilecek tüm davaları kapsamaktadır⁶⁵” demiştir. Beş yıl sonra, *Huntington v. Attrill* davasında mahkeme, New York’ta, yanlış belge düzenlemekten ötürü bir şirketin alacaklısının direktöre açtığı davada alacaklı lehine çıkan kararın Maryland eyaletinde uygulanabileceğine hükmetmiştir⁶⁶. Ele aldığımız örnek ABD içerisinde eyaletlerin birbirlerinin yasalarını uygulayıp uygulamayacağını konu edinmiş olsa da, genel olarak yabancı yasaların uygulanmasında cevap verilmesi gereken bahse konu yasanın bir devletin kamu adaletine karşı işlenmiş bir suçu cezalandırmak niyetinde mi olduğu yoksa bir özel hukuk kişinin zararını giderme amacı mı taşıdığıdır⁶⁷. New York yasası bu değerlendirme bakımından bir gerçek kişinin zarar tazminini hedeflemektedir. Alacaklının özel davasında uygulanmış ve borcun karşılığı ile sınırlandırılmıştır⁶⁸.

Huntington ve Pelican Insurance davalarında ortaya çıkan tabloya göre, yabancı kamu hukuku yasaları veya böyle yasalara dayanan mahkeme kararları, yabancı devlet adına uygulanılmak istenmiyorsa ceza yasası olarak değerlendirilmez ve uygulanmaması da söz konusu değildir⁶⁹. Devlet görevlilerinin, görevlerini takip dolayısıyla açtıkları davalar da devlet adına açılmış davalar sınıfına girecektir⁷⁰. Buna ek olarak, yabancı yasanın ceza yasası kapsamında değerlendirilmesi için, yanlış bir işlemde dolayı zarar görmüş bireylerin zarar giderimini yapmaktansa, devletin gözettiği kamu yararına karşı bir suçu cezalandırma amacı taşıyor olması

⁶⁵ *Wisconsin v. Pelican Ins. Co.*, 127 U.S. 265 (1888)

⁶⁶ *Huntington v. Attrill*, 146 U.S. 657 (1892)

⁶⁷ **A.e.**

⁶⁸ **A.e.**

⁶⁹ *Wisconsin v. Pelican Ins. Co.*, 127 U.S. 265 (1888); *Huntington v. Attrill*, 146 U.S. 657 (1892)

⁷⁰ *Wisconsin v. Pelican Ins. Co.*, 127 U.S. 265 (1888)

gerekir⁷¹. Bu sebeple, devletler de hukuk davası niteliği taşıyan davaları açabilirler, burada bir sınırlama bulunmamaktadır⁷². Bir özel hukuk kişinin ulusal mahkeme önüne getirdiği uyuşmazlıkta uygulanması gereken yabancı yasa ya da bu yasaya dayanan yabancı mahkeme kararı uğranılan zararın ya da borcun ölçüsünde olduğu, diğer bir deyişle orantılı olduğu sürece ulusal mahkeme tarafından uygulanmasında herhangi bir engel ve sakınca bulunmamaktadır⁷³. *Huntington* davasında mahkeme, önceki benzer kararları da göz önünde bulundurarak, tazminat davalarında gerçek zararın üzerine çıkan tazminat kararlarının da, zarar gören tarafın zararını tazmine hizmet ettiği sürece uygulanabileceğine hükmetmiştir⁷⁴. Birleşik Krallık Kraliyet Has Meclisi Hukuk Komitesi, *Huntington* davasında Ontario’da çıkan kararın uygulanmasına yönelik talep sonucu, ceza yasalarının uygulanmasının kapsamı üzerine benzer bir karara varmıştır. Komite, yabancı ceza yasalarının uygulanmamasını yerleşmiş bir kural olarak değerlendirerek, “bir davanın bu kuralın kapsamına girebilmesi için, yasaları çiğnenen bir yabancı devletin lehine bir tasarruf söz konusu olması gerekir” demiştir⁷⁵.

19. yüzyılın son çeyreği ve 20. yüzyıl boyunca mahkemeler ceza yasalarına yukarıdaki davalarda görüldüğü üzere, bir sınır çizmeye çalışmışlar, genel olarak yabancı ceza yasalarını uygulamama eğilimi göstermişlerdir⁷⁶. Davacı, zararının giderimi için mahkeme önüne gelen bir özel hukuk kişisi olduğu sürece, dava, sorumluluğu ortaya çıkaran yabancı ceza yasası olsa dahi engellenmeyecek⁷⁷ ya da davacıya ödeme yapılmasına karar veren yabancı mahkeme bir ceza mahkemesi ve dava da ceza davası olsa bile yabancı mahkeme kararı uygulanacaktır⁷⁸. Benzer şekilde sorumluluğun miktarının davacının gerçek zararını aşması da kararın uygulanmamasını gerektirmez. Horace Gray’in *Huntington* davasında getirdiği tazminatın zararın üstünde olması halinde dahi bunun ceza kapsamında ele

⁷¹ *Huntington v. Attrill*, 146 U.S. 657 (1892)

⁷² *Wisconsin v. Pelican Ins. Co.*, 127 U.S. 265 (1888)

⁷³ *Huntington v. Attrill*, 146 U.S. 657 (1892)

⁷⁴ **A.e.**

⁷⁵ *Huntington v. Attrill*, (1893) A.C. 150, 157- 158 (P.C. 1892)

⁷⁶ Peter B. Kutner, “Judicial Identification of “Penal Laws” in the Conflict of Laws”, **Oklahoma Law Review**, Volume 31, 1978, s. 592- 597; Leflar, **a.g.e.**, s.197, 203- 216

⁷⁷ *Mexican Nat’l R.R. Co. v. Slater*, 115 F. 593 (5th Cir. 1902)- 194 U.S. 120 (1904)

⁷⁸ *Raulin v. Fischer* 2 K.B. 93 (1911); *Chase Manhattan Bank v. Hoffman*, 665 F. Supp. 73 (1987)

alınmaması önerisi⁷⁹, pek çok mahkemenin tazminat davalarını yabancı ceza yasaları kapsamı dışında değerlendirmesine ve böylelikle “uygulanamaz” dairenin dışında tutmasına öncülük etmiştir⁸⁰.

Diğer taraftan, bir özel hukuk kişisindense devletin davacı olduğu ve cezai amaç güden hukuk davalarında ya da yabancı devletin ceza yasalarına uyumu sağlamayı amaçladığı davalarda, yabancı devletin kamu yararına ilişkin karar verileceği, buna hizmet edileceği değerlendirilerek uygulanmazlık kararına varılmaktadır. Örnek davada İrlanda Yüksek Mahkemesi İngiliz Mahkemesi’nce verilen işçi sendikasının mal varlığına el koyma kararını uygulamamış⁸¹, benzer başka bir davada ise İngiliz mahkemesi ABD’nin, İngiltere’ye kaçmış olan davalıya ilişkin hukuk mahkemesi kararının Amerikan kamu yararını sağlamayı amaçladığını değerlendirerek uygulanmayacağına hükmetmiştir⁸².

2. DEVLET EGEMENLİĞİNİN TEMSİLİ:VERGİ YASALARI

Devletlerin diğer devletlerin vergi yasalarını uygulamayı reddedişi “vergi kuralı” kavramlaştırması ile ve bu terim altında ilk kez Lord Mansfield tarafından *Holman v. Johnson* davasında telaffuz edilmiştir; “hiçbir devlet diğerinin vergi yasalarını dikkate almaz⁸³.” Vergi kuralının amacı temelde, yabancı devletin gümrük yasalarını ihlal eden sözleşmeleri de uygulanır kılarak uluslararası ticareti teşvik etmektir. Sözde amaç halen aynı kalsa da, 20. yüzyılda kuralın kapsamı oldukça değişmiştir. Yabancı ihracat ve ithalat kısıtlamalarını ihlal eden sözleşmeler sıklıkla geçersiz ilan edilirken, vergi kuralı, yabancı devletlerin vergi yasalarının ve bu yasalara dayanarak verilen mahkeme kararlarının doğrudan uygulanmasını engellemek için kullanılmaktadır. Kuralın dayandığı mantık da değişmiş; ticareti

⁷⁹ *Huntington v. Attrill*, 146 U.S. 657 (1892)

⁸⁰ *Old North State Breewing Co. v. Newlands Services Ltd.*, (1998), 58 B.C.L.R. (3d) 144 (C.A.) (Canada); *S.A. Consortium Gen. Textiles v. Sun & Sand Agencies* 1 Q.B. 279 (1978); *Rosencrantz v. Union Contractors Ltd.*, 23 D.L.R. (2d) 473 (1960)

⁸¹ *Murray v. Ireland* I.R. 532 (Ir. H. Ct.) (1985)

⁸² *United States v. Inkley*, 1 Q. B. 255, 265 (C. A. 1988) (1989)

⁸³ *Holman v. Johnson*, 98 Eng. Rep. 1120, 1121 (K.B. 1775)

teşvik etmekten, devlet egemenliğinin ihlali, yabancı devletler ilişkilerin bozulması endişesi ve yabancı vergi yasasını uygulamanın idari güçlükleri gibi sebepler ile vergi kuralının mantığı açıklanmaya başlanmıştır. Günümüzde devletlerin iç hukuklarında halen yabancı vergi yasalarının uygulanmasının önünü açan herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Öte yandan, artan uluslararası ekonomik ilişkiler dolayısıyla vergi yasalarına sınır aşan etki tanınması ihtiyacı devletlerin vergi andlaşmaları akdetmeleri ve böylece bu andlaşmalar kapsamında belirli bir ölçüde vergi yasalarına ülke dışında uygulanma imkanı sağlamaları sonucunu doğurmuştur. Bu konuya Dördüncü Bölüm’de değinilecektir.

a. 18. ve 19. YÜZYLLARDA UYGULAMA

Yabancı vergi yasalarının uygulanmaması kuralı, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinden kaçınmak isteyen davalıların, yabancı ithalat, gümrük ve damga vergilerine ilişkin düzenlemeleri savunma olarak öne sürdüğü davalarda sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Örneğin *Holman* davasında, davacı, Fransa’da davalıya çay satmış, o da bunu İngiltere’ye yasadışı yollardan sokarak, kaçakçılığını yapmaya çalışmıştır. Davacı ödeme için dava açtığında, davalı sözleşmenin geçersiz olduğunu zira İngiltere yasalarını ihlal ettiği savunmasında bulunmuştur. Mahkeme, davacıya hak vererek, sözleşmeye uygulanacak yasanın Fransız yasası olduğunu ve mahkemenin İngiliz yasalarına dayanan bir savunmaya izin vermeyeceğini belirtmiştir⁸⁴. Lord Mansfield aynı değerlendirmeyi birkaç yıl sonra gemiye yüklenen malların sigorta bedelini isteyen davacıya karşı, konşimentonun Fransız vergilerinden kaçınmak için düzenlendiğini dolayısıyla da sözleşmenin geçersiz olduğunu iddia eden sigortacının savunması için de tekrarlayacaktı⁸⁵.

1734 yılından oldukça eski bir dava olan *Boucher v. Lawson*⁸⁶ uyuşmazlığında, yabancı vergilerin uygulanmaması kuralının ticareti teşvik etmek

⁸⁴ A.e.

⁸⁵ *Planche v. Fletcher*, 99 Eng. Rep. 164 (K.B. 1779)

⁸⁶ *Boucher v. Lawson*, 95 Eng. Rep. 53 (K.B. 1734)

amacına yönelik kullanımı dikkati çekmektedir. Davacı, davalı ile Portekiz'den İngiltere'ye gemi ile altın taşıma üzerine Portekiz ihracat yasalarına tamamen aykırı bir sözleşme yapmıştır. Davalı, İngiltere'de altını teslim etmeyi reddetmiş ve savunma olarak da Portekiz yasalarını öne sürmüştür. Mahkeme Başkanı Lord Hardwicke, bu savunmanın geçersiz olduğunu ve eğer böyle bir savunma kabul edilecek olsa idi bunun uluslararası ticarete büyük bir darbe vuracağını belirtmiştir⁸⁷. Özellikle 18. yüzyılda, yukarıdaki davaların sonuca bağlandığı dönemde, devletlerin çoğu kendi ticari çıkarlarını ön plana koyabilmek için ithalat kısıtlamalarına gitmeye, gümrük yasaları ve damga vergileri koymaya başlamıştır⁸⁸. İngiltere kendisi de böyle uygulamalara gitmesine rağmen, sözleşmenin benzer yabancı yasalar dolayısıyla geçersiz ilan edilmesi Büyük Britanya gibi büyük bir ticaret ülkesini oldukça zor durumda bırakacaktı.

Ticarette öne çıkan devletlerin yabancı vergi yasalarına aykırı olan sözleşmeleri geçersiz ilan etmeyi reddedişi anlaşılır olsa da devletlerin yasal düzenleme yapma yetkilerini büyük ölçüde kısıtlaması bakımından bir hayli sorunludur. Joseph Story *Commentaries on the Conflict of Laws* adlı eserinde, vergi kuralını *Boucher v. Lawson* davası üzerinden inceledikten sonra şöyle yazacaktı;

“Ne yazık ki ticari faydaya oldukça sorgulanabilir bir boyun eğişle, hukuk alanında bir devletin diğerinin vergi yasalarını dikkate almaması, uygulamaması bir alışkanlık halini almıştır. Böylece devletler kendi vatandaşlarının yabancı devletlerin meşru haklarından ya da yasalarından kaçınmak veya yabancı devletleri dolandırmak için yaptığı sözleşmeleri, mahkemelerinde uygulanır kılar durumdadırlar. Şüphesiz ki, ahlak, daha farklı bir sonuca varmayı gerektirirdi⁸⁹.”

Story yabancı vergi yasalarının uygulanmaması kuralının o dönemde devletler tarafından sıkı sıkıya takip edildiğine dikkat çekmişti. Bunun aşılabilmesi için bu uygulamayı tersine çevirecek yani yabancı devletin vergi yasalarının ve yine

⁸⁷ A.e.

⁸⁸ George A. Bermann, “Public Law in the Conflict of Laws”, *American Journal of Comparative Law*, Volume 34, 1986, s. 181

⁸⁹ Story, *Commentaries on the Conflict of Laws*, s. 245

bu yasalara istinaden alınan yabancı yargı kararlarının uygulanmasının önünü açacak ve sözde vergi kuralını ilga edecek yasaların devletler tarafından hayata geçirilmesini öneriyordu⁹⁰.

b. VERGİ YASALARININ ÜLKESELLİĞİ

Yabancı bir devletin ülkesi dışında vergi toplamasını engellemek için yabancı vergi yasalarının topyekun değerlendirme dışı bırakılması, genelde üzerinde pek fazla düşünülmeden hayata geçirilen bir teknik halini almıştır. *Municipal Council of Sydney v. Bull*⁹¹ davasında, Avustralya'nın Sydney kentinin emlak vergisini tahsil etme çabası İngiliz mahkemesince reddedilmiştir. “Dava vergi toplama amacı taşımaktadır. Böyle davalarda alışlagelen, davanın o diğer devletin ülkesinde geçersiz olmasıdır⁹².” Bir devletin, diğerinin mahkemelerini vergi toplama amacı ile kullanamayacağına dair yerleşmiş, açık herhangi bir uluslararası hukuk kuralı bulunmamasına rağmen, İngiliz mahkemeleri müteakip davalarda da *Sydney* davası ile aynı sonuçlara varan kararlar almışlardır⁹³.

Aynı dönemde, daha ilginç bir uygulama, ABD’de eyaletlerin de birbirlerinin vergi toplama taleplerini reddetmesidir. Hakim Horace Gray *Pelican Insurance* davasında, yabancı vergi yasalarının uygulanmamasına ilişkin eskiden gelen teamül kurallarına vurgu yapmış ve vergi yasalarını kamu hukukunun özünü teşkil ettiğini belirtmiştir⁹⁴. Diğer taraftan, *Pennoyer v. Neff* davasında, sınır aşan düzenlemelerin Amerikan anayasası ile garanti altına alınan adil yargılanma hakkını ihlal ettiği kararına varılmıştır⁹⁵. Bu davalarda çıkan kararlardan başka Amerikan Yüksek Mahkemesi Hakimlerinden Learned Hand’in *Moore v. Mitchell*⁹⁶ kararındaki açıklamasına kadar, hiçbir mahkeme yabancı vergi yasalarının neden uygulanmaması

⁹⁰ Story, **a.g.e.**, s. 257

⁹¹ *Municipal Council of Sydney v. Bull*, 1 K.B. 7 (1909)

⁹² **A.e.**

⁹³ *King of the Hellenes v. Brostrom*, Ll. L. Rep., Volume 16, s.190, 193 (1923); *The Queen of Holland v. Drukker*, (1928) L.R. 1 Ch. Div. 877

⁹⁴ *Wisconsin v. Pelican Ins. Co.*, 127 U.S. 265 (1888)

⁹⁵ *Pennoyer v. Neff*, 95 U.S. 714 (1878)

⁹⁶ *Moore v. Mitchell*, 30 F.2d 600, 65 A.L.R. 1354, Cir. Cour. App.,2d Cir.(1929)- 281 U.S. 18 (1930)

gerektiğine ilişkin kapsamlı bir açıklama yapmaya çalışmamış, konunun özünü analiz etmek yerine genel geçer kurallardan hareketle uyuşmazlıklar çözümlenmeye çalışılmıştır.

Moore v. Mitchell kararında Hand, önce yabancı ceza yasalarının uygulanmasına ilişkin yasağın (eğer böyle bir yasak somut olarak hakikaten var ise) bazı davalarda vergi yasalarını da kapsayacak şekilde genişletildiğine dikkati çekmiş⁹⁷ ve ceza ve vergi yasalarına ilişkin önerilerini sıralamıştır.

“(Yabancı ceza yasalarından doğan) sorumluluklara getirilen istisnanın temelleri kitaplarda yer almadığından, mantiken, aynı istisnanın yabancı vergi yasalarından doğan sorumlulukları da ulusal mahkemeler önünde hükümsüz kıldığı söylenebilir...Vergi yasaları da aynı mantığa dayanmaktadır; ceza yasalarında olduğu gibi vergi yasaları da devletin varlığını doğrudan etkileyen meseleleri düzenlerler. Hiçbir mahkeme, başka bir devletin kamu düzenine, örf ve adetlerine, ihtiyaçlarına göre düzenlenmiş bu kuralları uygulama sorumluluğunu üstlenmemelidir. A devletinin kamu düzenine göre konulan kurallar olasıdır ki B devletinin kamu düzenine aykırı olabilirler.”⁹⁸

Hand, yabancı devletler ilişkilerin bozulmasına yol açabilecek olan, ulusal mahkemenin, yabancı yasanın mahkeme devletinin kamu düzenine aykırı olduğu sonucuna varması riskini almaktansa, daha en baştan yabancı devlet için özellikle önemli yabancı yasaların uygulanmasının reddedilmesi gerektiği görüşündedir. Dikkat çekici olan Learned Hand’in argümanının, yabancı ceza ve vergi yasalarını kullanıma yasak bölgeye koyan suçun yerelliği, yabancı vergi yasalarından dolayı sözleşmelerin geçersiz sayılması riski gibi geleneksel argümanlardan oldukça farklı oluşudur.

Moore v. Mitchell kararından birkaç yıl sonra Amerikan Yüksek Mahkemesi, Learned Hand’in argümanını, *Milwaukee County v. M.E. White Co.* davasında

⁹⁷ A.e.

⁹⁸ A.e.

reddedecek ve ABD’de eyaletlerin, anayasanın tam inanç ve güven şartı ile bağlı olduklarını ve bundan dolayı birbirlerinin vergilerine ilişkin hem yasalarını hem de yargı kararlarını uygulamak zorunda olduklarına hükmedecektir⁹⁹. Hand’in endişe ettiği, bir devletin (örnek davada eyaletin) diğerinin vergi yasalarını kendi kamu düzenine aykırı bulma ihtimaline karşılık, Mahkeme Başkanı Harlan F. Stone, “hiçbir devletin, komşusunun vergilerinin ödenmesi aleyhinde meşru bir politikası olamaz¹⁰⁰” diyecektir. Her ne kadar, Harlan F. Stone, diğer bir devletin vergi yasalarının uygulanması gereken davaların görülüp görülmeyeceğine ilişkin soruyu ucu açık bırakmışsa ve meseleyi sadece diğer bir devletin mahkemesinin verdiği yargı kararlarının tanınması açısından değerlendirmişse de¹⁰¹, eyaletlerin bazıları *Milwaukee County v. M.E. White Co.* Kararının açtığı yolu izlemiş ve yabancı vergi yasalarının uygulamasını gerektirecek davaları kabul etmişlerdir¹⁰².

Eyaletler arası uygulamada Learned Hand’in argümanı oldukça net bir biçimde reddedilmiş olmasına rağmen, *Moore* davasındaki açıklamaları uluslararası arenada kabul görmüş ve pek çok devletin mahkemelerince uygulanmıştır. *Peter Buchanan Ltd. v. McVey* davasında, İrlanda mahkemesi bir İskoç şirketinin İskoç hükümetine olan vergi borçlarını tahsil etmek için dava açan vergi memurunun dava dilekçesini reddetmiş ve Hand’n yabancı vergi yasalarının uygulanmamasına ilişkin getirdiği “ikna edici ve aydınlatıcı” açıklamaya atıfta bulunulmuştur¹⁰³. Birkaç yıl sonra, *Government of India v. Taylor*¹⁰⁴ davasında, Lordlar Kamarası, Hindistan hükümetinin, İngiltere’deki bir şirketin malları üzerinde herhangi bir vergi borcu için tahsilat kararı uygulatamayacağına hükmetmiştir. *Taylor* davasında, Lord Keith, yabancı vergi yasalarının uygulanmamasına ilişkin iki önemli temele dikkat çekmiştir; bunlarda ilki egemenlik idi. Yabancı bir devletin vergilerinin toplanmasına ilişkin herhangi bir işlemine yardımcı olmak, o devletin doğrudan egemenliğinden

⁹⁹ *Milwaukee County v. M. E. White Co.* 296 U.S. s. 268 (1935), Ayrıca bkz.: Clark J.A. Hazelwood, “Full Faith and Credit Clause as Applied to Enforcement of Tax Judgments”, **Marquette Law Review**, Volume 19, Issue 1, s. 10- 19, December 1934

¹⁰⁰ *Milwaukee County v. M. E. White Co.* 296 U.S. s. 268 (1935)

¹⁰¹ **A.e.**

¹⁰² *Oklahoma Tax. Commission v. Neely*, 282 S.W.2d 150 (Ark. 1955); *City of Detroit v. Gould*, 146 N.E.2d 61 (Ill. 1957); *Duffy v. Arnett*, 234 S.W.2d 722 (Ky. 1950)

¹⁰³ *Peter Buchanan Ltd. v. McVey* (1954) I.R. 89, 106 (Ir. H. Ct. 1950), (1954) I.R. 110 (Ir. S.C. 1951)

¹⁰⁴ *Government of India v. Taylor* (1955) A.C. 491 (H.L.)

kaynaklanan bir tasarrufu mahkeme devletinin ülkesinde gerçekleştirmek anlamına geliyordu. Böyle bir işlem mahkeme devletinin egemenliğini sorgulanır hale getirmekteydi¹⁰⁵. Yabancı vergi yasalarının uygulanmamasının öne çıkan ikinci dayanağını ise, Learned Hand'in yabancı vergi yasalarını ulusal kamu düzenine uyuyor mu diye incelenmesinin yabancı devletlerle ilişkileri bozabileceğine dair açıklamaları oluşturuyordu¹⁰⁶. Lord Somervell bunlara üçüncü bir tane ekledi; idari güçlükler. “Dava sürecinin, karmaşık ve uzun safhaları düşünüldüğünde, B devletinin mahkemelerinin zamanını A devletinin vergisini toplamaya harcaması mücamelenin en uç örneklerinden biri olurdu.¹⁰⁷” Lord Somervell ayrıca, yasayı uygulamanın değil ama yasadan hareketle verilmiş mahkeme kararını hayata geçirmenin herhangi bir güçlüğü olmadığını da belirtmiştir¹⁰⁸. Ancak, Hindistan sadece bir mahkeme kararını uygulatmak istemesine rağmen, önceki ilkelerin halen geçerli olduğunu, talebin vergi toplama üzerine olduğunu vurgulayarak, olumsuz fikir beyan etmiştir¹⁰⁹. *Taylor* davası, sadece yabancı vergi yasalarının, yabancı devletlerin vergilerinin toplanmasını engellemek için, ulusal mahkemelerde uygulanmamasının Lordlar Kamarası'ndan da onay almasını sağlamakla kalmamış, Learned Hand'in geliştirdiği kamu düzeni argümanına, “egemenlik” ve “idari güçlükler” gibi iki yenisi eklenmiştir.

United States v. Harden davasında Kanada Yüksek Mahkemesi, yabancı vergi yasalarını uygulamamak için *Taylor* davasında öne sürülen sebeplere (egemenlik, iyi ilişkileri korumak ve idari güçlükler) dayanarak, Amerikan mahkemelerinin vergi kararını uygulamayı reddetmiştir¹¹⁰. *United States v. Harden* davası ile aynı yıl, 1963 yılında, Güney Afrika'da bir mahkeme, Rodos'ta bir mahkemenin aldığı vergi kararının uygulanılmak istendiği davada bu argümanlara daha eleştirel yaklaşacaktı. Learned Hand'in “kamu düzeni çekincesi ile yabancı devletleri gücendirmeme” önermesine mahkeme, “şahısların vergi yükümlülükleri doğan ülkeden ayrılarak bu

¹⁰⁵ A.e.

¹⁰⁶ A.e.

¹⁰⁷ A.e.

¹⁰⁸ A.e.

¹⁰⁹ A.e.

¹¹⁰ *United States v. Harden*, (1963) S.C.R. 366, 1963 S.C.R. LEXIS 37 (Sup. Ct. Can.)

sorumluluktan kaçınmamaları kamu düzenidir¹¹¹” diye cevap verecekti. “İdari güçlükler” hakkında ise mahkeme, “yabancı vergi yasalarının yorumlanmasında güçlükler olabilir, ancak bu yabancı yasaların tümünde karşılaşılan ve mahkemelerin sıklıkla uğraşmak zorunda kaldığı bir durumdur¹¹²” yorumunu yapacaktı. Buna karşın, Lord Keith’in *Taylor* davasındaki “egemenlik” vurgusu “temel ve istisnasız” olarak değerlendirilerek davaya ilişkin karar bu argüman üzerine kurulmuştur.

“Bir devlet diğerine kolluk kuvvetlerini, polisini gönderemeyeceği gibi, vergi memurlarını da gönderemez. Yabancı bir devletin doğrudan ve dolaylı olarak başka bir devletin mahkemelerinde vergileri için karar aldırması, doğrudan o devletin ülkesel egemenliğinin/ bütünlüğünün ilgası ve egemenliğine hukuki bir müdahale anlamına gelecektir. Böylesi bir yöntem ancak teamülle ya da özel bir andlaşma ile meşrulaştırılabilir. Andlaşma da ancak yürütme kuvvetinin kullanabileceği bir araçtır.¹¹³”

British Columbia v. Gilbertson davasında Amerikan mahkemesi, Kanada’nın vergi kararını uygulatma isteğini reddetmiş ve Learned Hand’in *Moore* davasında açıkladığı kamu düzeni çekincesi dolayısıyla yabancı devletlerle uyuşmazlık yaşamama arzusunun yabancı vergi yasalarının uygulanmamasının arkasındaki amacı en iyi şekilde açıkladığına hükmetmiştir¹¹⁴. Mahkeme ayrıca, Kanada vergi kararının uygulanmasının “geleneksel olarak mahkemelerin reddettiği, yabancı bir devletin çıkarlarını gözetmek etkisini doğuracağını” belirtmiş¹¹⁵, ABD ile Kanada arasındaki mevcut vergi andlaşmasının yabancı vergilerin uygulanmayacağına ilişkin “kuralı” ilga etmeyeceğini, zira, Kanada’nın da Amerikan vergi kararlarını uygulamaması dolayısıyla ortada mütakabiliyet bulunmadığını savunmuştur¹¹⁶. Bu sebeple, sözde “vergi kuralı”nı dayatan herhangi bir uluslararası hukuk kuralı bulunmamasına rağmen, egemenlik, idari güçlükler ve yabancı vergi yasasını kendi kamu düzeni

¹¹¹ *Commission of Taxes v. McFarland*, (1965) 1SA 470, 473 (Witwatersrand Local Div. 1964) (S. Afr.)

¹¹² **A.e.**

¹¹³ **A.e.**

¹¹⁴ *British Columbia v. Gilbertson*, 597 F.2d 1161; 1979 U.S. App. LEXIS 15993

¹¹⁵ **A.e.**

¹¹⁶ *British Columbia v. Gilbertson*, 597 F.2d 1161; 1979 U.S. App. LEXIS 15993- *United States v. Harden* davasına atıfta bulunuyor. Bu davaya önceki sayfalarda değinilmişti.

açısından hukuki incelemeye tâbi tutmayı istememe gibi sebeplerden, devletler genelde, diğer devletlerin vergi yasalarını uygulamama ve bu yasalara dayanılarak alınan yabancı mahkeme kararlarını tanımama eğilimi göstermektedirler.

Söz konusu yabancı vergi yasalarının dolaylı olarak uygulanması olduğunda, tartışma zaman zaman karmaşık bir hal alabilmektedir. Yukarıda incelenen *Peter Buchanan Ltd. v. McVey* davasında İrlanda mahkemesi, doğrudan hükümet tarafından değil ama bir vergi memuru tarafından açılan vergi borcuna karşılık mülke el koyma talebini reddetmiş, mahkemenin talebin şekliyle özüne dikkate etmesi gerektiğini belirtmiştir¹¹⁷. Başka mahkemeler de *Buchanan* kararını takip ettiler¹¹⁸. Bazı mahkemeler ise, bir yedieminin sorumluluğunu kullanması söz konusu olduğunda veya hükümet dışı alacaklıları da doğrudan etkilediği durumlarda, vergi kuralını göz ardı etmişlerdir.

Amerikan mahkemeleri, Kanada'ya kaçak sigara soktukları iddia edilen davalıların Amerika'da Kanada yasalarına göre değilse bile Amerikan yasalarına istinaden yargılanıp yargılanmayacakları sorusu ile karşı karşıya kalmışlardır. *United States v. Boots*¹¹⁹ ve *United States v. Trapilo*¹²⁰ davalarında, davalılar, federal dolandırıcılık yasasına göre¹²¹, Kanada hükümetinden vergi kaçırmak amacıyla organize suç örgütü oluşturmaktan yargılanmışlardır. 1. Daire, vergi kuralını işletmiş, suçlamaları düşürmüş ve davanın görülmesinin Kanada gümrük ve vergi yasalarını doğrudan uygulamakla aynı anlamda olduğunu belirtmiştir¹²². Diğer taraftan 2. Daire, benzer suçlamaları kabul etmiş, burada cezalandırılanın dolandırıcılık amaçlı bir organize suç örgütü olduğunu ve Kanada vergi yasalarını uygulamak gibi bir amaç bulunmadığını belirtmiştir¹²³. Bu ceza davalarının yanı sıra, Kanada Başsavcısı, Amerikan mahkemeleri önünde, Kanada'ya kaçak sigara soktuğu iddia

¹¹⁷ Peter Buchanan Ltd. v. McVey (1954) I.R. 89, 106 (Ir. H. Ct. 1950), (1954) I.R. 110 (Ir. S.C. 1951) 118 QRS 1 Aps v. Fransden, (1999) 1 W.L.R 2169 (C.A.); Bath v British and Malayan Trustees (1969) 90 WN (pt 1) (NSW) 44

¹¹⁹ United States v. Boots, 80F.3d 580 C.A., 1st Cit. (1996)

¹²⁰ United States v. Trapilo, 130 F.3d 547; 1997 U.S. App. LEXIS 34155

¹²¹ 18 U.S.C. 1343 (1994)- Fraud by Wire, Radio and Television

¹²² United States v. Boots, 80F.3d 580 C.A., 1st Cit. (1996)

¹²³ United States v. Trapilo, 130 F.3d 547; 1997 U.S. App. LEXIS 34155

edilen sigara üreticisine dava açmak istemiştir¹²⁴. 2. Daire, bu davanın “vergi kuralı” altında hükümsüz olduğunu, “Kanada’nın amacının ödenmediğini iddia ettiği vergileri tahsil etmek” olduğunu belirtmiştir¹²⁵. Bu sebeple, vergi kuralının bugün halen uygulandığı ancak, mahkemelerin yabancı vergi yasalarını dolaylı olarak uygulamasını da engellemediği söylenebilir. Diğer taraftan, vergi andlaşmalarının mevcudiyetinde zaten yabancı vergi yasasının uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin tartışma ortadan kalkmaktadır.

c. YABANCI VERGİ YASALARININ SAVUNMA OLARAK KULLANILDIĞI ÖRNEKLER

20. yüzyılda mahkemeler, yabancı vergi yasalarının uygulanmamasına ilişkin kuralın kapsamını genişleterek kuralı işletmeye devam ettiler. *Holman v. Johnson*¹²⁶ ve *Boucher v. Lawson*¹²⁷ davalarına benzer davalarda, ticari sözleşmelerin geçerliliğini sağlamak amacı ile vergi kuralı uygulanmıştır. *Holman* davasına benzer şekilde, *Foster v. Driscoll*¹²⁸ davası, (bu kez) Amerikan yasaları çiğnenerek ABD’ye kaçak viski sokulması ve satışının yapılmasını konu ediniyordu. Mahkeme, hukuka aykırı sözleşmelerin geçerli olmayacağını belirterek, sözleşmenin uygulanamayacağına hükmetmiştir. *Foster* davası bu yönü ile *Holman* davasından farklılaşırken¹²⁹, *Regazzoni v. K.C. Sethia (1944) Ltd.*¹³⁰ davasında mahkeme, yabancı vergi yasalarına ilişkin çekincenin sözleşmeler dolayısıyla açılan davalarda doğru şekilde yorumlanıp yorumlanmadığını tartışıyordu. *Regazzoni* davasında olaylar *Boucher* davası ile neredeyse birebir aynı idi, sonuçları açısından farklılaştılar. Daha önce de değindiğimiz *Boucher* davasında mahkeme, Portekiz ihracat yasalarına aykırı biçimde gemilere altın yükleyerek satılmasını düzenleyen sözleşmeyi geçerli kılmış; *Regazzoni* davasında ise, sözleşmenin uygulanması talebi,

¹²⁴ Attorney General of Canada v. R. J. Reynolds Tobacco Holdings, Inc. 268 F.3d 103 (2d Cir. 2001)

¹²⁵ A.e.

¹²⁶ *Holman v. Johnson*, 98 Eng. Rep. 1120, 1121 (K.B. 1775)

¹²⁷ *Boucher v. Lawson*, 95 Eng. Rep. 53 (K.B. 1734)

¹²⁸ *Foster v. Driscoll and Others*, (1929) 1 K.B. 470

¹²⁹ A.e.

¹³⁰ *Regazzoni v. K.C. Sethia (1944) Ltd.* (1956) 2 Q.B. 490

Hindistan ihracat yasalarına aykırı olduğu gerekçesi ile reddedilmişti¹³¹. Lord Alfred Thompson Denning gerekçeli kararı aşağıdaki şekilde açıklamıştır.

“Lord Mansfield, mahkemeler böyle yasaları dikkate almayacaklar derken biraz fazla ileri gitmiştir. Şu kesinlikle doğrudur ki, bu ülkenin mahkemeleri başka bir ülkenin ne vergi yasalarını ne de ceza yasalarını, o diğer ülkenin açtığı bir davada uygulamayacaklardır. ... Diğer taraftan, bunları hiçbir şekilde dikkate almayacağız demek tamamen başka bir meseledir. Dost bir ülkenin yasalarını dikkate almalıyız, bunlar vergi yasaları, ceza yasaları ya da siyasi yasalar olsalar da. Ancak en azından hangi kapsamda dikkate alacağımızı tanımlamalıyız; eğer iki kişi bilerek ve isteyerek dost bir ülkenin yasalarını çiğnemeye karar verdiler ise veya yasaları çiğnemeye karar veren üçüncü kişiye yasaları çiğnemesinde veya bu süreçte herhangi bir noktada yardım ederlerse, bu durumda bu mahkemeden sözleşmelerinin geçerli addedilmesi için yardım bekleyemezler¹³².”

Sonuç olarak, İngiliz mahkemeleri vergi kuralını sadece vergileri toplamak amacıyla hükümetlerin gösterdikleri çabalar ile sınırlamakla kalmamış, aynı zamanda bu kuralı yabancı yasayı sözleşmeden doğan yükümlülüklerini gerçekleştirmemek için savunma olarak kullanmak isteyen özel tarafların davalarına uygulamamışlardır.

Vergi kuralı, 20. yüzyılın başından sonuna doğru kelimenin tam anlamıyla bir başkalaşım geçirmiştir. Yabancı yasaları ihlal eden sözleşmeleri geçerli kılan bir kuraldan, yabancı devletlerin meşru vergilerini toplamasını engelleyen bir kural halini almıştır. Her iki durumda da orijinal çıkış noktası olan “ticaretin teşvik edilmesi” saiki terk edilmiş görünmektedir. Onun yerine bugün vergi kuralının üç temeli bulunmaktadır: (1) yabancı yasaların uygulanmasının usulen oldukça zahmetli olması; (2) yabancı yasaların mahkeme devletinin kamu düzenine uyumu bakımından incelenmesinin yabancı devletlerle ilişkileri bozabilme ihtimali; (3) yabancı yasaları uygulamanın mahkeme devletinin egemenliğinin ihlali anlamına gelmesi. Bu temellendirmelerin her biri özelde yabancı ceza ve vergi yasalarının ve

¹³¹ A.e.

¹³² A.e.

genelde tüm yabancı kamu hukuku yasalarının uygulanmaması eğilimini açıklayabilir. Öte yandan çalışmamızda zaman zaman belirttiğimiz üzere yabancı kamu hukukunun uygulanıp uygulanmamasına ilişkin devletler arasında bir örnek davranış olmadığı gibi, aynı devletin mahkemelerinde (A devleti diyelim ki) yabancı kamu hukukunun alt dalları olarak adlandırılabilir farklı konularda farklı uygulamalar görülmektedir. Millileştirme davaları bu farklı uygulamalara önemli bir örnek teşkil etmektedir. Aşağıda bu konu incelenecektir.

3. YABANCI DEVLETLERİN MİLLİLEŞTİRME TASARRUFLARI ve MAHKEMELERİN MAL VARLIKLARINA EL KOYMA KARARLARI

Kamu hukukunun ülke dışında uygulanması tartışmasında millileştirme, kamulaştırma, kamulaştırmaz el atma ve malvarlığına el koymayı konun edinen davalar uluslararası hukuk bakımından da özellikle öne çıkmaktadır. *Folliott v. Ogden* davasında, İngiliz mahkemesi, davalının borcuna karşılık malına el koyan New York yasasını tanımayı, bahse konu yasanın ceza niteliği taşıdığını belirterek reddetmişti¹³³. *Wolff v. Oxholm* davasında ise yine bir İngiliz mahkemesi, borca karşılık borçlunun mallarına el konulmasına ilişkin yabancı mahkeme kararını aynı sebepten uygulamayacaktı¹³⁴.

20.yüzyılda mahkemeler millileştirme, kamulaştırma ya da kamulaştırmaz el atma tasarrufunda bulunan yabancı devlet idari işlemleri ya da borca karşılık veya yabancı ceza yasalarına istinaden bir kimsenin malvarlığına el konulmasını gerektiren yabancı mahkeme kararlarını bahse konu işlem ya da mahkeme kararının, tasarrufta bulunan devletin ülkesi dışında yerine getirilmesi gerekiyorsa sıklıkla reddetmişlerdir. Sebep bazen millileştirmenin ceza hukuku kapsamında değerlendirilmesi iken¹³⁵, bazen de el koyma kararı ceza niteliği taşımasa da aşırı

¹³³ *Folliott v. Ogden*, 1 H. Bl. 123- 126 Eng. Rep. 75 (1789)- *Ogden v. Folliott* (1790) 3 T.R. 726, 733 (K.B.)

¹³⁴ *Wolff v. Oxholm*, 105 Eng. Rep. 1177 (K.B.) (1817)

¹³⁵ *Banco de Vizcaya v. don Alfonso de Borbon y Austria*, (1935) 1 K.B. 140; *Republic of Iraq v. First National City Bank*, 353 F.2d 47 (2d Cir. 1965)- 382 U.S. 1027 (1966)

olduğuna hükmedilmiş ve kamu hukukunun uygulanamaz alanında ele alınması gerektiği genel kabul görmüştür¹³⁶. Öte yandan ister millileştirme ister mahkeme kararına dayalı el koyma söz konusu olsun, söz konusu tasarrufta bulunan devletin ülkesindeki mallar ise ulusal mahkemeler genelde bu tarz işlemlerin geçerliliğini sorgulamamaktadırlar¹³⁷. Aşağıda da değinileceği üzere, bu çerçevede, özellikle Amerikan mahkemeleri, uluslararası hukuku ihlal ettiği veya ayrımcılık yaptığı iddia edilen yabancı millileştirmeleri de uygulamışlardır¹³⁸.

Millileştirmelere ilişkin en bilindik ve belki de en önemli dava Amerikan mahkemelerinde görülen *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*¹³⁹ davasıdır. Bu davada, Küba’da ikamet eden Amerikan vatandaşlarının sahibi olduğu işletmelerin mal varlıklarının Küba hükümetince millileştirilmesini öngören idari işlem Amerikan mahkemelerince geçerli, ve böylelikle millileştirilen fabrikalarda üretilen şekerin ihracatı ile elde edilen gelir de yasal sayılmıştır. Yüksek Mahkeme, her ne kadar millileştirme işleminin uluslararası hukuka aykırı olduğu iddiaları olsa da, *act of state* doktrinine göre Amerikan mahkemelerinin yabancı devletlerin idari işlemlerini, bu örnekte Küba devletinin işlemlerini, bu gerekçe ile uygulamayı reddedemeyeceğine karar vermiştir¹⁴⁰. Hakim John Marshall Harlan, bu kararı kuvvetler ayrılığı prensibine dayandırmıştı¹⁴¹; yürütme erki malları millileştirilenlerin zararının tazmin edilmesini müzakereler aracılığıyla güvence altına almak için daha ehil ve etkin bir mercii idi¹⁴². Hakim Harlan’a göre, yabancı hükümet tasarruflarını hukuki incelemeye tâbi tutmak, hükümetler arasında aynı konuda yapılacak görüşmelere müdahale niteliği taşıyabilirdi; bu tasarrufların geçersiz sayılması “millileştirme işlemi yapan devletin muhtemelen olumsuz

¹³⁶ Frankfurth v. W.L. Exner Ltd., (1947) 1 Ch. 629; Novello v. Hinrichsen Edition Ltd. (1951) 2 All E.R. 457

¹³⁷ Oetjen v. Cent. Leather Co., 246 U.S. 297 (1918); Ricaud v. American Metal Co., 246 U.S. 304, (1918); A.M. Luther Co. v. James Sagor & Co., (1921) 3 K.B. 532 (C.A.); Princess Paley Olga v. Weisz, (1929) 1 K.B. 718 (C.A.)

¹³⁸ Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino, 376 U.S. 398 (1964); Bernstein v. Van Heyghen Freres Societe Anonyme, 163 F.2d 246 (2d Cir. 1947); Bernstein v. N.V. Nederlandsche- Amerikaansche, Stoomvaart- Maatschappij, 210 F.2d 375 (2d Cir. 1954); Kuwait Airways Corp. v. Iraqi Airways Co., (2001) Lloyd’s Rep. 161

¹³⁹ Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino, 376 U.S. 398 (1964)

¹⁴⁰ A.e.

¹⁴¹ A.e.

¹⁴² A.e.

karşılayabileceği bir durumdu¹⁴³”. Hakim John Marshall Harlan’ın *act of state* doktrini için öne sürdüğü mantık ile Hakim Learned Hand’in yabancı ceza ve vergi yasalarının uygulanmasının yasaklanması amacıyla öne sürdüğü gerekçeler örtüşmektedir¹⁴⁴.

Mantıkları aynı iki yaklaşımın farklı sonuç doğurması soru işaretlerine yol açmaktadır. Neden yabancı ceza ve vergi yasalarının uygulanması genelde reddedilirken, yabancı ülkelerdeki millileştirmeyi öngören idari işlemler ya da mahkeme kararı sonucu mal varlığına el konulması tasarrufları neredeyse hep uygulanmaktadır? Hakim Harlan farkın, Küba hükümet tasarrufunun tamamen ve sadece Küba’da gerçekleştirilmesinden kaynaklandığını ileri sürmüştür¹⁴⁵. Oysa ki, parasını alabilmek için Amerikan mahkemesine başvurduğuna ve bunun için de Küba yasalarına dayanan bir emrin Amerikan mahkemelerinde tanınması gerektiğine göre, Küba’nın millileştirme tasarrufunun “tamamen” Küba devletinin ülkesinde gerçekleştiği de söylenemez. Amerikan mahkemesi bir kez bu işlemi tanıdığına, millileştirme işlemi ile yabancı devletin ülkesinde işlenmiş suçun cezai müeyyidesi ya da o ülkede elde edilmiş gelirin vergisinin ödenmesi üzerine alınan kararların uygulanması arasındaki fark ortadan kalkmaktadır¹⁴⁶. Mülkiyet üzerindeki yetkinin ülkesel olduğu gerekçesi de¹⁴⁷ millileştirme tasarruflarına ve bunların dayandıkları idari işlemlere farklı muameleyi açıklayamayacaktır zira aynı gerekçe ceza yasalarının sınır aşan uygulamasını yasaklamak için de kullanılmaktadır¹⁴⁸.

Eğer *act of state* doktrininin mantığı yabancı yasa üzerinde bir inceleme yapmamak, dolayısıyla da yabancı devlet ile ilişkilerin bozulmasından kaçınmak ise, bu, Hakim Learned Hand’in *Moore v. Mitchell* davasında önerdiği üzere, her durumda yabancı millileştirmelerin uygulanmasının reddedilmesi ile de

¹⁴³ A.e.

¹⁴⁴ *Moore v. Mitchell*, 30 F.2d 600, 65 A.L.R. 1354, Cir. Cour. App.,2d Cir.(1929)- 281 U.S. 18 (1930)

¹⁴⁵ *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398 (1964)

¹⁴⁶ A.e.- Hakim White’in bu konudaki muhalif görüşü

¹⁴⁷ A.e.

¹⁴⁸ *Folliott v. Ogden*, 1 H. Bl. 123- 126 Eng. Rep. 75 (1789); *Wolff v. Oxholm*, 105 Eng. Rep. 1177 (K.B.) (1817); *Rafael v. Verelst*, 96 Eng. Rep. 579 (K.B.) (1775)

gerçekleştirilebilir. Hakim Harlan'ın yabancı millileştirme tasarrufunun lehine karar vermesinin en temel sebebi, aksi bir kararın yani yabancı yasaya sınır aşan etki tanınmamasının yabancı hükümetin özel kişiler aleyhine dava açamaması sonucunu doğurması ve bu sebeple şahısların mallarını ülke dışına çıkartmalarında teşvik edici etkisi olabileceğidir. Şüphesiz bunun, “barışçıl bir uluslararası düzene pek de katkı sağlayacağı¹⁴⁹” söylenemez. Gariptir ki, kamu hukukuna karşı önyargının temelini oluşturan yabancı ceza ve vergi yasalarının uygulanmamasına ilişkin eğilim, yabancı yasalardan kaçınmayı teşvik etmekte, davalılar taşınabilir mallarını, yasalarının bağlayıcılığından kurtulmak istedikleri devletin yetki alanından çıkartmakta, taşınmaktadırlar. Neden yabancı kamu hukukunun bir bölümünden kaçınmanın önünün açık olduğu anlaşılammakta, bu da, yabancı kamu hukuku uygulanmamalıdır önermesinin yumuşak karnını oluşturmaktadır.

Genel olarak, yabancı millileştirme tasarruflarına, yabancı ceza ve vergi yasalarından oldukça farklı yaklaşıldığı açıktır. Mahkemeler, yabancı millileştirmelerin geçerliliği sorgulanabilir olsa da, genelde bunları uygulamış; vergi ve ceza yasaları söz konusu olduğunda ise bunların geçerlilikleri şüphe götürmez olsa da uygulamaları reddedilmiştir.

4. KAMU HUKUKUNUN DİĞER ALANLARI

Ceza ve vergi yasalarının uygulanmaması eğiliminin tüm yabancı kamu hukuku niteliğindeki yasalara doğru genişletilmesini savunanlar arasında en tutarlısı hiç şüphesiz F.A. Mann'dır¹⁵⁰. Ona göre, bir devletin, başka bir devletin ülkesinde kendi kamu hukukunu uygulamak istemesi hem o devletin egemenliğinin hem de

¹⁴⁹ Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino, 376 U.S. 398 (1964)

¹⁵⁰ F. A. Mann, **Further Studies in International Law**, USA, Oxford University Press, 1990, s. 355-376; F. A. Mann, **Studies in International Law**, UK, Oxford University Press, 1972, s. 492- 514; F. A. Mann, “Conflict of Laws and Public Law”, **Recueil des Cours**, Volume 132, 1971, s. 107- 196; F. A. Mann, “International Enforcement of Public Rights”, **New York University Journal of International Law and Politics**, Volume 19, 1986- 1987, s. 603- 630; F. A. Mann, “Prerogative Rights of Foreign States and the Conflict of Laws”, **Transactions of the Grotius Society**, Volume 40, 1954, s. 25- 51

dolayısıyla uluslararası hukukun ihlalidir¹⁵¹. Öte yandan, Lawrence Collins'in editörlüğünü yaptığı *Dicey, Morris, Collins: The Conflict of Laws* adlı eserde de “yabancı ceza ve vergi yasalarının uygulanması önündeki yasak, bir devletin kamu hukuku yasalarını, siyasi haklarını başka bir devletin ülkesinde uygulayamayacağı üzerine daha geniş kapsamlı bir prensibin örnekleridir” denmektedir¹⁵². Birkaç davada, üçüncü bir kategorinin “diğer kamu hukuku¹⁵³” olarak varlığını destekleyen görüşlere rastlanmıŝsa da, bu davalar bağımsız görüş bildirmektense, literatürdeki fikirleri takip etmekteydiler. İngiliz mahkemelerindeki *Attorney General of New Zealand v. Ortiz* davası, yabancı kamu hukukunun uygulanmamasına ilişkin teamülen oluşan yasağın, yasadışı olarak ihraç edilen tarihi parçaların müsadere edilmesini düzenleyen Yeni Zelanda yasası dahil tüm “diğer kamu hukuklarını” da kapsaması gerektiğı tartışmalarını beraberinde getirmişti¹⁵⁴. *Nanus Asia Co. & Anor v. Standard Chartered Bank* davasında, Hong Kong Yüksek Mahkemesi, içeriden ticaret yapma yasağına ilişkin yasanın Amerikan kamu hukukunun bir parçası olduğı gerekçesi ile malvarlığına el konulması kararını tanımayı reddetmiştir¹⁵⁵. Diğ er taraftan Avustralya Yüksek Mahkemesi, *Attorney General (UK) v. Heinemann Publishers Australia Pty. Ltd.* davasında, uygulanmama kararının yabancı kamu hukuku yasalarının tümü için geçerli olduğunu karara bağlayacaktı¹⁵⁶. Bilindiğı üzere dava, İngiliz hükümeti tarafından İngiliz istihbarat servisine ilişkin eski bir ajanın anılarının kaleme alındığı *Spycatcher* kitabının basılmasını engellemek amacı ile açılmıştı. Öte yandan, bir grup mahkeme ise yabancı kamu hukukunu uygulamama/tanıma kuralının genel olarak bu nitelikteki yasaların tümünü kapsayacak şekilde ele alınmasına ilişkin çekincelerini açıklamışlardır. Örneğ in, *Spycatcher* davasına paralel olarak Yeni Zelanda Mahkemesi, davanın yabancı kamu hukukunun uygulanmasını gerektirmesi sebebi ile engellenmesini reddederek, “mahkemelerin,

¹⁵¹ Mann, “International Enforcement of Public Rights”, s. 608

¹⁵² Lawrence Collins vd., **Dicey, Morris, Collins: The Conflict of Laws**, UK, Sweet& Maxwell, 2012 (15th Edition), s. 638

¹⁵³ United States v. Inkley, 1 Q. B. 255, 265 (C. A. 1988) (1989); QRS 1 Aps v. Fransden, (1999) 1 W.L.R 2169 (C.A.); Trade Practices Commission v. Australia Meat Holdings Pty Ltd., 83 A.L.R. 299 (1988); Regina v. Governor of Pentonville Prison, Ex parte Budlong 1 W.L.R. 1110 (Q.B. 1980)

¹⁵⁴ Attorney General of New Zealand v. Ortiz, 2 Lloyd’s Rep.265 H.L. (1983)

¹⁵⁵ Nanus Asia Co. & Anor v. Standard Chartered Bank , (1988) H.K.C. 377 (Hong Kong High Court)

¹⁵⁶ Attorney General (UK) v. Heinemann Publishers Australia Pty. Ltd., 165 C.L.R 30 (1988) (Austl.)

dost bir yabancı devletin güvenliğini garanti altına almak için yapabileceklerini inkar etmeleri çağdışıdır” diyecekti¹⁵⁷.

Yabancı kamu hukukunun uygulanmamasına ilişkin olarak Mann’ın çizdiği sınırların, *Huntington* davasında yabancı ceza yasalarına ilişkin oluşturulan sınırlara paralel olduğunu tespit etmek önemlidir. Öncelikle, Mann’a göre, “davacının devlet veya kamu otoritesi olduğu ya da özel bir kişinin devletin çıkarına ve yararına hareket ettiği davalar¹⁵⁸” kamu hukuku yasağı içerisinde kalmaktadır. Bu sebeple gerçek kişilerin veya özel hukuk tüzel kişilerinin zararlarını tazmin etmek amacıyla açtıkları davalar, dayandıkları yasa yabancı kamu hukuku yasası da olsa, kamu hukuku yasağı kapsamında değerlendirilmemektedir. Yabancı telif yasalarının hiçbir çekince olmadan uygulandığı davalar bu ilkeye örnek teşkil etmektedir¹⁵⁹. İkinci olarak, Mann’a göre, “davacının devlet veya kamu otoritesi olduğu ve özel hakların elde edilmesinde önem teşkil eden kamusal hakların yerine getirilmesi amacı ile açılan davalarda yabancı yasanın uygulanmasına herhangi bir itiraz olmayacaktır¹⁶⁰”. *Ivey* davasında Kanada mahkemelerinin verdiği karar da bu değerlendirmeye örnek oluşturmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri’nin temizlik masraflarını tazmin etmek için açtığı davada, Ontario Temyiz Mahkemesi’nin özel hukuk davası kapsamında değerlendirdiği “umum için zararlı fiiller” kavramlaştırması da bu yönetime işaret etmektedir. Mahkemeler, devletlerin sahtekarlığı önlemek amacıyla açtıkları davalara da hem devletin hem de vatandaşların mülkiyet haklarına zarar verdiği gerekçesiyle¹⁶¹ genelde izin vermektedirler. Yine aynı mantıkla, devletin bir armatörden alacaklarının tahsiline, bir sigortalının vasisinden hastane masraflarının alınmasına ve hatta kamu görevlilerine verilen rüşvetlere ilişkin davalara da izin verilmiştir. Mann’a göre *Spycatcher* davasında da, ortada net bir işçi- işveren ilişkisi bulunması ve bunun başka şartlar altında kolaylıkla özel hukuk davası olabilecek

¹⁵⁷ Attorney General (U.K.) v. Wellington Newspapers Ltd. 1 N.Z.L.R. 129 (1988)

¹⁵⁸ Mann, “International Enforcement of Public Rights”, s. 620

¹⁵⁹ Itar- Tass Russian News Agency v. Russian Kurier, Inc., 153 F.3d 82 (2d Cir. 1998); Boosey & Hawkes Music Publishers, Ltd. v. Walt Disney Co., 145 F.3d 481 (2d Cir. 1998); London Film Productions, Ltd. v. Intercontinental Communications, Inc., 580 F. Supp. 47 (S.D.N.Y. 1984)

¹⁶⁰ Mann, “International Enforcement of Public Rights”, s. 617

¹⁶¹ Emperor of Austria v. Day and Kossuth, 45 Eng. Rep. 861 (1861)

nitelikte olması dolayısı ile İngiliz makamlarının dava açmasına izin verilmelidir¹⁶². Tüm bu sebeplerle, eğer genel olarak yabancı kamu hukuku yasalarının uygulanmasına ilişkin bir yasak varsa, bu yasağın kapsamı oldukça sınırlıdır.

5. REKABETİ ve PİYASAYI DÜZENLEMeye YÖNELİK YASALAR

Yabancı kamu hukukunun uygulanmamasına ilişkin mevcut önyargı rekabete ve sermaye piyasalarına ilişkin düzenleme yapan yasalar söz konusu olduğunda da temelde devam etmektedir. Genel yaklaşım, davacı bir özel hukuk kişisi olsa dahi, mahkemelerin hem bu tarz yasalara dayanarak açılan davaları kabul etmemeleri ve yine bu yasalara göre verilen yabancı mahkeme kararlarını uygulanır kılmamaları yönündedir.

Öte yandan, eğer yabancı ceza yasalarının ve kamu hukuku kapsamındaki diğer yasaların uygulanmamasına dair bir kural mevcutsa, bu kuralın mantıksal temelini sadece devletin/ hükümetin davacı olduğu durumlarda geçerli olması gerektiği açıktır. Hiçbir sözde kural, bireylerin ticarete rekabeti düzenleyen yasalarına dayanan bir dava açmalarını ve piyasa ekonomisini düzenleyen yabancı yasalara dayanan yargı kararlarının uygulanması amacıyla mahkemelere başvurmalarını engellememeli, özel kişilerin hakları göz ardı edilmemelidir.

a. HAKSIZ REKABETE İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLAR

Hem mahkeme kararlarından, hem de yazarların yorumlarından bir devletin mahkemelerinin diğerinin rekabet yasalarını reddetme ihtimalinin oldukça yüksek olduğu anlaşılmaktadır. Özellikle Amerikan mahkemelerinin, *forum non conveniens* bildirimini ile yetkisizlik kararı verdiği davalarda bu tarz örneklere sıklıkla

¹⁶² Mann, **Further Studies in International Law**, s. 358- 359

rastlanmaktadır¹⁶³. Örneğin *Industrial Development Corporation v. Mitsui & Company*¹⁶⁴ davasında, 5. Daire, Endonezya mahkemelerinin de Amerikan rekabet yasalarını uygulamayacağından ötürü *forum non conveniens* kararı ile davanın düşmesinin uygun olduğuna hükmedecekti. “Bir devletin diğerinin ceza yasalarını uygulamaması uluslararası hukukun yerleşmiş bir kuralı olduğundan, mahkememizin, Endonezya mahkemelerinin de benzer şekilde, *Sherman Act*’ten doğan haklarını arayan davalıları reddedeceğine dair şüpheleri bulunmaktadır¹⁶⁵”. Lordlar Kamarası, *British Airways Board v. Laker Airways Ltd.* davasında, yabancı rekabet yasalarının uygulanamayacağını onaylamış görünmektedir¹⁶⁶. Lord Diplock, Amerikan rekabet yasalarının uygulanma alanı bakımından tamamen ülkesel olduğunun özellikle altını çizmiş¹⁶⁷, başka İngiliz mahkemeleri de Amerikan mahkemelerinin verdiği haksız rekabete ilişkin kararlarını uygulamayı reddederken benzer görüş bildirmiştir; “Hakim Kongre’nin bir tasarrufunu uygulamaktadır ki elbette bunun Birleşik Krallıkta herhangi bir icrası söz konusu değildir¹⁶⁸”. Anılan örneklerden hareketle, yabancı rekabet yasalarının uygulanmasına izin veren mahkeme kararlarının oldukça az olduğunu belirtmek gerekir¹⁶⁹.

Kanunlar ihtilafı üzerine çalışan yazarların büyük bir çoğunluğu ya ceza niteliği taşıdığı için¹⁷⁰ ya da kamu hukukunun bir parçası olduğu için¹⁷¹ yabancı rekabet yasalarının uygulanamayacağını ileri sürmektedirler. Farklı görüş bildiren F. A. Mann, hem Amerikan hem de İngiliz *Huntington* kararlarını örnek göstererek, bu tip bir davanın devletin zararlarını tazmin amacı taşııyorsa ceza niteliğinde

¹⁶³ *Capital Currency Exchange, N.V. v. National Westminster Bank PLC*, 155 F.3d 603 (2d Cir. 1998)- 526 U.S. 1067 (1999); *Laker Airways Ltd. v. Pan American World Airways*, 604 F. Supp. 280 (1984)

¹⁶⁴ *Industrial Development Corporation v. Mitsui & Company*, 671 F.2d 876 (5th Cir. 1982)

¹⁶⁵ *Industrial Development Corporation v. Mitsui & Company*, 671 F.2d 876 (5th Cir. 1982)- The Antelope davasına gönderme yapılıyor.

¹⁶⁶ *British Airways Board v. Laker Airways Ltd.* (1984) QB 142

¹⁶⁷ **A.e.**

¹⁶⁸ *British Nylon Spinners, Ltd. v. Imperial Chemical Industries Ltd.*, (1955) 1 Ch. 37 (1954)

¹⁶⁹ Örneğin; *Old North State Breewing Co. v. Newlands Services Ltd.*, (1998)

¹⁷⁰ Lawrence Collins vd., **Dacey, Morris, Collins: The Conflict of Laws**, s. 638; Otto Kahn- Freund, “English Contracts and American Anti- Trust Law/ The Nylon Patent Case”, **Modern Law Review**, Volume 18, 1955, s. 65, 69

¹⁷¹ Collins, **a.g.e.**, s. 652

olmadığını hatırlatmıştır¹⁷². Dolayısıyla eğer bir rekabet yasası, bir gerçek kişinin ya da özel hukuk tüzel kişinin haklarını savunmak adına ulusal mahkeme önüne getirildi ise uygulanmasında herhangi bir sakınca olmamalıdır¹⁷³.

b. PİYASA EKONOMİSİNE İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLAR

Genel kabul gören bir başka yaklaşım da bir devletin mahkemelerinin diğerinin sermaye piyasası yasaları uygulamayacağıdır, mahkemelerin bu yönde örnek kararları mevcuttur. *Schemmer v. Property Resources Ltd*¹⁷⁴. davasında, İngiliz mahkemesi, Amerikalı alıcının, Amerikan menkul kıymetler dolandırıcılık davasına istinaden, davalının hisse senetlerini üzerine geçirmesini sağlamayı reddetmiş ve “1924 tarihli sermaye piyasası yasasının ABD’nin ceza yasalarından biri olduğundan bizim mahkemelerimizde uygulanamaz¹⁷⁵” demiştir. Mahkeme, *Huntington v. Attrill*¹⁷⁶ davasında Kraliyet Has Meclisi’nin hangi davaların ceza davası olduğunu takdir için, davanın yabancı hükümet tarafından mı yoksa bir özel hukuk kişisi tarafından mı açıldığına bakılması gerektiğine dikkat çektiğini belirterek, özel hukuk kişilerin aynı yasaya dayanılarak açılan davalarda sonucun daha farklı olabileceğini söylemiştir¹⁷⁷. *Schemmer v. Property Resources Ltd.* davasında durum bunun tam tersidir, davayı açan kişi ABD adına görev yapan bir devlet memurudur¹⁷⁸.

Schemmer v. Property Resources davasını takiben, Amerikan sermaye piyasası yasasının özel bir davada, başka bir devletin mahkemelerinde uygulanıp uygulanmayacağı tekrar tartışma konusu olmuştur. Kanada’da, *McIntyre Porcupine*

¹⁷² Mann, “International Enforcement of Public Rights”, s. 614

¹⁷³ Mann, **a.g.e.**, s. 614- 615; Mann, **Further Studies in International Law**, s. 364

¹⁷⁴ *Schemmer v. Property Resources Ltd.*, (1975) 1 Ch. 273

¹⁷⁵ **A.e.**

¹⁷⁶ *Huntington v. Attrill*, (1893) A.C. 150 (P.C. 1892)

¹⁷⁷ *Schemmer v. Property Resources Ltd.*, (1975) 1 Ch. 273

¹⁷⁸ **A.e.**

*Mines Ltd. v. Hammond*¹⁷⁹ davasında Ontario Yüksek Mahkemesi, Amerikan mahkemelerinin Amerikan sermaye piyasası yasasına istinaden kısa vadeli kazançlara ilişkin almış olduğu kararı uygulamayı reddetmiş ve “Amerikan yasasının herhangi bir sınır aşan etkisi olmadığı¹⁸⁰” belirtilmiştir. Öte yandan bahse konu davanın açılış sürecine bakılarak mahkemenin tespitinin yanlış olduğu söylenebilir, zira eğer yasanın sınır aşan etkisi olmasaydı o zaman ortada uygulanması tartışılan bir Amerikan mahkemesi kararı da olmaması lazımdı.

*Nanus Asia*¹⁸¹ davasında, Hong Kong mahkemesi, içeriden bilgi sızdırdığı iddia edilen davalının hesaplarını donduran Amerikan mahkemesi kararını tanımayı reddetmiştir. Mahkeme, dondurulması istenen hesaplardaki meblağın dava konusu miktarın çok üzerinde olduğunu belirterek¹⁸², “böyle bir uygulamanın ceza niteliğinde olduğuna¹⁸³” hükmetmiştir. Diğer taraftan, Kanada mahkemesi, *U.S. Securities Exchange Commission v. Cosby* davasında, davalı aleyhine çıkmış, kanuna aykırı olarak elde edilen kârlara el konulması ile tazminat kararı arasında bir ayrıma gitmiş ve sadece ilkinin uygulanmasına hükmetmiştir¹⁸⁴.

Rekabeti düzenleyen yasalar konusunda olduğu gibi sermaye piyasası yasaları uyumsuzluklarında da yazarlar, genel olarak, mahkemelerin sermaye piyasalarını düzenleyen yabancı yasaları uygulamayacağını kabul etmektedirler. Andreas Lowenfeld, *Schemmer* davasını değerlendirirken, “bir özel hukuk kişisi de yabancı mahkemenin verdiği sermaye piyasasının düzenlenmesine ilişkin kararı İngiliz mahkemelerine getirirse başarısız olurdu¹⁸⁵” diye fikrini belirtmiştir. *McIntyre Porcupine Mines Ltd. v. Hammond* davası üzerine yazan Jean- Gabriel Castel, “ABD Sermaye Piyasası Yasası’na istinaden alınan bir karar Kanada’da uygulanamaz¹⁸⁶” demiştir. F.A. Mann, “yabancı ülkelerin sermaye piyasalarını düzenleyen yasalar

¹⁷⁹ *McIntyre Porcupine Mines Ltd. v. Hammond*, 119 D.L.R. (3d) 139 (Ont. H.C 175)

¹⁸⁰ **A.e.**

¹⁸¹ *Nanus Asia Co. & Anor v. Standard Chartered Bank*, (1988) H.K.C. 377 (Hong Kong High Court)

¹⁸² **A.e.**

¹⁸³ **A.e.**

¹⁸⁴ *SEC v. Cosby*, (2000), No.C992041, (B.C.S.C.) (Canada)

¹⁸⁵ Andreas Lowenfeld, “Public Law in the International Arena: ...”, s. 420

¹⁸⁶ Jean Gabriel Castel, **Extraterritoriality in International Trade**, Toronto- Vancouver Lexis Law Publishing, 1988, s. 114

ceza yasaları niteliğinde olmasa da, kamusal bir hak yaratmaktadır¹⁸⁷” diyerek, sermaye piyasası yasalarının uygulanmaması gerektiğinden yana görüş bildirmiştir.

c. REKABET ve SERMAYE PİYASASI YASALARININ UYGULANMAMASININ NEDENLERİ

Rekabet ve sermaye piyasası yasaları, devletten devlete farklılık gösterse de, ihlalleri hem ceza davasının hem de hukuk davasının konusu olabilmektedir. Bu sebeple, bu yasalara dayanarak açılacak davalar için üç senaryo mümkündür: (1) kamu otoritesi tarafından açılacak ceza davası; (2) kamu otoritesi tarafından açılacak hukuk davası; (3) bir özel hukuk kişisi tarafından açılacak hukuk davası. Bu anlamda, hem ceza yasalarının uygulanması hem de ceza davalarında alınan kararların hayata geçirilmesi yabancı kamu hukukuna ilişkin sözde yasaklara takılmaktadır. Daha önce de örneklerle değinildiği üzere, devletin açtığı hukuk davasını sadece davacının hukuki kişiliği nedeniyle reddeden/ reddedecek bir mahkemenin¹⁸⁸, herhangi bir andlaşmanın yokluğunda bir hapis cezasını ya da benzeri bir müeyyideyi hayata geçirmesini beklemek zaten fazlasıyla iyimserlik olacaktır.

Yabancı hükümetlerin açtığı hukuk davaları da davacının kişiliği ve davanın sonunda kamu yararına işlem yapılacak olması nedeni ile, yabancı ceza yasaları ve ceza yargı kararları ile benzer biçimde, diğer mahkemelerce kabul edilmeyecektir. Hem İngiliz, hem de Amerikan *Huntington* kararları göstermiştir ki, yabancı hükümetlerin kendi yasalarının ihlali dolayısıyla açtıkları davalar uluslararası arenada her koşulda ceza davası gibi değerlendirilmektedir¹⁸⁹. Bu sebeple devlete

¹⁸⁷ Mann, “International Enforcement of Public Rights”, s. 607

¹⁸⁸ United States v. Inkle, 1 Q. B. 255, 265 (C. A. 1988) (1989)

¹⁸⁹ Huntington v. Attrill, 146 U.S. 657 (1892); Huntington v. Attrill, (1893) A.C. 150 (P.C. 1892)

aktarılabacak para cezalarının uygulanmasında da¹⁹⁰, ulusal mahkemeler önlerindeki dava hukuk davası olsa dahi, çekincelerini sürdürmektedirler¹⁹¹.

Hükümetlerin özel kişilerin yararına açtıkları davalar, hesapların dondurulması veya nihayetinde dolandırılan yatırımcılara fon aktarılması gibi sonuçları olduğunda, daha çetrefilli bir uyuşmazlığın konusunu oluşturmaktadır. *Cosby* davasında, Kanada mahkemesi böylesi bir kararın ceza niteliği taşımadığına ve Kanada’da uygulanabileceğine hükmetmiştir¹⁹². Bunun tam tersi bir karar ise *Nanus Asia* davasında alınmış, Hong Kong mahkemesi, “tahliye, hesapların dondurulması gibi işlemler ceza niteliği taşımasa da kamu hukukunun icrasını içerir¹⁹³” demiştir. *Nanus Asia* davası bu yönüyle hatalıdır. İlk olarak, kamu hukuku yasağı (tabii öyle bir yasak mevcutsa), uygulanacak yasanın veya mahkeme kararının yabancı devletin lehine/ yararına bir sonuç doğurmasını gerektirmektedir¹⁹⁴. İkincisi, yabancı unsurlu uyuşmazlıklardaki içtihadı göre, eğer davanın nihai yararlanıcısı yabancı devlet ise, yabancı ceza ve vergi yasalarına ilişkin çekince özel hukuk kişilerinin açtığı davalara da uygulanmalıdır¹⁹⁵. Bu sebeple, nihai yararlanıcısı özel hukuk kişileri olacak şekilde hükümetlerin açtığı davalar, bir gayri menkulün tahliye edilmesi ya da hesapların dondurulması gibi, yabancı ceza ve vergi yasalarına ilişkin yasağın dışında bırakılmalıdır.

Kendi adlarına zarar giderim amacıyla özel hukuk kişilerinin açtığı davalar, hükümetlerin açtığı davalardan çok daha farklı temellere sahiptir. *Huntington* kararına göre, hükümetler adına hareket etmedikleri sürece, özel kişilerin açtığı davalar ceza davası kapsamında değerlendirilmemektedir. Mahkeme Başkanı Gray’in *Huntington* davasındaki açıklamalarından hareketle tazminat davalarında, tazminat mevcut zararı katlıyor olsa dahi, dava, ceza davası kapsamına girmez¹⁹⁶, pek çok başka davada da

¹⁹⁰ *Wisconsin v. Pelican Ins. Co.*, 127 U.S. 265 (1888)

¹⁹¹ *Nanus Asia Co. & Anor v. Standard Chartered Bank*, (1988) H.K.C. 377 (Hong Kong High Court); *SEC v. Cosby*, (2000), No.C992041, (B.C.S.C.) (Canada)

¹⁹² *SEC v. Cosby*, (2000), No.C992041, (B.C.S.C.) (Canada)

¹⁹³ *Nanus Asia Co. & Anor v. Standard Chartered Bank*, (1988) H.K.C. 377 (Hong Kong High Court)

¹⁹⁴ Mann, “International Enforcement of Public Rights”, s. 620

¹⁹⁵ *Peter Buchanan Ltd. v. McVey* (1954) I.R. 89, 106 (Ir. H. Ct. 1950), (1954) I.R. 110 (Ir. S.C.

1951); *Huntington v. Attrill*, 146 U.S. 657 (1892); *Huntington v. Attrill*, (1893) A.C. 150 (P.C. 1892)

¹⁹⁶ *Huntington v. Attrill*, 146 U.S. 657 (1892)

zararı aşan tazminat kararlarının yabancı ceza yasalarına ilişkin yasağın kapsamına girmeyeceğine dair görüşler belirtilmiştir¹⁹⁷. Dolayısıyla, özel kişiler tarafından açılmış davalarda davaya ilişkin yasanın “ceza” niteliği taşıdığı gerekçesi ile¹⁹⁸, yabancı rekabet yasalarını uygulamayan¹⁹⁹ ya da yabancı sermaye piyasası yasasına dayanan mahkeme kararını hayata geçirmeyen²⁰⁰, bunların uygulanmayacağını savunanlar en basit anlatımla yanlış değerlendirme yapmaktadırlar. Mahkemeler yabancı rekabet ya da sermaye piyasası yasalarını ve bunlara dayanan mahkeme kararlarını uygulamayı, bu yasaların yabancı kamu hukuku kapsamında olduğu gerekçesi ile reddetmemelidirler. Böyle bir yasak mevcutsa bile, daha önce de belirtildiği üzere, mantıken sadece yabancı devlet adına açılan davalarda geçerli olmalıdır²⁰¹. Özel kişilerin yabancı rekabet ya da sermaye piyasası yasalarına dayanarak açtıkları davalar elbette bu kapsamda değildir, birey sadece kendi adına ve kendi zararlarını tazmin amacı ile dava açmaktadır. F.A. Mann, sermaye piyasalarına ilişkin yasaların “kamusal hak yarattığını” söylerken haklı olsa da, kamu hukukuna ilişkin mevcut önyargı ve dayandığı mantık bu hakların özel hukuk kişileri tarafından aranmasını engellememelidir.

Kısacası, mevcut doktrin, mahkemelerin özel hukuk kişileri tarafından açılan davalarda yabancı rekabet ya da sermaye piyasası yasalarını uygulamalarını engellememektedir. Kamu hukukunun ülke dışında etki doğurmasına ilişkin önyargılar, kamu hukukunun bu şekilde uygulanmasını kısıtlamadığı gibi, mahkemelerin de bireyler tarafından açılan davalarda mevcut kabulleri, yasama ve yürütme organları ile koordine olarak, özellikle yıkmaları gerekmektedir.

¹⁹⁷ Old North State Brewing Co. v. Newlands Services Ltd., (1998), 58 B.C.L.R. (3d) 144 (C.A.)

Rosencrantz v. Union Contractors Ltd., 23 D.L.R. (2d) 473 (1960)

¹⁹⁸ Mann, “International Enforcement of Public Rights”, s. 614

¹⁹⁹ Industrial Development Corporation v. Mitsui & Company, 671 F.2d 876 (5th Cir. 1982);

British Airways Board v. Laker Airways Ltd. (1984) QB 142

²⁰⁰ McIntyre Porcupine Mines Ltd. v. Hammond, 119 D.L.R. (3d) 139 (Ont. H.C 175)

²⁰¹ Mann, “International Enforcement of Public Rights”, s. 620

E. KAMU HUKUKUNUN KAPSAMI ve KANUNLAR İHTİLAFI KURALLARINA GÖRE YERİ

Dünyanın birbirinden yasal olarak bağımsız egemen devletlere ayrılmış olması kamu hukukunun üç alt kategorisini öne çıkartmıştır: egemenlerin birbirleri ile ilişkilerini düzenleyen uluslararası hukuk; devlet organlarının organizasyonu ve fonksiyonları ile bunların kendilerine tâbi kişiler ve varlıklarla ilişkilerini düzenleyen anayasa hukuku; yürütme mekanizmasının çalışmasını ve yine ona tâbi kişiler ve varlıklar ile ilişkilerini düzenleyen idare hukuku. Yönetim şekline, ekonomisine ve yasalarının içeriğine bakılmaksızın her modern bağımsız devlette bu üç kategori bulunmaktadır.

Kanunlar ihtilafı açısından kamu hukuku, 21. yüzyıl itibariyle bile görece yabancı bir kavramdır. Adından da hareketle uluslararası özel hukukun, özel hukuk yasalarının uygulama alanında çalıştığı bu sistem içerisinde, kamu hukuku yasaları kapsam dışında kalmaktadır. Dolayısıyla kamu hukukunun sınır aşan uygulamasını değerlendirebilmek için, bu hukuk dalının temel kavramlarının (neredeyse) tüm devletler için geçerli bir tanımını yapmak gerekmektedir.

Kamu hukuku özel hukuktan, devletin kamu hukuku yasalarının sadece kaynağı olmasıyla değil, aynı zamanda temel bir aktörü, süjesi olması bakımından da farklılaşmaktadır. Kamu hukukunun temel prensibi devlet fonksiyonlarının uygun şekilde yerine getirilmesi ve devletin, kamu yararı mefhumunu gerçekleştirmesidir. Buradan hareketle kamu hukukunun farklı yoğunlukta üç basamağından bahsedilebilir²⁰²:

1. Kamu hukukunun özü anayasa ve idare hukuklarıdır. Hiçbir egemen devlet hükümet organlarının veya hükümet mekanizmasının başka bir egemen devletin yasaları ile düzenlenmesine müsaade etmeyecektir.
2. İkinci katmanı ceza ve vergi hukukları oluşturmaktadır. Ülkesel egemenlik her egemen devletin kendi ülkesinde “meşru cebri icra gücü

²⁰² Lisa Webley&Harriet Samuels, **Complete Public Law: Text, Cases, and Materials**, Oxford University Press, UK, 2012, s. 3- 18

monopolünü²⁰³ elinde bulundurması şartına sıkı sıkıya bağlıdır. Bağımsızlığın ayrıca diğer bir şartı da, yürütme fonksiyonlarının finanse edilmesi için, ulusal bir kamu vergi sisteminin mevcudiyetidir.

3. Son tabakayı ise ekonomik alanda düzenleme yapan yasalar ya da mali hukuk oluşturmaktadır. Adından da anlaşılacağı üzere, bu grupta, ihracat sübvansiyonları, ithalata sınırlamaları ve lisans almak için gereklilikler gibi aslında özel kişilerin kendi aralarındaki haklarına devlet eliyle yapılan dolaylı düzenlemeler yer almaktadır.

Devletlerin yabancı kamu hukukunu uygulama konusundaki eğilimleri, bahse konu yabancı kamu hukuku yasasının, devletin kendi hukuk sisteminde, yukarıda belirtilen tabakalardan öze ne kadar yakın olduğu ile ters orantılı olarak değişmektedir. Buna göre devletler, yabancı unsurlu bir uyumsuzlukta mahkemenin kanunlar ihtilafı kuralları yabancı yasayı işaret ettiğinde ve bu yasa mahkemenin kamu düzeni ile çelişmiyorsa, varsayımsal olarak, vergi ve ceza hukuku yasalarını, anayasa ve idare hukuku yasalarına göre daha kolayca uygulayacak; icra ve iflas hukuku ile mali hukuku uygulamada ise belki de tereddüt etmeyeceklerdir. Acaba bu uygulamada da gerçekten böyle midir?

Egemen bir devletin, bir diğerinin yasalarını uygulama ya da uygulamama kararının temel belirleyicisi, uygulanması istenen yasanın egemenliğin soyut kavramlarına yakınlığı veya uzaklığı değil; gerçek hayatta bahse konu yasanın hangi ilişkiyi düzenlediği, ne amaçla kullanıldığı ve bunun tespiti için ulusal mahkemenin yapacağı değerlendirmedir. Yabancı devlet, kamu hukuku yasasının, egemenliğinden kaynaklanan haklarını (örneğin vergi toplamak gibi) korumak amacı ile uygulamak istiyorsa ulusal mahkeme bu yasayı uygulamak istemeyecek; eğer uygulanmak istenen kamu hukuku yasası, egemenliğin temel kavramlarına ne kadar yakın olduğuna bakılmaksızın, ulusal bir yasanın yan unsuru olarak işliyorsa mahkemenin tereddüdü en az seviyeye inecektir. Uluslararası özel hukuk terminolojisiyle, yabancı

²⁰³ Max Weber, **Politics as a Vocation**, Free Students Union of Munich University, 1919, (Çevrimiçi) <http://anthropos-lab.net/wp/wp-content/uploads/2011/12/Weber-Politics-as-a-Vocation.pdf> 24 Şubat 2013

kamu hukuku niteliğindeki yasanın ulusal düzeyde uygulanabilirliği, onun *lex causae* ile ilişkisinin yakınlığı ile ters orantılıdır.

Yabancı kamu hukukunun uygulanması sorununun analizinde yukarıda belirtilen hipotezde verilen sıra izlenecektir. Yabancı kamu hukuku önce mahkeme hukukuna- *lex fori*- göre bir hukuki veri, referans olarak ele alınacak, daha sonra ön mesele ve esas meselenin çözümünde uygun hukuk olarak değerlendirilecektir. Bundan sonra özel bağlama kuralı ile yabancı kamu hukukunun uygulanması incelenecektir. Yabancı devletin egemenliğinden kaynaklanan haklarını aramak adına kamu hukuku yasalarını ülke dışında uygulatmak çabası ve iç hukuktan kaynaklanan engellerin andlaşmalar ile aşılmaya çalışılması ise bir sonraki bölümde ele alınacaktır.

BÖLÜM II

YABANCI KAMU HUKUKUNUN UYGULANMASI ve ULUSLARARASI HUKUK

Yabancı kamu hukukunun uygulanması doğası gereği uluslararası hukukun düzenleme alanındadır. Ancak bilindiği üzere uluslararası hukukun kaynağını oluşturan ne andlaşmalarda, ne örf ve adet hukukunda, ne de hukukun genel ilkelerinde, genel olarak ve doğrudan yabancı kamu hukukunun uygulanıp uygulanmayacağına ya da uygulanacaksa hangi koşullarda uygulanacağına ilişkin herhangi bir kural bulunmamaktadır. Andlaşmalar ancak özel alanları, çifte vergilendirmenin önlenmesi gibi, özel koşullarda ele almakta ve genelde de ikili andlaşmalarla soruna kısıtlı bir kapsamda çözüm getirilmektedir. Uluslararası hukuk açısından yabancı kamu hukukunun konumunu değerlendirebilmek için ayrıca kapsamlı bir inceleme yapmak gerekmektedir.

A. YABANCI KAMU HUKUKUNUN UYGULANMASININ DEVLET EGEMENLİĞİNE OLASI ETKİLERİ

Devletin işlem ve eylemlerinin çoğunda sahip olduğu dokunulmazlık ve bağımsızlıklar, her devletin kendi ülkesinde münhasıran sahip olduğu egemenliğin bir sonucudur. Devletin dokunulmazlığını ve dolayısıyla egemenliğini kısıtlayıcı bir unsur olarak devletin işleminin türüne bakılması, devletlerin uluslararası ticaret alanındaki tasarruflarının daha farklı değerlendirilmesine sebep olmaktadır. Öte yandan, devletler, uluslararası hukuku ihlal etmeden başka devletlerin ülkelerini etkileyecek işlemlerde bulunabilmektedirler.

Devletlere, uluslararası hukukun emrettiği ilk ve en önemli kısıtlama, devletin hiçbir şekilde gücünü başka bir devletin ülkesinde kullanmamasıdır²⁰⁴. Bu kural aynı

²⁰⁴ The S.S. Lotus (Fr. v. Turk.), 1927 P.C.I.J. (ser. A.) No. 10 (Sep. 7.)

zamanda devletin unsurlarını da içerisinde barındırmaktadır; 1- başka bir güç tarafından kısıtlanmamış otorite (hükümet, egemenlik), 2- insan topluluğu ve 3- sınırları çizilmiş ülke. Üzerinde önceden anlaşılmış özel durumlar hariç, ülkesinde diğer devletlerin egemen otoritelerini kullanmalarına izin veren bir devlet, devlet olmanın unsurlarından, önkoşullarından birini, münhasıran egemenliğini, kaybetme tehlikesi ile karşı karşıya kalacaktır²⁰⁵.

Devlet, diğer devletlerin, kendisinin idari yapısı ve kuruluşlarının fonksiyonu üzerine karar vermesine izin vermez. Hükümet fonksiyonlarının organizasyonu ve dağıtımı ile ilgili anayasa hukuku kuralları ile, her seviyede hükümet araçlarının hiyerarşisini ve yürütülmesini düzenleyen kurallar kaçınılmaz olarak ülkeseldir. Uluslararası hukukca kısıtlı olarak düzenlenen askeri işgal şartları hariç, bu konulardaki yabancı yasaların uygulanması için herhangi bir istisna ve boşluk söz konusu değildir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, egemen bir devlet, ülkesinde başka hiçbir otoriteye devredilmemiş hükümet yetkilerini yürütmekte ve “cebri icra gücünü meşru olarak kullanmak monopolü²⁰⁶”nü de elinde bulundurmaktadır. Cebri icranın en belirgin yolu cezai adaletin sağlanmasıdır. Buna göre, her devlet, kendi mahkemeleri ve kendi ülkesinde, suça karşı, kendi yasalarının öngördüğü cezai yaptırımları uygulayacaktır. İlkesel olarak, anılan yaptırımlar devletin ülkesindeki her kişi ve olaya uygulanabilir. Diğer devletler cebri icra yetkisini ancak ve ancak ülke devletinin izni ile kullanabilirler. Bu açıdan, Uluslararası Sürekli Adalet Divanı’nın 1927 tarihli *Bozkurt Lotus* kararında da belirttiği gibi, “ceza yetkisi kesinlikle ülkeseldir ve ceza hukukunun ülkesel karakteri tüm yasal sistemler için temeldir²⁰⁷”. Günümüzde, aksine andlaşmaların yokluğunda ve söz konusu suç insanlığa karşı işlenmemişse, ceza hukuku halen ülkesel sınırlar içerisinde etki doğurmaktadır.

²⁰⁵ Yılmaz Altuğ, **Yabancıların Hukuki Durumu**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1968, 41- 42

²⁰⁶ Max Weber, **Politics as a Vocation**, Free Students Union of Munich University, 1919, (Çevrimiçi) <http://anthropos-lab.net/wp/wp-content/uploads/2011/12/Weber-Politics-as-a-Vocation.pdf> 24 Şubat 2013

²⁰⁷ The S.S. Lotus (Fr. v. Turk.), 1927 P.C.I.J. (ser. A.) No. 10 (Sep. 7.)

Yine de, devletler kendi ülkelerinin dışında, diğer devletlerin ülkesinde işlenen suçlar için mahkumiyet kararı verebilirler. Uluslararası hukukla da uyumlu olan ve devletin yargı yetkisine dayanan bu duruma özellikle suçlunun milliyeti yani bağlı olduğu kişisel hukuk değerlendirildiğinde rastlanmaktadır. Elbette ülke devletinin izni olmadığında, devletler böyle sınır aşan mahkumiyet kararlarını ancak davalı kendi ülkelerine giriş yaptığında uygulayabilirler. Başka devletin ülkesinde gerçekleşen eylemler için giyapta ceza yetkisi kullanımı, özellikle devletlerin ülke dışındaki gerçek kişi ve tüzel kişilere yasakladıkları eylem, ülke devletinin yasalarının yapılmasını emrettiği bir işlem ise, potansiyel olarak devletler arasında uyuşmazlık sebebidir. Bu konuya ilerleyen sayfalarda daha ayrıntılı olarak değinilecektir.

B. ULUSLARARASI HUKUK AÇISINDAN YABANCI KAMU HUKUKU

Uluslararası hukuk; 1- özel bölgelerde egemen gücün yasal çerçevede uygulanmasını düzenlemekte; 2- devletlerin sınır aşan yargı ve yasama yetkisini kısıtlamakta; 3- egemen gücün maddi içeriğinde bir takım sınırlamalar öngörmektedir. Bu çerçevede, özellikle II. Dünya Savaşı'na kadarki dönemde ortaya çıkan işgalci kuvvetlerin işgal ettikleri bölgede gerçekleştirmek istedikleri düzenlemelerin yasal değeri gibi konular ile boykot, ambargo gibi düzenlemelerin dolaylı etkileri ile insan haklarının evrensel olarak korunması gereğinden kaynaklanan uygulamalar uluslararası hukukun yabancı kamu hukukunun sınır aşan etkisine özellikle kısıtlama getirdiği alanlar olarak öne çıkmaktadır.

1. İŞGAL ALTINDAKİ ÜLKELERDE KAMU HUKUKU

Uluslararası hukuka göre devlet kendi ülke sınırları içerisinde cebri icra gücünü kullanma monopolüne sahiptir. Bu gücün, başka bir devletin ülkesinde o devletin rızası olmadan kullanılması uluslararası hukuka aykırıdır. Birleşmiş Milletlerin kurulduğu 1945 yılından bu yana, savaş, askeri işgal ve uluslararası

hukuk tarafından garanti altına alınmış özel ülkesel statüleri (günümüzde geçerliliğini yitirmiş BM Vesayet Meclisi gibi) ihlal ederek toprak kazanımı yasağı bir uluslararası hukuk kuralı olarak yerleşmiştir²⁰⁸. Diğer bir deyişle, işgalci kuvvetin eylemleri ancak uluslararası hukukun izin verdiği ölçüde geçerlidir, manda ve vesayet altındaki ülke üzerindeki egemenliği kuvvet kullanarak değiştirmek uluslararası hukuka tamamen aykırıdır. 3. devletlerin, işgalci kuvvetin hukuk dışı tasarrufları tanımama zorunluluğu mevcuttur. Ancak geçmişte, özellikle I. ve II. Dünya Savaşlarından sonra, otoritenin meşruluğuna bakmaksızın, 3. devletler açısından, işgalci kuvvetin hüküm sürdüğü dönem ve koşullarda yürürlükte bulunan yasaları tanımak ve uygulamak eğilimi mevcuttu²⁰⁹. *De facto* egemenleri ve hukuksuz işgalcileri olumlayan bu yaklaşım uluslararası hukukta halen kabul görmekte midir? *Namibia* davasında, Uluslararası Adalet Divanı, ülkesel statünün uluslararası hukuka aykırı olduğunun yetkili bir Birleşmiş Milletler organı tarafından deklare edilmesinin gerekliliğine ve durumun geçersizliğinin Birleşmiş Milletler üyeleri tarafından tanınması yükümlülüğüne vurgu yapmıştır²¹⁰. Diğer taraftan bunlara ek olarak, her ne kadar Güney Afrika'nın Namibya'daki eylemleri hukuken geçersiz olsa da, söz konusu geçersizliğin doğum kaydı, ölüm ve evlilik gibi sadece Namibya halkının zararına olabilecek bir alanı kapsayamayacağı belirtilmiştir²¹¹. Diğer taraftan yine bireyin haklarını korumaya yönelik ama bu sefer tersten okuyan bir örnek, Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın *Loizidou* başvurusuna ilişkin olarak 18 Aralık 1996'da verdiği karardır²¹². Divan, şikayet edilen, ihlal iddiasına konu tasarrufun, aleyhine şikayet başvurusu yapılan Sözleşmecî Devletin “yargı yetki alanında” gerçekleşmiş olması gerektiğine vurgu yaparak; yargı yetki alanının, sadece ilgili devletin ülkesi ile sınırlı olmayıp, o devletçe hukuka uygun ya da fiili

²⁰⁸Yoram Dinstein, **The International Law of Belligerent Occupation**, New York, Cambridge University Press, 2009, s. 1- 8; Peter Malanczuk, **Akehurst's Modern Introduction to International Law**, New York, Routledge, 1997, s. 147- 158; Eyal Benvenisti, **The International Law of Occupation**, UK, Oxford University Press, 2012, s. 1- 19; Rudolph L. Bindschedler, “Annexation”, **Encyclopedia of Public International Law**, Ed. R. Bernhardt, Volume 3, Amsterdam, North Holland Publishing Company, s. 19, 20- 22, 1982

²⁰⁹Zaim M. Nedjati, “Acts of Unrecognised Governments”, **International & Comparative Law Quarterly**, Volume 30, 1981 s. 388, 413

²¹⁰International Court of Justice's Advisory Opinion of 21 June 1971 on “Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South- West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)”

²¹¹**Ae.**

²¹²Case of *Loizidou v. Turkey* (15315/89) Judgments (Merits), Grand Chamber, 18.12.1996

olarak denetim altında bulundurulmuş yerleri de kapsadığını ifade etmiştir²¹³. Buradan hareketle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, KKTC'nin uluslararası toplum tarafından tanınan bir devlet olmadığı gerekçesi ile yaptığı işlemlerin değerlendirme dışı olduğu, Türk Silahlı Kuvvetleri'nin adadaki varlığı nedeniyle Türkiye'nin adanın kuzeyini tam olarak kontrol ettiğini, bu sebeple burada meydana gelen ihlallerden sorumlu olduğunu ve Loizidou'nun mülkiyet hakkının ihlalinin "sürekli" bir nitelik taşıdığını karara bağlamıştır²¹⁴. Böylelikle uluslararası mahkeme, bir devletin, kamu hukukuna dayanan ülke dışındaki tasarruflarını tanımakla kalmamış, bu tasarrufların sonuçlarından dolayı bahse konu devleti tazminata mahkum etmiştir. Ancak özellikle belirtmek gerekir ki, hem *Namibia* hem de *Loizidou* davasında öne çıkan, bireylerin haklarının korunması temel amacdır.

2. YASALARIN SINIR AŞAN ETKİSİ

Her devletin kendi sınırları içerisinde belirli fiillere yaptırımda bulunmak için kendi ceza yasalarını uygulaması dolayısıyla ceza hukuku ülkeseldir. Farklı devletler, suç işleyen milliyeti gibi farklı hukuki sebeplerle, aynı fiile farklı yaptırımlar getirebilirler. Uluslararası hukuk, eş zamanlı ve muhtemelen çatışan ceza yetkilerinin varlığını kabul etmektedir. Soru, uluslararası hukukun, ne zaman ve hangi kapsamda, devletlerin başka devletin ülkesinde bazı fiilleri teşvik etmek veya yasaklamak için yasama yetkisini kullanmasına sınırlamalar getireceğidir. Diğer devletlere karşı kuvvet kullanma veya kuvvet kullanma tehdidinin yasaklanması²¹⁵, diğer devletlerin içişlerine karışılmasının yasaklanması²¹⁶ gibi konular BM Şartı ile de garanti altına alınmış, uluslararası hukukun yerleşmiş kurallarıdır. Öte yandan, uluslararası hukuk askeri güç kullanma tehdidi olmaksızın ekonomik baskı yapmayı yasaklamadığı gibi, devletlere ticarete ayrımcılık yapılmaması gibi bir yükümlülük de getirmemektedir.

²¹³ Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2007, s. 989

²¹⁴ Yaprak Renda, "Loizidou Kararından Bugüne Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kararları ve Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararlarının Kıbrıs'taki Mülkiyet Sorununa Etkisi", **Ankara Barosu Dergisi**, 2013/1, s. 390

²¹⁵ United Nations, "Charter of the United Nations", (adopted 26 June 1945- entry into force 20 October 1945), San Francisco, 1 UNTS XVI, Article 2 Paragraph 4

²¹⁶ A.e., Article 7, Paragraph 7

Aksi yönde anlaşmalar olmadığı sürece boykot veya ambargo yöntemleri de uluslararası hukuka aykırı değildir. Rekabet yasalarının sınır aşan uygulaması için de aynı şeyi söylemek mümkündür. Uluslararası hukuk ayrıca, boykotların “kara liste” ve benzeri yöntemlerle veya boykot eden devletin yasama yetkisi altında olanlara cezai yaptırımda bulunarak dolaylı olarak başka devletlerin ülkelerinde yürütülmesini de yasaklamamaktadır. Öte yandan, anılan yetkinin boykot eden devletin vatandaşı olmayanları yani 3. devletin vatandaşlarını etkilediği durum tartışma konusudur²¹⁷.

Başka bir devletin yasama yetkisinin hedefi olan devlet karşılık vererek benzer girişimleri, aksi yönde fiilleri hem yasama hem de yürütme kuvvetini kullanarak ile engelleyebilecektir. Varsayımsal bir örnekte, ABD ülke dışındaki vatandaşlarının (da) İran ile herhangi bir ticaret ilişkisi kurmasını yasaklamış olsun. Bunun üzerine Almanya, Almanya’da ikamet eden tüm gerçek kişiler için ticaret kısıtlamalarını kaldıran bir yasa yürürlüğe sokar ve aksi yönde davrananların ihracat lisansını iptal edeceğini de bir yaptırım olarak eklerse, Almanya’da yaşayan ve ihracat ile geçinen ABD vatandaşlarının durumu tartışma yaratacaktır. Günümüzde, özellikle ekonomi alanında, etkisi sınır aşan yasalar ve bunlara karşılık olarak çıkarılan ulusal yasalara sıklıkla rastlanmaktadır²¹⁸. Çağdaş uluslararası hukukta etkisi sınır aşan yasaları, örneğin yukarıda belirttiğimiz belli bir ülke ile ticaret yapmayı yasaklayan yasaları, veya onlara cevaben geliştirilen, yine yukarıda belirttiğimiz ticarete ayırım yapmayı yasaklayan düzenlemeleri yasaklayan bir kural mevcut değildir. Ülke devletinin mutlak yasama ve yürütme yetkisine sahip oluşu, onu uluslararası hukuk açısından daha avantajlı bir konuma oturtmaktadır. Devletin ülkesinde izin verdiği veya teşvik ettiği fiil/ eylem uluslararası hukuka aykırı

²¹⁷ Stephen C. Neff, “Boycott and the Law of Nations: Economic Warfare and Modern International Law in Historical Perspective”, **British Yearbook of International Law**, Volume 59, 1988, s. 120-124

²¹⁸ Alan V. Lowe, **Extraterritorial Jurisdiction: An Annotated Collection of Legal Material**, Cambridge, Grotius Publications Ltd., 1983, s. 107

olmadığı sürece, yine uluslararası hukuka göre ondan başka hiçbir devlet böyle bir eylemi düzenlemede daha üstün ve önde gelen bir hakka sahip değildir²¹⁹.

3. ULUSLARARASI HUKUK ve İNSAN HAKLARI HUKUKU

Uluslararası hukuk, devletlerin kendi ülkelerindeki eylem ve işlemlerine de birtakım temel sınırlamalar getirmiştir. Özellikle yabancılara ait gayri menkullerin millileştirilmesi ya da kamulaştırılması sorunu zaman zaman tartışmalara yol açmaktadır. Uluslararası hukuk, devletlerin millileştirme tasarrufları ile ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda uygulanacak kanunlar ihtilafi kurallarını düzenlemediğinden ve yabancı hukukun uygulanması her zaman kamu düzeni çekincesine tâbi olduğundan, mahkeme devleti yabancı millileştirme işlemini, devletlerin birbirlerinin kamu hukukunu uygulamaya ilişkin genel çekincesinden ayrı olarak, eğer o yasa uluslararası hukukun temel ilkelerine aykırı ise, uygulamayı reddedebilir. Peki böyle bir yasanın uygulanmaması uluslararası hukukun bir sonucu mudur?

Aksini düşünenlerin mevcudiyetine rağmen²²⁰, uygulama uluslararası hukukun devletlere böyle bir sorumluluk yüklediğini göstermekte, olsa olsa konunun diplomatik koruma kurumunun işletilmesini gerektirebileceği sonucuna varılmaktadır²²¹. İlk olarak, uluslararası hukukun hiçbir kuralı yine uluslararası hukuka aykırı bir tasarrufun devletin iç hukukunda geçersiz olacağını belirtmemektedir. İkincisi, iç hukuktaki bir yasadaki kaynaklanan uluslararası hukuk ihlallerine ilişkin iddialar, ihlale sebep olan yasanın mağdurundan değil, mağdurun vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu devletten gelmekte, devlet diplomatik koruma

²¹⁹ Andreas F. Lowenfeld, "Balancing of Interests and the Exercise of Jurisdiction to Prescribe: Reflections on the Insurance Antitrust Case", **American Journal of International Law**, Volume 89, No. 1, 1992, s. 47- 49

²²⁰ Örneğin F. A. Mann, "The Consequences of an International Wrong in International and National Law", **British Yearbook of International Law**, Volume 48, 1976- 1977, s. 1- 65

²²¹ International Court of Justice, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, Case Concerning Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited- New Application: 1962- Belgium v. Spain, Judgment of 5 February 1970

kurumunu çalıştırmakta ve genelde uzlaşma yoluna gidilmektedir. Devletlerin iç hukuktaki tasarrufları dolayısı ile bireylerin uğradıkları zararlarda iç hukuk yollarını takiben, sorun, temel insan haklarına ilişkin ve Avrupa Konseyi'nin yetki alanında değilse, artık ancak zarar gördüğünü iddia eden bireyin uyrukluk bağı ile bağlı olduğu devletin diplomatik koruma kurumunu çalıştırması ve belki de akabinde konuyu uluslararası bir mahkemeye götürmesi ile çözümlenebilecektir. Eğer “mağdur” devlet uygun biçimde davacı olarak harekete geçerse, uluslararası hukukun öngördüğü çözüm devletten devlete bir zarar giderim olabilecektir, gerçek kişiye herhangi bir hak iadesi öngörülmemektedir²²². Burada dahi devletin, vatandaşının ülke dışındaki menkul ve gayri menkullerinden kaynaklanan haklarını koruma amacıyla hareket etmesi uluslararası hukukun bir emri ya da gereği değil, tamamen yetkili organların takdirine bağlı bir işlemdir. Son olarak, devletlerin uygulamalarından yabancı devletlerin uluslararası hukuka aykırı tasarruflarının tanınmaması gibi bir teamül kuralı oluşmadığı anlaşılmaktadır.

Konu insan hakları ve uluslararası barışı koruma gibi herkese karşı / *erga omnes* ileri sürülebilecek yükümlülükler olduğunda durum farklılaşmakta, bu tarz yükümlülüklerin ihlali halinde bireyler uluslararası mahkemelerde doğrudan haklarını arayabilmektedirler. *Barcelona Traction* davasından Uluslararası Adalet Divanı'nın belirttiği gibi bu yükümlülükler “insanın temel haklarını, özellikle köleliğe ve ırk ayrımcılığına karşı hakları” kapsamaktadır²²³. Bireylerin doğrudan haklarını arayabilecekleri mekanizmaların günümüzde mevcut en gelişmiş örneği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve ona ek 14 Protokol'de belirlenen temel hak ve özgürlükleri korunması doğrultusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin üstlendiği roldür. AIHM'in yetki alanı Avrupa Konseyi ile sınırlı kalmaktaysa da, bu alanda bireyler, devletlere karşı Sözleşme ve ona ek Protokoller ile garanti altına alınmış haklarını ileri sürebilmekte, tazminat kazanımına ek olarak, eğer Mahkeme

²²² Christopher Staker, “Public International Law and the Lex Situs Rule in Property Conflicts and Foreign Expropriations”, **British Yearbook of International Law**, Volume 58, 1987, s. 210- 213. Ayrıca Christine D. Gray, **Judicial Remedies in International Law**, Oxford University Press, New York, 1996, s. 59- 120

²²³ International Court of Justice, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, Case Concerning Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited- New Application: 1962- Belgium vs. Spain, Judgment of 5 February 1970

ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nce gerekli görülürse iç hukukta da bir takım düzenlemeler elde edilebilmektedir. Yabancı devletin, bireyin temel hak ve özgürlüklerine aykırı tasarruflarının sonuçlarının tanınmaması uluslararası hukukun ve ulusal- üstü insan hakları hukukunun üzerinde hiçbir tartışmaya gerek bırakmayacak bir yükümlülüğüdür ve devletler kendilerine vatandaşlık bağı ile bağlı kişiler üzerinde dahi böyle bir yasama yetkisi kullanamazlar.

C. YABANCI KAMU HUKUKUNUN UYGULANMASINI GEREKTİREN ULUSLARARASI ANDLAŞMALAR

Tezimizin ikinci bölümü çerçevesinde yukarıda yabancı kamu hukukunun uygulanmasının devlet egemenliğine olası etkileri ve uluslararası hukukun ve insan hakları hukukunun yabancı kamu hukukunun uygulanmasını yasakladığı durumlar ele alınmıştır. Uluslararası hukukun, yabancı kamu hukukunun uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin herhangi bir sarih kuralı bulunmamasına rağmen, uluslararası hukukun birincil kaynağı olan andlaşmalar ile yine uluslararası hukukun kişilerinden biri olan uluslararası örgütlerin kararları doğrultusunda devletlerin, birbirlerinin özellikle döviz kurunu düzenleyen yasaları ve kültür mirasının korunması alanındaki yasal düzenlemeleri uygulanır kıldıkları gözlemlenmektedir. Ancak bu alanların yabancı kamu hukukunun sınır ötesinde uygulanmasının daha az tartışılan alanları olduğu da not düşülmelidir. Çalışmamızın başında da belirttiğimiz üzere vergi ve ceza yasaları gibi kamu hukukunun ülke dışında uygulanmasında en çok önyargı ile yaklaşılan dalları daha çok ikili andlaşmalarla ele alınmıştır., bu düzenlemeler çalışmamızın Dördüncü Bölümü'nde ele alınacaktır. Aşağıda yabancı kamu hukukunun uygulanması daha az tartışma teşkil eden alanlarına ilişkin uluslararası belgeleri değerlendireceğiz.

Uluslararası hukukun, yabancı devletlerin, 19. yüzyılda ve 20. yüzyılın başındaki birkaç istisnai uygulama hariç, hukuka aykırı işgalci statüsündeki resmi tasarrufları, yani A devletinin B devletini işgal ettiği süre zarfında gerçekleştirdiği işlemleri ve herkese karşı ileri sürülebilen temel insan haklarına aykırı yasa ve

işlemlerini tanımayı yasakladığı incelenmişti. Uluslararası teamül hukukunda bunlara ek herhangi bir özel düzenlemeye ya da kanunlar ihtilafı kurallarına rastlanmamaktadır.

Öte yandan özel tip bir anlaşma genel görünümün istisnasını oluşturmaktadır. Uluslararası Para Fonu Anlaşması²²⁴ döviz sözleşmelerine ilişkin düzenlemelerinde açıkça “üye devletlerden birinin döviz kurunu ilgilendiren ve üye devletin Fon Anlaşması’na uygun biçimde düzenlenmiş döviz kontrol yasalarına aykırı sözleşmeler, Uluslararası Para Fonu’na üye herhangi bir devletin ülkesinde uygulanamaz, geçersizdir²²⁵” demektedir. Diğer bir deyişle bu hükümlerle, mahkeme devleti bazı döviz sözleşmelerinin, yabancı bir devletin döviz kontrol yasalarına aykırılığından dolayı, uygulanmasını reddedecektir. Bu kapsamda ve Uluslararası Para Fonu Anlaşması’nın imzacıları arasında, uluslararası hukuk yabancı kamu hukuku niteliğindeki yasanın uygulanmasını emretmektedir. Bu konu, bir sonraki bölümde ayrıntılı olarak incelenecektir.

19. yüzyılın sonu ve 20. yüzyılın başlarında uluslararası örgütlerden yana esen rüzgar, örgütlerin belirli konularda sözleşmeler düzenlenmesi için öncü olması ve aynı konularda genel kurul kararları alarak örgütlerin inisiyatif geliştirmesi ile ivme kazandı. Birleşmiş Milletler, Uluslararası Çalışma Örgütü ve Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı uluslararası ticaret ve yatırım alanında işbirliğini öne çıkaran bir takım sözleşmeler hazırladılar ve bunları üyelerinin imzasına açtılar. Özellikle OECD’nin vergi kaçakçılığı ve çifte vergilendirmeyi önlemek amacıyla ortak bir denetleme mekanizması önerdiği model vergi anlaşması²²⁶ ve Avrupa Konseyi bünyesinde imzalanan ceza yargılarının uluslararası değerini düzenleyen “Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi²²⁷” kamu hukukunun özünde yer alan yasaların ülke dışında uygulanmasını mümkün hale

²²⁴ United Monetary and Financial Conference, “Agreement of the International Monetary Fund”, (adopted 22 July 1944- entry into force 27 December 1945), Bretton Woods- New Hampshire, Articles IV- VIII

²²⁵ a.g.e., Article VIII, Section 2 (b)

²²⁶ <http://www.oecd.org/tax/treaties/oecdmtcavailableproducts.htm> (Çevrimiçi) 23 Ağustos 2014

²²⁷ Council of Europe, “European Convention on the International Validity of Criminal Judgments”, (adopted 28 May 1970- entry into force 26 July 1974), The Hague, ETS 70

getirmektedir. Tezimizin başında da belirttiğimiz üzere ülke dışında uygulanması en çok tartışma konusu oluşturan vergi ve ceza yasalarına ilişkin düzenlemelere Dördüncü Bölüm’de değineneceğiz. Öte yandan daha az tartışma konusu olan ithalat-ihracata ve kültür varlıklarının korunmasına ilişkin yasaların ülke dışında uygulanmasını düzenleyen yasalara ilişkin de uluslararası örgütlerin, özellikle BM’nin girişimleri mevcuttur. Uluslararası örgütlerin inisiyatifi ile özellikle yabancı kamu görevlilerinin avantajlı sözleşmeler sağlamak için rüşvet alması²²⁸ ve bir ulusun kültür mirası içerisinde yer alan varlıkların, bunları koruyucu özel yasaların mevcudiyetine rağmen ülke dışına çıkarılması ticaretinin yapılmasını²²⁹ düzenleyen sözleşmelerin nispi butlan ve ile geçersizliği sebebi sayılmıştır. Devletlerin bu konular ile kararlı mücadelesi, örgütlerin ürettiği belgelerin hızla imzalanıp onaylanması ve hayata geçirilmesi böylesi sözleşmelerin uygulamaması noktasında kamu düzeni çekincesi unsurunun gücünü de daha da arttıracaktır.

Öte yandan, daha genel bir çerçevede, çok uluslu şirketlerin uygulamalarına ilişkin devletler arasında ilkelerin oluşması, bu şirketlerin şubelerinin ve yan kuruluşlarının buldukları ülkenin sadece yasaları ile değil, ekonomik ve sosyal politikaları ile de uyumlu çalışmaları yönünde, devletlerin isteklerini ortaya koymaktadır²³⁰. Ne var ki ticarete rekabetin her geçen gün artmasıyla, devletlerin bu yöndeki çalışmaları, yan kuruluşların menşe ülkelerinde, boykotların ve ambargoların sınır aşan kapsama ulaşmasını engelleyecek bağlayıcılıkta değildir. Ancak, menşe ülkenin aksi yönde doğrudan baskısına rağmen, ev sahibi ülkenin engelleyici yasalarını, ticaret ve ekonomi politikalarını uygulamak amacıyla tasarlanmış diğer araçlarını meşrulaştırmak için fazlasıyla yeterlidir. Günümüzde devletlerin, çok uluslu şirketleri aracılığı ile halen boykot ve ambargo gibi politikalarına ve bunların dayandığı kamu hukuku yasalarına sınır aşan etki sağlamak

²²⁸ United Nations Conference on the Law Treaties, Vienna Convention on the Law Treaties, (adopted 23 May 1969- entry into force 27 January 1980), Vienna, UNTS 1155, Article 50

²²⁹ General Conference of United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, “Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property”, (adopted 14 November 1970- entry into force 24 April 1972), 16th Session, Paris, UNTS 11806, Article 5- 6

²³⁰ Samuel K. B. Asante, “International Law and Foreign Investment: A Reappraisal”, **International Law and Foreign Investment**, Volume 37, Issue 3, 1988, s. 588- 621

istedikleri, buna mukabil özellikle çok uluslu şirketlerin şube açtıkları devletlerin de ticaret üzerindeki her türlü kısıtlamaları kaldıran ve bunları yasaklayan yasalar benimsedikleri gözlemlenmektedir.

D. ULUSLARARASI SİSTEMİN BİR PARÇASI OLARAK DEVLETİN YABANCI KAMU HUKUKUNU UYGULAMAKTAN KAÇINMASININ NEDENLERİ

Robert Leflar 1932 yılında basılan yabancı kamu hukuku niteliğindeki yasaların uygulanması hakkındaki makalesinde, “böyle yasalar hakkında herkesin kabul ettiği bir sorun da hiçbir mahkemenin bu yasanın nedenlerini tespit etme zahmetine katlanmayacağıdır²³¹” demiştir. Erken dönemlerde İngiliz mahkemelerinin verdiği kararlarda, yabancı ceza yasalarının uygulanmasına ilişkin “yasağın” ceza yasalarının ülkeselliğine dayandığı vurgulanıyordu. Öte yandan, Lord Hadwicke, *Boucher v. Lawson* davasında yabancı vergilerin uygulanmamasının arkasında uluslararası ticareti desteklemek amacı yattığını belirtmiştir²³². Sorun, öne sürülen bu nedenlerin hiçbirinin bugün ikna edici olmamasıdır. Bugün ceza yasaları halen ülkesel olarak nitelendiriliyorsa bile, mülkiyeti düzenleyen yasalardan daha ülkesel olmadıkları kesindir; mülkiyeti düzenleyen yasalar ülke dışında etki doğurabilmektedir, ceza yasalarını bu çerçevede değerlendirmeye engel olan onların kamu hukuku niteliği midir? Bununla beraber, mahkemeler, yabancı devletin kendi ülkesindeki mallar üzerinde millileştirme veya ceza yasalarına dayanan el koyma tasarruflarını uygulamaktadırlar, yabancı ceza yasaları neden bu esnek kapsamda ele alınmamaktadır? Ticareti teşvik etme bahanesi yabancı vergi yasalarının uygulanıp uygulanmayacağıнын halen tartışılması veya *Boucher* davasında olduğu gibi sözleşmelere ilişkin davalarda neden yabancı vergi yasalarına ilişkin sözde yasağın uygulanmadığını açıklayamamaktadır. Gerçekten de, günümüzde zaman zaman “vergi kuralı”nın halen korunmak istenmesi yukarıda anılan sebeplerden çok, Lord

²³¹ Leflar, “Extrastate Enforcement of Penal and Governmental Claims”, s. 196

²³² *Boucher v. Lawson*, 95 Eng. Rep. 53 (K.B. 1734)

Mansfield'in açıklamalarının²³³ “tıpatıp tekrarı ve rastgele uygulanmasından²³⁴” başka bir şey değildir.

Öte yandan, Amerikalı hâkim ve hukuk filozofu Learned Hand, 1929'da yabancı ceza ve vergi yasalarının uygulanmaması “yasağına” ilişkin görece daha anlaşılabilir ve daha modern bir mantık geliştirmiştir; bir devletin diğerinin ceza veya vergi yasalarını kendi (mahkeme devletinin) kamu düzeni ile uyumlu olup olmadığına karar vermek için incelemesi diğer devletler ile ilişkilerini bozabilecektir²³⁵. Öte yandan, *Government of India v. Taylor*²³⁶ davasında, Lordlar Kamarası yabancı kamu hukuku niteliğindeki yasaların uygulanmaması kuralı için iki neden daha öne sürmüştür; yabancı kamu hukuku niteliğindeki yasayı uygulamanın görece zor ve külfetli addedilmesi²³⁷ ve yabancı ülkenin vergi yasalarını uygulamanın mahkeme devleti açısından bir egemenlik ihlali olarak nitelendirilebilmesi²³⁸. *British Columbia v. Gilbertson* davasında, ABD Temyiz Mahkemesi 9. Dairesi, yabancı vergi yasalarının uygulanmasının “yabancı devletin hükümet çıkarlarının gözetilmesi ve savunulmasını etkisini doğurabileceğini ve bunun ABD mahkemelerinin teamülen reddettiği bir şey olduğunu²³⁹” vurgulamış ve mahkeme devletinin egemenliğinin ihlali endişelerine dikkat çekmiştir. Yabancı devletlerin çıkarlarını desteklemeyi teamülen reddetmek egemenlik kavramına dayanıyor olabilir, ancak aynı zamanda bir devletin kendi vatandaşlarını koruma ve mütekabiliyeti teşvik etme arzusundan da kaynaklanmaktadır, aşağıda buna ilişkin görüşlere değinilecektir. Özetle bugün, yabancı kamu hukukunun uygulanmaması gerektiğini savunanlar üç temel argümana dayanıyor görünmektedir; (1) *jura novit curia* önermesi gereği yabancı kamu hukuku niteliğindeki yasaları uygulamak zordur; (2) yabancı kamu hukuku niteliğindeki yasaları kamu düzeni incelemesine tâbi tutmak devletler arasında uyuşmazlıklara yol açabilir; (3) mahkemeler, yabancı

²³³Holman v. Johnson, 98 Eng. Rep. 1120, 1121 (K.B. 1775)

²³⁴A. R. Albrecht, “The Enforcement of Taxation Under International Law”, **British Yearbook of International Law**, Volume 30, 1953, s. 461

²³⁵Moore v. Mitchell, 30 F.2d 600, 65 A.L.R. 1354, Cir. Cour. App.,2d Cir.(1929)- 281 U.S. 18 (1930)

²³⁶Government of India v. Taylor (1955) A.C. 491 (H.L.)

²³⁷A.e.

²³⁸A.e.

²³⁹British Columbia v. Gilbertson, 597 F.2d 1161; 1979 U.S. App. LEXIS 15993

devletlerin çıkarlarını destekleyecek, savunacak eylemlerden ve kararlardan kaçınmalıdır.

1. UYGULAMA ESNASINDA KARŞILAŞILABİLECEK UYŞMAZLIKLAR

Government of India v. Taylor davasında, Lord Somervell yabancı yasaları uygulamanın zorluğuna vurgu yapmış ve “sürecin karışık ve uzun olabilecek ilk aşamaları düşünüldüğünde, B devletinin mahkemelerinin zamanını bu bakımdan A devletinin vergi toplamasına yardım için harcamasına izin vermesi dikkate değer bir mücemele örneği olurdu²⁴⁰” demiştir. Bir grup yazar da vergi kuralının nedenlerinden biri olarak yabancı vergi yasalarının karmaşıklığını öne sürmektedir²⁴¹. Kurt Lipstein, olayların olduğu yerden uzakta görülen bir ceza veya vergi davasında gerekli delilleri elde etmenin mahkemeler açısından güçlüğüne dikkat çekmiştir²⁴². Yabancı ceza, vergi ve diğer kamu hukuku yasalarını uygulamak zaten hali hazırda aşırı yüklenmiş ulusal yargı sistemlerine fazladan dava yükü getireceği yorumunu yapmıştır²⁴³.

Yabancı kamu hukukunu uygulamamak için yukarıda anılan yazarların ve mahkeme kararlarının öne sürdüğü sebeplerin hiçbiri kanaatimizce ikna edici ve meşrulaştırıcı görünmemektedir. Doğal olarak mahkemeler bildikleri hukuku uygularken daha rahattırlar ancak kanunlar ihtilafı kuralları, pek çok farklı konulu davada yabancı yasaların uygulanmasını öngörmektedir. Güney Afrika mahkemesinin *Commissioner of Taxes v. McFarland* davasında belirttiği gibi, “yabancı vergi yasalarını yorumlamada güçlükler olabilir ancak bu güçlükler

²⁴⁰ *Government of India v. Taylor* (1955) A.C. 491 (H.L.)

²⁴¹ Hans W. Baade, “The Operation of Foreign Public Law”, **Texas International Law Journal**, Volume 30, 1995, s. 483; Alan R. Johnson & Lawrence Nirenstein & Stephen E. Wells, “Reciprocal Enforcement of Tax Claims Through Tax Treaties”, **Tax Law**, Volume 33, 1980, s. 469- 485; Harold G. Maier, “Extraterritorial Jurisdiction at Crossroads: An Intersection Between Public and Private International Law”, **American Journal of International Law**, Volume 76, 1982, s. 280- 290

²⁴² Kurt Lipstein, “Conflict of Public Laws- Visions and Realities”, **Festschrift für Imre Zajtay**, Ed. Ronald Graveson, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1982, s. 370- 372

²⁴³ a.g.y.

mahkemelerin sıklıkla mücadele ettiği, uğraşmak zorunda kaldığı diğer yabancı yasalar söz konusu olduğunda da mevcuttur²⁴⁴”. Yabancı ceza, vergi ya da diğer kamu hukuku yasalarının herhangi bir davada uygulanmasının, Amerikan Bölge Mahkemesi’nin *Boosey & Hawkes Music Publishers v. Walt Disney*²⁴⁵ davasındaki görevinden daha zorlu bir görev olduğu iddia edilemez; 18 farklı yabancı devletin telif yasalarının ihlali iddiasını değerlendirmek durumunda kalan mahkeme yine de idari güçlüklerin davayı reddetmek için bir sebep olamayacağına hükmetmiştir²⁴⁶.

Bir davanın uyuşmazlığın konusu oluşturan olayların olduğu yerden uzakta açılması, ceza, vergi ve diğer kamu hukuku yasalarına ilişkin davalarda, sözleşme ve haksız fiillere ilişkin davalarda olduğundan daha zorlu bir yargılama süreci oluşturuyor olamaz²⁴⁷. Uluslararası bir belde olan Hukuki ve Ticari Meselelerde Yabancı Ülkede Delillerin Toplanmasına İlişkin Lahey Sözleşmesi²⁴⁸ ABD’nin başı çektiği ve içlerinde Türkiye’nin de bulunduğu bir grup devlet ikili yasal yardım anlaşmaları yürürlüğe sokmuş, böylelikle ceza davalarında ülke dışında delil toplanması kolaylaşmıştır. Dördüncü Bölüm’de daha ayrıntılı inceleyeceğimiz üzere, suçluların iadesi gibi meseleleri de ele alan anlaşmaların varlığı ile devletler birbirlerinin ceza yasalarını doğrudan uygular duruma gelmişlerdir. Öte yandan Avrupa Konseyi’nin ceza yargılarının uluslararası değeri konusundaki çalışmaları ve bu meseleyi ele alan çok taraflı sözleşmeler “yabancı ceza yasalarının uygulanması zordur” söylemini geçersiz kılmaktadır. Belirtilen akitleşmeler ile devletler, ceza davalarında delil elde edilmesine, bunların tanzim edilmesinde birbirlerine yardımcı olabileceklerdir. Buna ek olarak, yabancı yasanın yanlış yorumlanacağı veya delil elde edilmesinde yaşanacak güçlüklerin kendisine karşı bir önyargı oluşmasına neden olabileceğini düşünen davalı, olayların olduğu ya da yasaların uygulanacağı devlete

²⁴⁴ Commissioner of Taxes v. McFarland, (1965) 1SA 470, 473 (Witwatersrand Local Division 1964) (South Africa)

²⁴⁵ Boosey & Hawkes Music Publishers, Ltd. v. Walt Disney Co., 145 F.3d 481 (2d Cir. 1998)

²⁴⁶ A.e.

²⁴⁷ Thomas B. Stoel, Jr., “The Enforcement of Foreign Non- Criminal Penal and Revenue Judgments in England and United States”, **International and Comparative Law Quarterly**, Volume 16, 1967, s. 668

²⁴⁸ Hague Conference on Private International Law, “Hague Convention on the Taking of Evidence Abroad in Civil and Commercial Matters”, (adopted 18 March 1970- entry into force 7 October 1972), The Netherlands, 847 UNTS. 241

iade edilmeyi özellikle isteyebilecektir. Buna müsaade eden suçluların iadesi andlaşmalarının sayısı oldukça fazladır.

Yabancı kamu hukukunun uygulanmasının mahkemelerin mevcut dava yükünü daha da arttıracığı yadsınamaz, ancak yabancı kamu hukukunun tüm devletler nezdinde genel olarak uygulanmaya başlanacağı düşünülürse, yükün devletler arasında görece eşit dağılabileceği iddia edilecektir²⁴⁹. Buna ek olarak, yabancı yasanın başka devletin mahkemelerinde de etkili olacağını bilmek pek çok potansiyel davalıyı mahkeme sürecine gerek olmadan bahse konu yasalara uymaya itecektir. Özellikle vergi yasalarının ülke dışında etki doğurması vergi kaçakçılığının azalmasında oldukça etkili olacaktır. ABD’de 1946 yılında Fransa ile imzalanan andlaşmaya vergi toplama yardımı hakkında bir hüküm eklenip eklenmemesi tartışılırken, Amerikan Gelir Dairesi temsilcisi İsveç ile yapılan andlaşmanın geçerli olduğu 6 yıl ve Fransa ile andlaşma yapılmadan önceki 2 yıl boyunca yabancı vergi kararlarının uygulanmasını talep eden sadece bir davanın gündeme geldiğine ve onun da hemen karara bağlandığına dikkati çekmiştir²⁵⁰. Vergi toplama meselelerinde işbirliğinde deneyimler göstermiştir ki hem ABD’nin hem de diğer devletlerin bu hükümleri ikili andlaşmalarla pratiğe dökmüş olması, ya tüm davaların kolayca karara bağlanması ya da vergi mükellefi ile doğrudan görüşülerek uzlaşılması sonuçlarını sağlamıştır²⁵¹. Diğer bir deyişle, vergilere ilişkin mahkeme kararlarının ülke dışında uygulanması olasılığı, devletlere vergi mükellefleri ile olan müzakerelerde uzlaşma sağlayacak ve böylelikle mahkeme sürecini bertaraf edecek pazarlık gücünü de vermektedir.

Sonuç olarak, idari güçlükler ceza, vergi ve diğer kamu hukuku yasalarının uygulanmaması “kuralını” destekler görünse de, ne bu yasalara dayanarak alınan yabancı mahkeme kararlarının ne de bu yasaların hiç uygulanmaması için meşru

²⁴⁹ Thomas B. Stoel, Jr., “The Enforcement ...”, s. 677

²⁵⁰ Convention with France on Double Taxation: Hearings Before a Subcommittee of the Senate Committee on Foreign Relations, 80th Congress, 1947 Hearings (Çevrimiçi) http://usinfo.org/enus/government/forpolicy/treaties_senate.html 18 Mart 2013

²⁵¹ A.e.

gerekçe değildirler²⁵². Özellikle yapılmak istenen sadece bir mahkeme kararının etkin kılınması ise, işlemi gerçekleştiren mahkemenin yabancı yasayı yorumlama ya da delil toplama ihtiyacı en aza inmektedir. Yabancı kamu hukukuna dayanan yargı kararlarının uygulanmasına izin vermek, açılan dava sayısını arttıracak olsa da, aslında bu davaların getireceği iş yükü oldukça hafif olacaktır. *Government of India v. Taylor* davasında Lord Somervell'in tespiti de görüşümüzü destekler niteliktedir; “ yargı kararı bir kez alındığında ve konu sadece onun uygulanması ise, zaman ve masraf faktörü normal olarak ortadan kalkacaktır²⁵³”. Eğer yabancı kamu hukuku yasalarının ve onlara dayanan yabancı yargı kararlarının uygulanmaması için gerçekten geçerli bir sebep varsa, bunlardan biri olmadığı açıktır.

2. YABANCI KAMU HUKUKU ve DEVLETLER ARASI İLİŞKİLER

Moore v. Mitchell davasında, Hakim Learned Hand, yabancı ceza ve vergi yasalarının uygulanmamasına ilişkin çekincelerin gerçek temelini, bu yasaların mahkeme devletinin kamu düzenine aykırı olup olmadığının incelenmesinin yabancı devletler ile ilişkileri bozabilme ihtimali olduğunu ileri sürmüştü²⁵⁴. Hand'e göre, özel hukuk kişileri arasında bir uyuşmazlık çıktığında, mahkeme devletinin yabancı yasayı kamu düzenine uyum açısından araştırması sorunlu ya da hassas bir konu değildir; ancak uyuşmazlık yabancı devlet ile onun kendi vatandaşı ya da geçici olarak o devletin ülkesinde bulunanlar arasında ise bile işin veçhesi tamamen değişmektedir. Başka bir devletin kamu düzenine ilişkin hükümleri hakkında karar vermek, yargının yetkisini aşmaktadır; bu devletlerin ilişkilerini ilgilendiren bir konudur ve mahkemeler bu konu ile meşgul olmakla yetkili değildirler. Böylesi konular yasama ve yürütmenin inceleme alanına girmektedir. Yabancı kamu hukukunu, mahkeme devletinin kamu düzenine uyup uymadığını tespit amacıyla

²⁵² Lipstein, “Conflict of Public Laws”, s. 371- 372; Stoel, “The Enforcement of ...”, s. 669; Albrecht, “The Enforcement of Taxation”, s. 463

²⁵³ *Government of India v. Taylor* (1955) A.C. 491 (H.L.)

²⁵⁴ *Moore v. Mitchell*, 30 F.2d 600, 65 A.L.R. 1354, Cir. Cour. App.,2d Cir.(1929)- 281 U.S. 18 (1930)

değerlendirmeye tâbi tutmak, devletler arasındaki ilişkileri bozacak sonuçları da beraberinde getirebilecektir²⁵⁵.

Hand, öne sürdüğü argümanın hem ceza yasalarını hem de vergi yasalarını kapsadığını düşünüyordu. Zira, “vergi yasaları da ceza yasaları gibi devletin varlığı açısından hayatı meseleleri²⁵⁶” düzenlemekteydi. Bir yasanın yabancı devlet için önemi arttıkça, bir değerlendirme sonucu o yasanın uygulanmasını reddinin devletler arasında gerginliğe sebep olma ihtimali de artmaktaydı. Bu mantıkla, bahse konu yasaların uygulanmasının topyekûn ve hiç değerlendirilmeden reddedilmesi seçeneği de güçleniyordu. Pek çok mahkeme, yabancı kamu hukuku meselesini ele alırken *Moore v. Mitchell* davasındaki mantık silsilesini takip etmiştir²⁵⁷.

Eğer yabancı kamu hukukunun mahkemenin kamu düzenine aykırı bulma ihtimali bir sorun ise, sorun, bu tarz yasaların uygulanmaması üzerine bir kural çıkartarak ya da tam tersi, kamu düzeni değerlendirmesi yapılmaksızın bu tarz yasaların uygulanmasına ilişkin bir kural konularak pek tabii ki aşılabılır. *Moore v. Mitchell* davasında neden ilk çözümün ikincisine tercih edilmesi gerektiğini açıklanmamıştır. Kamu düzeni değerlendirmesi yapılmaksızın yabancı yasanın uygulanması gerekir yaklaşımı, Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin *Sabbatino* davasında yabancı millileştirme karşısında, yabancı devlet ile ilişkileri bozmamak isteği ile, izlediği yoldur²⁵⁸. Eğer diğer devletler ile dostane ilişkiler en temel mesele ise, yabancı yasanın otomatik olarak uygulandığı *Sabbatino* yaklaşımının daha doğru olduğu iddia edilebilir. Öte yandan elbette bu noktada genelleme yapmak yanlış olacak, yabancı yasalarda mahkeme devletini değerleri ile uyuşmayan, o toplumu rahatsız edici noktalar bulunabilecektir. Kamu düzeni böyle davalarda bir kaçış noktası oluşturmaktadır.

²⁵⁵ A.e.

²⁵⁶ A.e.

²⁵⁷ *Peter Buchanan Ltd. v. McVey* (1954) I.R. 89, 106 (Ir. H. Ct. 1950), (1954) I.R. 110 (Ir. S.C. 1951); *Government of India v. Taylor* (1955) A.C. 491 (H.L.); *United States v. Harden*, (1963) S.C.R. 366, 1963 S.C.R. LEXIS 37 (Sup. Ct. Can.); *British Columbia v. Gilbertson*, 597 F.2d 1161; 1979 U.S. App. LEXIS 15993; *Attorney General (UK) v. Heinemann Publishers Australia Pty. Ltd.*, 165 C.L.R. 30 (1988) (Austl.)

²⁵⁸ *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398 (1964)

Sorun, diğer devletlerle ilişkiler açısından yabancı ceza ve vergi yasalarının uygulanmasını genel olarak reddeden bir kuralın, bu tarz yasalar mahkemenin kamu düzenini ihlal ediyor olsalar bile uygulanmalarına izin veren bir kurala yeğ olup olmadığını değerlendirmektir. Robert Leflar, yabancı kamu hukuku yasalarını mahkemenin kamu düzenine aykırı ilan edilme olasılığının “nadiren tüm davaların nedensiz olarak reddedilmesinden daha saldırgan bir tutum²⁵⁹” olarak değerlendireceğini savunmaktadır. Öte yandan Thomas Stoel, yabancı kamu hukuku niteliğindeki yasaların kamu düzeni değerlendirmesine tâbii tutulmasını devletler arasındaki ilişkileri bozacağı görüşünü desteklemiştir²⁶⁰. Ona göre, *Moore v. Mitchell* davasında savunulan kuralın avantajı, her devlete aynı şekilde davranılmasıdır. Diğer bir deyişle, “kamu düzeni” kuralı altında, bazı devletlerin ceza yasaları, kamu düzeni temelinde uygulamaları reddedilerek ayrışacak ve belki “gayri adil”, “meşruiyeti şüpheli” gibi bir takım nitelendirmeler yapılacak, bu esnada, bazı başka devletlerin ise yasaları uygulanacaktır²⁶¹. İşte bu ayrımı, diğer devletler yasalarının hiç incelenmeden doğrudan reddedilmesine göre daha tehditkar bulabileceklerdir.

Thomas Stoel’in rötuşlarına rağmen, Robert Leflar’ın argümanı daha sağlam ve dolayısıyla daha ikna edici görünmektedir. İlk olarak, yabancı vergi, ceza ve diğer kamu hukuku yasalarının özellikle kamu düzenine aykırı çıkacağı gibi bir kabul baştan yanlıştır. “Her şey bir yana, tüm devletler vergi toplar, tüm devletlerin ceza yasaları mevcuttur ve hemen hemen tüm devletler şu veya bu şekilde ticareti düzenlerler²⁶²”. Her devletin bu yasalara sahip olması bir yana, yasaların kapsamı da artan şekilde benzerlik göstermektedir. Bugün, devletler aynı şeyleri neredeyse aynı oranda vergilendirme eğilimindedirler ve geliştirmekte olan ve az gelişmiş ülkeler de Amerika ve Avrupa modellerini takip ettikçe rekabet ve sermaye piyasası yasaları gibi alanlarda da uyum gün geçtikçe artmaktadır. İkinci olarak, mahkemeler zaten yabancı özel hukuk yasalarına kamu düzeni çekincesi uygularken devletler arasında

²⁵⁹ Robert A. Leflar, “Extrastate Enforcement ...”, s. 217; P.B.Carter, “Rejection of Foreign Law: Some Private International Law Inhibitions”, **British Yearbook of International Law**, Volume 55, No. 1, 1984, s. 111- 119

²⁶⁰ Stoel, “The Enforcement ...”, s. 669- 670, 678

²⁶¹ **A.e.**, s. 674

²⁶² Lowenfeld, “Public Law in the International Arena ...”, s. 323

ayrım yapmaktadırlar. Böylesi bir ayrımın, yasanın yabancı devlet adına özel önemi olduğu durumlarda devletler arası ilişkileri gereceği görüşü, yabancı devlet için özellikle önemi olan yasanın uygulanmasının her durumda reddinin yol açacağı sorunlar değerlendirildiğine tartışılır hale gelmiştir. Eğer mahkemelerin yabancı ceza ya da vergi yasalarını görece sıklıkla kamu düzenine aykırı ilan edecekleri bekleniyorsa, o zaman elbette denge bu tarz yasaların uygulanmasının topyekûn reddi ile sağlanabilir. Ancak, daha olası görünen mahkemelerin kamu düzeni çekincesine, devletler arasındaki dengeyi sağlamak amacı ile, daha az başvuracaklarıdır.

3. YABANCI DEVLETLERİN EGEMENLİĞİNE İLİŞKİN ÇEKİNCELER

Yabancı vergi, ceza ya da diğer kamu hukuku niteliğindeki yasaları uygulamayı reddedişin bir başka nedeni de, bu yasaların uygulanmasının yabancı bir devletin çıkarlarını savunmak/ korumak etkisinde olabileceği, “(ve bunun) mahkemelerin teamülen reddettiği bir şey oluşudur”²⁶³.

Mahkemelerin yabancı bir devletin hükümet çıkarlarını savunmaması gerektiği argümanı, *Moore v. Mitchell* davasında öne sürülen yargının yabancı devletler ile ilişkileri bozacak işlem ve eylemlerden kaçınması gerektiği argümanı arasında bir zıtlık gözlenmekteyse de bu, *Gilbertson* davasında, mahkemeyi, Kanada vergi tahsilat kararını uygulamayı reddederken her ikisine de atıfta bulunmaktan alıkoymamıştır²⁶⁴. Pek çok mahkeme ve yazar, yabancı devlet çıkarlarına katkıda bulunma ve desteklenmesinin reddedilmesini pek mantıklı bulmamaktadır. Hakim Stone, *Milwaukee County v. M.E.White Co.*²⁶⁵ davasında “hiçbir devletin, komşularının vergilerinin ödenmesi aleyhine meşru bir politikası bulunduğu söylenemez” diye not düşmüştür. Yeni Zelanda Temyiz Mahkemesi’nin *Spycatcher*

²⁶³ *British Columbia v. Gilbertson*, 597 F.2d 1161; 1979 U.S. App. LEXIS 15993 ; *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398 (1964) Hakim White’in muhalif görüşü; Maier, “Extraterritorial Jurisdiction at Crossroads: ...”, s. 290

²⁶⁴ *British Columbia v. Gilbertson*, 597 F.2d 1161; 1979 U.S. App. LEXIS 15993

²⁶⁵ *Milwaukee County v. M. E. White Co.* 296 U.S. s. 268 (1935)

davasında, “mahkemelerin, güçleri ölçüsünde, dost bir yabancı devletin güvenliğini teminat altına almak için yapabileceklerini reddetmeleri çağdışı görünmektedir²⁶⁶” demiştir. Yine de, bir devletin mahkemelerinin neden yabancı devletlerin çıkarlarının desteklenmesini istemeyeceği üç gerekçe ile açıklanabilir; (1) kendi vatandaşlarını korumak, (2) kendi egemenliğini korumak, (3) yasama veya yürütme organları aracılığı ile bu konuda mütakabiliyetin teminat altına alınmasını teşvik etmek.

Bir devletin diğerinin çıkarlarını desteklemek istememesinin arkasındaki nedenlerden biri, bu çıkarların kendi vatandaşlarının aleyhine sonuç doğurabilme ihtimalidir. Burada konu, bir devletin vatandaşlarını- kamuyu- mahkemenin değerleri ile kesinlikle uyuşmayan yabancı yasalara karşı korumak değildir, bu tarz meseleler geleneksel kamu düzeni çekincesinin yabancı yasa ve mahkeme kararlarına uygulanması ile çözüme kavuşturulabilirler. Konu, mahkemenin kendi vatandaşlarını, vergi ve rekabet yasaları gibi, kendi yasaları ile benzer, yabancı yasalardan korumak isteyebilecek olmasıdır. A devleti vatandaşının aleyhine alınmış yabancı vergi kararının uygulanması, A devletinin milli gelirinde bir eksilmeye ve vergiyi tahsil eden devletin milli hasılasında ise net bir artışa neden olabilecektir. B devletinden tekeli bir oluşumun aleyhine yabancı rekabet yasasının uygulanması yabancı tüketicilerin aleyhine zenginleşen B devletinin şirketlerinin rekabete karşı oluşumlarını yıldırayabilecektir²⁶⁷.

Muhtemelen devlet egemenliğinin korunmasından ya da mütakabiliyet sağlama çabasından daha az önemli değerlendirildiği için, yabancı devlet çıkarlarını gözetmeyi reddetmenin nedenlerinden biri olarak vatandaşları korumak gayesi pek az açıkça belirtilmektedir²⁶⁸. Yine de, mahkeme devletin kendi vatandaşları aleyhine yabancı mahkemelerde çıkan kararları uygulamaktan muaf tutulması, devletin vatandaşlarına karşı koruma görevi düşünüldüğünde makul görünmektedir. Öte yandan, mahkemenin vatandaşlarını koruma arzusu yine de yabancı kamu

²⁶⁶ Attorney General (U.K.) v. Wellington Newspapers Ltd. 1 N.Z.L.R. 129 (1988)

²⁶⁷ William S. Dodge, “Extraterritoriality and Conflict-of-Laws Theory: An Argument for Judicial Unilateralism”, **Harvard International Law Journal**, Volume 39, 1998, s. 101- 154

²⁶⁸ P.B.Carter, “Transnational Recognition and Enforcement of Public Foreign Laws”, **Cambridge Law Journal**, Volume 48, 1989, s. 423

hukukunun uygulanmaması gerektiği tezini meşrulaştıramaz. İlk olarak, bu yaklaşım yabancı yasaların mahkemenin vatandaşı olmayan davalılara uygulanmamasını açıklamaz. İkinci olarak, bu bakış açısı, işbirliğinden sağlanacak kazanımları göz ardı etmektedir. Eğer her devlet diğerinin kamu hukukunu, kendi vatandaşlarına dahi olsa, uygulamakta istekli olsaydı, bu her devletin özellikle vergi ve maliye sistemlerini daha etkin hale getirirdi. Aynı zamanda bu sadece devletlerin değil, yükümlülüklerinden kaçınmaya çalışmayan vatandaşların da çıkarına olurdu. Vergi kaçırın mükelleflerden toplanması gereken verginin daha yüksek oranlarla diğer vergi mükelleflerinden tahsil edilmesine gerek kalmazdı. Buna ek olarak, rekabet yasalarının etkin şekilde uygulanması, daha rekabetçi bir pazar anlamındadır ki bu, zararları dolayısıyla haksız rekabet davası açabilecek doğrudan alıcılar olmasalar dahi nihai olarak daha düşük fiyatlarla tüm tüketicilerin yararınadır. Kısacası, vatandaşları koruma saikiyle yabancı kamu hukukunun uygulanmamasını önermek ancak devletler arası işbirliğinin asla mümkün olmayacağı durumlarda bir anlam ifade edebilecektir.

Öte yandan, yabancı devletlerin kamu hukuku ile savundukları çıkarlarını ulusal mahkemelerde tanımayı reddetmenin sıklıkla telaffuz edilen diğer bir nedeni, bu uygulamanın devletin unsurlarından biri olan egemenlik kavramına aykırı oluşu, onunla çatışmasıdır. Egemenlik tezi sıklıkla yabancı kamu hukukunun sınır aşan uygulamasının uluslararası hukuk tarafından yasaklandığını belirtmek içinde kullanılmaktadır. *Government of India v. Taylor* davasında, Lord Keith, “vergi taleplerinin uygulanması vergiyi salan egemen gücün genişlemesidir ve bir devletin egemen otoritesinin diğerinin ülkesinde iddia edilmesidir, yabancı egemenin halefiyet yolu ile elde ettiği haklardan farklı olarak, ve bir anlaşma yok ise, bağımsız egemenliğin tüm kavramlarına aykırıdır²⁶⁹” demiştir.

Yabancı kamu hukukunun uygulanmamasında egemenlik argümanının en önde gelen savunucusu F.A.Mann, konunun, uluslararası hukukun bir dayatması olduğunu öne sürmektedir. “Devletin ceza, vergi ve diğer kamusal taleplerini kendi ülkesinin

²⁶⁹ *Government of India v. Taylor* (1955) A.C. 491 (H.L.)

sınırları dışında araması, egemenlik haklarını mahkeme devletinin ülkesinde kullanmaya çalışması anlamına gelmektedir. Bu durum, ulusal yetkinin ya da egemenliğin ihlali ve dolayısıyla mahkeme devletinin rızası yoksa uluslararası hukukun da ihlalini içermektedir.²⁷⁰”

Egemenlik argümanında iki temel sorun bulunmaktadır. İlk olarak, Uluslararası Sürekli Adalet Divanı'nın *Lotus* kararında açıkça belirtildiği üzere, uluslararası hukuk bir devletin kendi ülkesindeki yetkilerini sınırlamamaktadır²⁷¹. Öte yandan, Amerikan Hukuk Enstitüsü'nün, Amerikan Dış İlişkiler Hukuku'na ilişkin hazırladığı üçüncü raporunda belirtildiği üzere, uluslararası hukuk, bir devletin yasalarının sadece kendi ülkesindeki kişiler ve şeylere uygulanmasını değil²⁷², ülkesi dışında gerçekleşip ülkesini ve kendi vatandaşlarını nerede olursa olsun etkileyen olaylara da uygulanmasını tanımaktadır²⁷³. Buna ek olarak, mahkemelerin kendi kamu hukuku niteliğindeki yasalarını ülke dışındaki eylemleri dolayısıyla yabancı davalılara sınır aşan şekilde, ancak elbette gıyabında, uygulamaları oldukça sıklıkla karşılaşılan bir durumdur.

Diğer taraftan, eğer bir devletin, kendi kamu hukukundan kaynaklanan haklarını başka bir devletin ülkesinde, o devletin rızası bulunmadan araması uluslararası hukukun ihlali ise de, uluslararası hukuk devletlerin böyle bir rıza göstermelerini yasaklamamaktadır. P.B.Carter, “uluslararası hukuk bir devletin yasalarına tanıyacağı sınır aşan etkileri kısıtlayabilecek olsa bile, o devletin yasalarına sınır aşan etkiyi başka bir devletin mahkemelerinin vermesini kısıtlamamaktadır²⁷⁴” yorumunu yapmıştır. Amerikan Hukuk Enstitüsü'nün, Amerikan Dış İlişkiler Hukuku'na ilişkin hazırladığı üçüncü raporunda, “eğer ABD'de bir mahkeme yabancı bir mahkemenin vergi ödenmesi ve buna benzer bir değerlendirmesine ilişkin kararını uygularsa, ne Amerikan yasalarını ne de

²⁷⁰ Mann, “International Enforcement ...”, s. 608

²⁷¹ The S.S. *Lotus* (Fr. v. Turk.), 1927 P.C.I.J. (ser. A.) No. 10 (Sep. 7.)

²⁷² Kathleen Hixson, “Extraterritorial Jurisdiction Under the Third Restatement of Foreign Relations Law”, **Fordham International Law Journal**, Volume 12, Issue 1, 1988, s. 132- 134

²⁷³ **A.e.**, s. 131

²⁷⁴ Carter, “Transnational Recognition ...”, s. 427

uluslararası hukuku ihlal etmiş olmayacaktır²⁷⁵” demektedir. Uluslararası Hukuk Derneği'nin 1988 yılında Varşova'da düzenlenen 36. Konferansı'nda da konu ele alınmış ve “yabancı kamu hukuku yasalarının ulus- ötesi uygulanması ya da tanınmasını yasaklayan genel bir uluslararası hukuk kuralı bulunmamaktadır²⁷⁶” denmiştir.

Yabancı kamu hukuku niteliğindeki yasaların uygulanması meselesine oldukça mesafeli duran F.A.Mann dahi nihayetinde “eğer yabancı devletin kamusal haklarının takibi mahkeme devletinin yetkilerinin ihlalini içermiyorsa, bu devletin anayasasının izin verdiği ölçüde bahse konu işleme onay vermesi de mümkündür²⁷⁷” diyerek, aslında uluslararası hukukun ihlalini gerektirmeyecek şekilde yabancı kamu hukuku yasalarının ulusal mahkemelerde bir biçimde uygulanabileceğini kabul etmiştir. Mann'ın itiraz ettiği, bu onayın siyasi otoritelerden yargı organları tarafından verilebilecek olma ihtimalidir²⁷⁸. Mann endişelerini şu satırlarla savunmuştur; “kendi egemenlerinin üstün haklarını göz ardı eden hakimler (mahkemeler), hükümetlerini (egemenlerini) (yasaları karşılıklı uygulamaları konusunda) mütekabiliyette ısrarcı olma hakkından mahrum ediyorlar²⁷⁹”.

Yabancı kamu hukukunu ulusal mahkemelerde uygulama amacı ile önerülen sebeplerden bir diğeri ise karşılıklı uygulamayı sağlama endişesidir. Eğer devletlerin kamu hukuklarını karşılıklı uygulamaları garanti edilebilirse, böyle bir işbirliği hem devletler, hem de vatandaşları için daha avantajlı olabilecektir. Eğer devletler yabancı kamu hukuku yasalarının uygulanmasının egemenliklerine yapacağı tüm sözde müdahalelere rıza gösterebilirlerse, bu durumda bu sefer bu onayı neden yargı organlarının vermemesi gerektiği/ veremeyeceği gerekçelendirilmektedir, ki bu sorunun cevabı da mütekabiliyeti garanti etme ihtiyacıdır. Bu noktada yargının içinde bulunduğu durum bir nevi “mahkumun

²⁷⁵ Hixson, “Extraterritorial Jurisdiction ...”, s. 142

²⁷⁶ International Law Association, “Report of International Committee on Transnational Recognition and Enforcement of Foreign Public Laws”, Report of the Sixty- Third Conference, Warsaw, 1988, s. 751

²⁷⁷ Mann, “International Enforcement ...”, s. 610

²⁷⁸ A.g.e., s. 608- 609

²⁷⁹ A.y.

ikilemi” olarak adlandırılabilir. Eğer yabancı ceza, vergi ya da diğer kamu hukuku yasalarının uygulanmasında işbirliği yaparlarsa, yabancı mevkidaşlarının aynı şekilde davranacağından emin olamayacaklardır. Diğer taraftan, bir devletin yasama ve yürütme organları mütekebil uygulama için andlaşmalar imzalayarak işbirliğini garanti edebilirler, bunun örneklerine Dördüncü Bölüm’de ayrıntılı olarak değineceğiz. Eğer ulusal mahkemelerin yabancı kamu hukukunu uygulamamasını meşrulaştıracak bir sebep varsa, o da, uluslararası andlaşmalar aracılığıyla daha etkili işbirliğine ulaşmak amacıyla bilinçli bir strateji güdümesi olabilir. Aşağıda bu konuya değinilecektir.

E. KAMU HUKUKUNUN UYGULANMASINDA İŞBİRLİĞİNİN ULUSLARARASI SİSTEME ETKİLERİ

Kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir sonucu olarak mahkemeler devletlerin yasama ve yürütme organlarından muhatapları ve görevleri bakımından farklılaşmaktadır. Siyasi bir mercii olarak yasama ve yürütme, diğer devletlerle, yabancı kamu hukukunun mütekebil uygulanması için andlaşmalar imzalayarak işbirliği yapabilir. Daha önce de belirtildiği üzere, işbirliği, politikaların keskin bir biçimde farklılaştığı alanlarda bile devletlerin karşılıklı yararındır. Mahkemeler ise, yabancı devletlerin yasalarını uygulatmak için doğrudan ve dolaylı olarak açtıkları davalarda işbirliğini tercih etmemelidirler. Zira “mahkumun ikilemi” benzeri bir oyunun içerisinde olan mahkemenin mütekebiliyeti garanti etme olanağı yoktur. Eğer A devletinin mahkemeleri işbirliği yapar ve B devletinin mahkemeleri yapmazsa, A devleti hiç işbirliği yapmadığı durumdan daha kötü bir pozisyona düşecektir. Gerçekten de eğer A devletinin mahkemeleri mütekebil uygulamayı sağlayacak andlaşmalarının yokluğunda yabancı kamu hukukunu uygulamada işbirliği yaparlarsa, ne yazık ki devletin yetkili organlarının bu tarz bir andlaşma yapmak için yürüttüğü ya da yürüteceği müzakerelerin önünü kesecektir.

Diğer taraftan, yabancı kamu hukukunun uygulanması bir gerçek kişi ya da özel hukuk tüzel kişisinin haklarını savunmak amacı, konu tamamen farklı bir hal

almaktadır. Devletler çıkarlarını korumak için mütakabil uygulamayı öngören andlaşmalar yapabilecekken, bireyler için böyle bir yol olmadığı açıktır. Yabancı yasanın uygulanmasını isteyen özel davacıların haklarının, mütakabiliyeti sağlamak isteyen devletlerin çıkarlarına pazarlık konusu yapılamayacağı, bunun adalet ile uyuşmayacağı tartışılmaz. Buna ek olarak, bireylerin açtığı davalarda yabancı kamu hukuku yasalarının uygulanmaması, buna ilişkin bir andlaşmanın müzakerelerini teşvik etmek için gerekli değildir. Buna bağlı olarak, mahkemeler, bireylerin haklarının savunulduğu davalarda yabancı kamu hukukunun uygulanması taleplerini veya yine bireylerin haklarının gözetildiği yabancı kamu hukukuna dayanan mahkeme kararlarını uygulamak amacı ile açtıkları davaları reddetmemeli ancak, konu yabancı devletlerin hakları olduğunda yabancı kamu hukukunu değerlendirme meselesi mahkemelerce, mahkeme devletinin yasama ve yürütme organlarına bırakılmalıdır. Böylelikle, kamu hukukunun mütakabiliyet esasına göre uygulanmasını sağlayacak andlaşmaların müzakere edilmesi teşvik edilebilir.

1. YABANCI KAMU HUKUKUNUN UYGULANMASININ GETİRECEĞİ KAZANIMLAR

Devletlerin birbirlerinin kamu hukukunu uygulamakta işbirliği yapmaları tüm tarafların lehine olacaktır; günümüzde karşıt görüşü- yabancı kamu hukuku yasalarının uygulanmamasını- savunanların bile bugün işbirliğinin yararını kabul ettikleri gözlemlenmektedir. 1834 yılında Joseph Story, yabancı vergi yasalarının tanınmasını “ulusal adalet ve çıkarla temellenen, aydınlanmış bir politika²⁸⁰” olarak tanımlıyordu. Daha yakın bir tarihte, *Williams & Humbert Ltd. v. W. & H. Trade Marks (Jersey) Ltd.* davasında Lord Templeman yabancı vergi yasalarının uygulanmamasının tüm devletlerin aleyhine olan dolandırıcılık girişimlerini²⁸¹ kolaylaştırdığını tespit edecek ve vergi kuralının uluslararası sözleşmelerle gözden geçirilerek, bu tarz girişimlere mahal verilmemesini önerecekti²⁸².

²⁸⁰ Joseph F. Story, *Commentaries on the Conflict of Laws*, s. 257

²⁸¹ *Williams & Humbert Ltd. v. W. & H. Trade Marks (Jersey) Ltd.* [1986] A.C. 368, 428 (H.L. 1985)

²⁸² A.e.

United States v. Harden davasında Kanada Yüksek Mahkemesi, Kanada’da ikamet eden bir bireyin aleyhine çıkan Amerikan vergi kararını uygulamayı reddetmiştir²⁸³. *British Columbia v. Gilbertson* davasında ise, bu kez Amerikan Temyiz Mahkemesi 9. Dairesi Amerikan vatandaşlarına karşı alınmış Kanada vergi kararını uygulamayı reddedecekti²⁸⁴. Şüphesiz, Amerika ve Kanada birbirlerinin vergi kararlarını uygulasalardı, daha kârlı bir konumda olacaktı. Zira her vergi kaçırma vakası mecburen yükümlülüklerinden kaçmayan ya da kaçamayan vergi mükelleflerinin vergi yükünü arttıracaktır, arttırmaktadır. Kaçırılan vergilerin telafi edilmesinin en çok kullanılan yolu diğer vergi mükelleflerine daha yüksek oranlardan vergi yansıtmaktır.

Eğer bir devletin vatandaşının yabancı vergi yasasının ulusal mahkemeler önünde uygulanmaması dolayısı ile ödemekten kaçınabileceği vergi, o devletin yasalarının ülke dışında uygulanmaması sonucu elde edeceği vergileri aşırıya/fazlaysa, doğal olarak kendi çıkarlarını gözetken devletin yine işbirliğini reddedeceği düşünebilir. Bu şartlar altında, işbirliği yapmama kararı ulusal refahı, o devlette ve vatandaşlarında kalan parayı maksimize ederek arttırabilecektir. Elbette bu uygulamanın küresel refahı arttırmadığı hatta azalttığı açıktır²⁸⁵. Diğer taraftan, bu argümanı da çürütecek iki sebep bulunmaktadır. İlk olarak, ortalama her devletin kendi ülkesi içinde yabancı vergilerden kaçınmaya çalışan kişiler, ülke dışında onun vergilerinden kaçınmaya çalışanlar ile muhtemelen hemen hemen eşit olacaktır. Dolayısıyla yine ortalamaya vurulduğunda, işbirliği başa baş bir stratejidir. İkinci ve daha da önemlisi, A devletinin yabancı vergilerden kaçınan vatandaşlarının sayısının, A devletinin vergilerinden kaçınan yabancıları aştığı ve böylece işbirliği yapmamanın ulusal gelirden net bir kazanç sağladığı durumlarda, bahse konu kazancın dağılımı oldukça adaletsiz olacaktır. Şöyle ki, A devletinin yabancı vergi yasalarını uygulamayı reddetmesi, az sayıda A devleti vatandaşının büyük bir oranda yararına olacaktır. Öte yandan, diğer devletlerin A devletinin vergi yasalarını uygulamayı

²⁸³ *United States v. Harden*, (1963) S.C.R. 366, 1963 S.C.R. LEXIS 37 (Sup. Ct. Can.)

²⁸⁴ *British Columbia v. Gilbertson*, 597 F.2d 1161; 1979 U.S. App. LEXIS 15993

²⁸⁵ Andrew T. Guzman, “Is International Antitrust Possible?”, *New York University Law Review*, Volume 73, 1998, s. 1501, 1510- 1524; Eleanor M. Fox & Janusz A. Ordover, “The Harmonization of Competition and Trade Law- The Case for Modest Linkages of Law and Limits to Parochial State Action”, *World Competition*, Volume 19, Issue 2, 1995, s. 14- 16

reddetmesi, A devletinin tüm vergi mükelleflerinin vergi yükünde küçük de olsa bir artışa sebebiyet verecektir. Diğer bir deyişle, karşılıklı uygulamama A devletinin yabancı vergilerden kaçınan birkaç vatandaşının, sadece yabancı devletlerin zararına değil, nihai olarak vergilerinin marjinal olarak artışını görecek A devletinin diğer vergi mükelleflerinin zararına zenginleşmesi anlamına gelecektir. İşbirliği yapmama ulusal gelirden net bir kazanç getirirse dahi, dağıtım etkisi, işbirliği yapmama stratejisini reddetmek için tek başına oldukça yeterli bir nedendir.

Vergi alanında işbirliğinin sağlayacağı potansiyel faydalar hem ceza hem de diğer kamu hukuku yasaları söz konusu olduğunda da aynı şekilde mevcuttur. Bu yasalar, yasayı yapan devletçe zararlı addedilen eylem ve işlemleri önlemek için yapılmakta, ancak sınır aşan etkileri üç şekilde kısıtlanmaktadır: (1) ulusal yasaların sınır aşan uygulaması üzerindeki kısıtlamalar, (2) ulusal mahkemelerin yabancı davalılar üzerinde kişisel yetki uygulama yeteneği üzerindeki kısıtlamalar ve (3) mahkeme kararlarının uygulanması üzerindeki kısıtlamalar²⁸⁶. Bir devletin yasalarının uygulamasının ne kadar kısıtlanıp kısıtlanmayacağı büyük ölçüde devletin kendisine bağlıdır ve diğer devletler ile işbirliği yaptığı ölçüde sonuç değişebilmektedir²⁸⁷. Teorik olarak, kişisel yetki üzerindeki sınırlar da aslen bir devletin kendi tasarrufundadır. Yargı kararlarının uygulanması üzerindeki kısıtlar ise devletin kendisine bağlı değildir²⁸⁸. Eğer davalının, kararı alan ülkede herhangi bir malvarlığı yoksa, bu yargı kararının uygulanması (dolayısıyla da bu kararın etkililiği) yabancı devletlerin uygulamasına bağlı olacaktır. Yargı kararlarının uygulanmasında işbirliği tüm devletlerin yasalarını, yargı kararlarının üzerinde uygulanacağı malvarlıklarını adeta bir havuz haline getirerek, daha etkili kılabilir. Böylelikle, karşılıklı uygulama sayesinde, davalıların malvarlıklarını başka bir yetki alanına taşıyarak yargı kararlarının uygulanmasından kaçınmaları olasılığı da minimuma inecektir²⁸⁹. Kısacası eğer A ve B devletleri birbirlerinin rekabet veya vergi yasalarını uygulamak ve mahkeme kararlarını etkin kılmakta anlaşılırsa, her iki

²⁸⁶ Dodge, "Antitrust ...", s. 365- 366, 380- 389

²⁸⁷ Dodge, "Extraterritoriality ...", s. 153- 158; Dodge, "Understanding ...", s. 117- 119; The S.S. Lotus (Fr. v. Turk.), 1927 P.C.I.J. (ser. A.) No. 10 (Sep. 7.)

²⁸⁸ United States v. Verdugo- Urquidez, 494 U.S. 259 (1990)

²⁸⁹ Dodge, "Antitrust ...", s. 388

devletin de yasaları daha etkili hale gelecek ve böylelikle bu ülkelerdeki tüketiciler de rekabetçi pazar ekonomisinin belirgin getirilerinden yararlanacaklar ve vergisini ödeyene vergi mükellefleri ödemeyenlerin yükünü taşımak durumunda kalmayacaktır.

Vergi meselelerinde verdiğimiz örnekte olduğu gibi, ihracat yapan ulusal tekelin yabancı tüketicilerden elde edeceği, ihracat yapan yabancı tekellerin yerel tüketiciden elde edeceğinden daha çok olduğunda, yabancı rekabet yasasının uygulanmasında işbirliğine gitmemek daha iyi bir seçenek gibi görünebilir²⁹⁰. Ancak, yine vergi meselesindeki aynı nedenlerden böylesi bir yaklaşımın reddedilmesi gerekir. İlk olarak, ortalamada ulusal yasalardan kaçan yabancı tröstlerle, yabancı yasalardan kaçınan ulusal tröstlerin sayısı hemen hemen aynı olacaktır. İkinci olarak, yine vergi meselesinde olduğu gibi, burada da dağıtıcı etkiler ve sonuçları istenmeyen niteliktedir. Ekonomik ilişkileri düzenleyen yasaların karşılıklı olarak uygulanmaması tüm vatandaşların zararına olacak şekilde sadece birkaç “akıllı” girişimciye yarayacaktır.

Öte yandan, ticareti düzenleyen yasaların karşılıklı olarak uygulanması meselesi bazı alanlarda en az ihtilafli konudur; ulusal yasal sistemler genel olarak bazı eylemlerin yasaklanmasında, örneğin fiyat sabitleme²⁹¹ ve sermaye piyasası dolandırıcılığı²⁹² gibi, zaten benzer şekilde davranmaktadırlar. Mahkemenin ısrarla yabancı devletin ekonomiyi düzenleyen politikalarına karşı çıktığı durumlarda uygulama ihtilafli bir hal almaktadır. Eğer anlaşmazlık ileri derecede ise, mahkeme yabancı yasanın uygulanmasını kamu düzeni temelinde reddedebilecektir. Diğer taraftan, bazen mahkemelerin kamu düzenini ihlal eden yabancı yasanın uygulanması yönünde karar verdiği de olmuştur. *Hartford Fire Insurance Co. v. California*²⁹³ davasında, sigortacılar ve reassürörler arasındaki anlaşmalara, Amerikan rekabet yasalarının uygulanması buna örnektir.

²⁹⁰ Dodge, “Extraterritoriality ...”, s. 153- 154; Guzman, “Is International Antitrust Possible?”, s. 1510- 1525; Fox & Ordovery, “The Harmonization of Competition ...”, s. 15

²⁹¹ United States v. Nippon Papers Indus. Co. Ltd., 109 F.3d 1, Court Of Appeals 1st Cir. (1997)

²⁹² Allen v. Lloyd’s of London, 94 F.3d 923 (4th Cir. 1996)

²⁹³ Hartford Fire Insurance Co. v. California 509 U.S. 764 (1993)

B devleti yukarıdakilere benzer davalarda, basitçe, A devletinin yasalarını uygulamayı reddedebilir. Bunu takiben A devleti de B devletinin katılmadığı yasalarını reddedecek, böylelikle her iki devletin de yasalarının etkililiği azalacaktır. Dahası, etkililikteki azalma muhtemelen simetrik olmayacaktır. ABD gibi büyük devletler²⁹⁴, yasalarını etkin kılmak için görece daha az işbirliğine ihtiyaç duyarlar zira, potansiyel davalıların ABD'nin, kişisel yetkisini tanıyacak diğer potansiyel devletlerle görece daha çok sözleşmeleri mevcuttur ve bu devletlerin ülkelerinde yargı kararlarının uygulanabileceği yine görece daha fazla malvarlıkları bulunmaktadır²⁹⁵. B devleti için daha iyi bir seçenek, A devletinin katılmadığı yasalarını (kamu düzenini ihlal etmedikleri sürece) yine de uygulamak veya bu yasalarda değişiklik yapılması için müzakere yürütmek ya da B devletindeki davalılara uygulanmasına sınırlamalar getirmek olabilir. Kamu hukukunun karşılıklı uygulanması büyük ve küçük devletler arasında bir oyun alanının görece eşit şartlarda oluşmasını sağlamaktadır. Böylelikle büyük devletler, yasalarının sınır aşan uygulamalarında ya da yasanın kendisinde bir takım değişiklikler yapmayı değerlendirmede mevcut durumda olduklarından daha gönüllü olabileceklerdir²⁹⁶.

Özetle, Joseph Story'nin haklı olduğu söylenebilir. Devletlerin birbirlerinin kamu hukuku yasalarını uygulama konusunda işbirliği yapmaları halinde daha kazançlı olacakları açıktır zira, işbirliği yasaları daha etkili hale getirecektir. Bir devletin herhangi bir yabancı kamu hukuku yasasına şiddetle karşı çıktığı durumlarda bile, müzakere yöntemi ile tartışmalı yasaların uygulama alanı daraltılabileceğinden karşılıklı uygulamayı devletlerin oldukça yararına bir hale getirmektedir. Genel olarak devletlerin yasalarının etkin kılınması bakımından mütekabiliyet anahtar görevi görmektedir; A devleti B devletinin kamu hukukunu uygulamıyorsa kendisi de bu ayrıcalıktan yararlanamayacaktır. Karar verilmesi gereken, mütekebil uygulamanın yargı organlarının tasarrufuna mı bırakılacağı, yoksa yasama ve/ veya yürütme aracılığıyla bir andlaşma ile mi sağlanacağıdır.

²⁹⁴ Dodge, "Antitrust ...", s. 364

²⁹⁵ A.e., s. 381

²⁹⁶ A.e., s. 380- 389

2. YARGI ORGANLARININ KARŞILAŞABİLECEĞİ SORUNLAR

Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino davasında, Hakim Harlan, Amerikan mahkemelerinin yabancı millileştirme tasarruflarını tanıyıp tanımayacağına, “farklı kurumların uluslararası ilişkiler alanında böyle kararları alma ve uygulama ehliyeti olup olmadığını da dikkate alarak²⁹⁷”, karar vermek durumundaydı. Daha önce de değindiğimiz üzere yargı organlarının diğer devletlerle yabancı yasalar konusunda mütakabil uygulama için müzakere yapması söz konusu değildir. Yargı, yabancı kamu hukukunu uygulamak ve mevkiidalarının da aynı şekilde cevap vereceğini ummak²⁹⁸ ya da hiç uygulamamak arasında bir seçim yapmak durumundadır.

Yargı organı burada bir ikileme karşı karşıyadır. Oyun teorisinde bilinen adı ile “mahkumun ikilemi”, karşımıza “yargının ikilemi” olarak çıkmaktadır. Eğer A ve B devletlerinde yargı organları, birbirlerinin yasalarını uygulamada işbirliği yaparlarsa, hiç işbirliği yapılmayan durumdan daha iyi bir konumda olacakları açıktır. Zira, her iki devletin de yasaları tam olarak etkili olacaktır. Ancak, eğer A devletinin yargı organı işbirliği yaparken, B’ninki yapmazsa, A devleti hiç işbirliği yapılmamış durumdan daha kötü konuma düşecektir. Vergi meselelerinde de bu açıkça görülebilir; A’nın B devletinin vergi yasalarını uygulaması, geliri A devletinden B devlete aktarmaktadır. Bu, ceza yasaları ve diğer kamu hukuku yasaları söz konusu olduğunda da doğrulanacaktır. Eğer A devletindeki yargı organları B devletinin rekabet yasalarını uygularlarsa, A devletindeki tekeli oluşum artık kendisini ve dolayısıyla da A devletini, B devletindeki tüketicilerin zararına, zenginleştiremeyecektir. Eğer B devletinin yargı organları aynı şekilde karşılık vermezlerse, B devletinin ülkesindeki tekeli oluşum halen kendisini ve B devletini, A devleti ülkesindeki tüketicilerin zararına, zenginleştirmeye devam edecektir. Sonuç, A devletinden B devlete net bir gelir akışıdır. A devletinin yargı organları

²⁹⁷ *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398 (1964)

²⁹⁸ Dodge, “Extraterritoriality ...”, s. 159- 160

B'deki mevkidaşlarının işbirliği yapacağını garanti edemeyeceğinden (ve tam tersi de elbette geçerli), mantıklı olan bu durumda işbirliği yapmamaktır²⁹⁹.

Robert Axelrod işbirliğinin tarafların belirsiz sayıda oyun oynamasıyla ve “kısasa kısas” bir strateji benimsemesiyle ortaya çıkacağını tespit etmişse de³⁰⁰, hukuki gereklilikler ve kuvvetler ayrılığı ilkesinin getirdiği kısıtlar yargı organlarının böyle bir strateji benimsemesini ciddi şekilde engellemektedir³⁰¹. Yargı organları için, yabancı kamu hukukunu uygulayıp uygulamamak tek seferlik bir oyundur³⁰².

Yargının düşeceği olası ikilemlerden kaçınmanın yolu, devletin yasama ve/veya yürütme organlarının diğer devletlerdeki mevkidaşları ile birbirlerinin kamu hukuku yasalarının karşılıklı uygulanması için andlaşmalar yapmalarında gizlidir, diğer bir deyişle karşılıklı uygulama için pazarlık yaparak, kamu hukukuna sınır aşan etki tanınıp tanınmayacağı, tanınacaksa ne kapsamda tanınacağı kurala bağlanmalıdır. Diğer taraftan, eğer yargı organları bu tarz andlaşmaların yokluğunda, yabancı kamu hukuku yasalarını uygularlarsa (hukuk sistemleri onlara böyle bir yetki veriyorsa), işbirliği yapmayan devletleri andlaşma masasına getirecek bir şey kalmayacağından olası andlaşmalara da engel olmuş olacaktırlar. Russel Weintraub, kendi ülkesi üzerinden konuyu değerlendirdiği makalesinde “eğer ABD çıkarlarının belirgin şekilde feda edilmesi, mücamele gösterme çabalarından kaynaklanıyorsa, uluslararası uyum ilerleyeceği yerde gerileyecektir. Pazarlık kozlarımız, yürütme onları kullan(a)madan çok önce elimizden gidecektir³⁰³” yorumunda bulunmuştur. Weintraub’un görüşü F.A.Mann’ın “kendi egemenlerinin öncelikli haklarını görmezden gelen hakimler, hükümetlerini mütekabiliyette ısrar etme seçeneğinden

²⁹⁹ Robert Axelrod, **The Evolution of Cooperation**, New York, Basic Books, 2006, s. 13; Larry Kramer, “Return of the Renvoi”, **New York University Law Review**, Volume 66, 1991 s. 979, 1022-1023; Michael Whincop, “The Recognition Scene: Game Theoretic Issues in the Recognition of Foreign Judgments”, **Melbourne University Law Review**, Volume 23, 1999, s. 416, 418- 428; Antonio F. Perez, “The International Recognition of Judgments: The Debate Between Private and Public Law Solutions”, **Berkeley Journal of International Law**, Volume 19, 2001, s. 44, 59- 60; Dodge, “Extraterritoriality ...”, s. 161- 162

³⁰⁰ Axelrod, **The Evolution of Cooperation**, s. 10- 11, 13

³⁰¹ Dodge, “Extraterritoriality ...”, s. 161- 162

³⁰² **A.y.**

³⁰³ Russell J. Weintraub, “The Extraterritorial Application of Antitrust and Securities Laws: An Inquiry into the Utility of a “Choice-of-Law” Approach”, **Texas Law Review**, Volume 70, 1992, s. 1799- 1817

yoksun bırakılmaktadırlar³⁰⁴” diyerek kamu hukukunun ülke dışında uygulanmamasını bu yönüyle savunduğu görüşü ile birebir örtüşmektedir.

Gelişmeler göstermiştir ki devletler kamu hukukunun karşılıklı uygulanabilmesi için anlaşmalar yapabilmektedirler. Türkiye'nin yapmış olduğu adli yardımlaşmaya ilişkin ikili işbirliği anlaşmaları yabancı ceza yasalarının ülke dışında etki doğurmasına olanak tanımaktadır. Diğer taraftan yine Türkiye 81 devlet ile vergi kaçakçılığı ve çifte vergilendirmenin önlenmesi anlaşmaları düzenlemiştir, bu anlaşmaların bazılarında devletlerin birbirleri adına kendi ülkelerinde vergi tahsil etmelerine ilişkin hükümler bulunmaktadır. Anlaşmaların diğer tarafları ve bunların da üçüncü devletler ile imzaladıkları bu tarz anlaşmalar da hesaba katıldığında, yasama ve yürütme organlarının yabancı kamu hukukuna sınır aşan etki tanıtında nede daha ehil oldukları ortaya çıkacaktır. Öte yandan, anlaşmaların mevcudiyeti ile, yabancı kamu hukukunun uygulanmayacağına ilişkin 18. ve 19. yüzyıllardan gelen olumsuz havanın hızla değişmeye başladığı açıktır.

3. YABANCI KAMU HUKUKUNUN UYGULANMASININ BİREYLERİN HAKLARINA ETKİLERİ

Yabancı kamu hukukunun sınırı aşan uygulaması meselesinde, bazı çevreler tartışmayı yabancı özel hukuk alanına da taşımakta ve mahkemelerin mütekabiliyeti garantileyecek anlaşmaların yokluğunda topyekûn olarak yabancı hukuku ve ona dayanan mahkeme kararlarını uygulamaması gerektiğini savunmaktadırlar³⁰⁵. Kanunlar ihtilafı kurallarında mütekabiliyet genelde talep edilen bir şey olmasa da, bazı devletler yabancı mahkeme kararlarını uygulamak için bunu bir şart olarak öne sürebilmektedirler³⁰⁶. Amerikan Yüksek Mahkemesi, *Hilton v. Guyot* davasında yabancı özel hukuka dayanan mahkeme kararlarını tanıdığına, mütekabiliyet şartını

³⁰⁴ Mann, “International Enforcement ...”, s. 609

³⁰⁵ Lowenfeld, “Public Law ...”, s. 330- 343; Linda Silberman& Andreas Lowenfeld, “A Different Challenge fort he ALI: Herein of Foreign Country Judgments, an International Treaty, and an American Statute”, **Indiana Law Journal**, Volume 75, Issue 2, 2000, s. 638- 643

³⁰⁶ Friedrich K. Juenger, “The Recognition of Money Judgments in Civil and Commercial Matters”, **American Journal of Comparative Law**, Volume 36, No 1, Winter 1988, s. 31

da benimsemiştir³⁰⁷. Öte yandan, özel hukuk kararlarının tanınmasında mütekabiliyet şartı, hem içtihatlar hem de yasama organlarının tasarrufları ile 20. yüzyılda aşama aşama terk edilmiştir. Aşağıda aynı mantığın, bireylerin yabancı kamu hukuku niteliğindeki yasaların uygulanması amacı ile açtıkları davalara da entegre edilmesi ele alınacaktır.

Hilton davasında, Fransız eldiven üreticisi Amerikan alıcıyı, Fransız mahkemeleri önünde, sözleşme ihlalini öne sürerek dava etmiş, daha sonra bu mahkeme kararını uygulamak için Amerika’da başka bir dava daha açmıştır³⁰⁸. 4’e karşı 5 oy ile, Amerikan Yüksek Mahkemesi, Fransız mahkemesinin verdiği kararın sonuç doğuran bir etkisi olmadığına zira, Fransız mahkemelerinin de Amerikan mahkeme kararlarına böyle bir etki sağlamadıklarına hükmetmiştir³⁰⁹. Belki de şaşırtıcı bir biçimde, *Hilton* davası bu yönüyle Amerikan yargılama hukukuna çok az etki etmiştir. Amerikan Hukuk Enstitüsü’nün Amerikan Kanunlar İhtilafı Kuralları’na ilişkin hazırlanan ilk raporunda yargı kararlarının mütekabiliyete bakılmaksızın sonuç doğurması gerektiği belirtilmekte³¹⁰, yine Kanunlar İhtilafı’na ilişkin ikinci rapor ile Amerikan Dış İlişkiler Hukuku’na ilişkin üçüncü raporda da bu karar aynen desteklenmektedir³¹¹. Yine ABD’de, *The Uniform Money Judgments Recognition Act*, mütekabiliyete bakılmadan, yabancı mali kararların “tam inanç ve güven şartına bağlı olarak, eyaletlerin birbirlerinin yargı kararlarını uygulamaları gibi uygulanabilir” olduğunu kayıt altına almıştır³¹².

Her koşulda mütekabiliyeti sağlama çabalarına karşı ortaya çıkan eleştiren yaklaşımlar, ABD’de bu arayışın kısa sürede terk edilmesine neden olmuştur³¹³. Joseph Henry Beale, mütekabiliyet ve yabancı yasaların evrensel olarak tanınması

³⁰⁷ *Hilton v. Guyot* 159 U.S. 113 (1895)

³⁰⁸ **A.e.**

³⁰⁹ **A.e.**

³¹⁰ Monrad G. Paulsen & Michael I. Sovern, “Public Policy in the Conflict Laws”, **Columbia Law Review**, Volume 56, No 7, 1956, s. 970- 971

³¹¹ Dodge, “Extraterritoriality ...”, s. 144- 147; Eric A. Posner & Cass K. Sunstein, “Chevronizing Foreign Relations Law”, **The Yale Law Journal**, Volume 116, No 6 (Apr. 2007), s. 1170- 1175

³¹² Posner & Sunstein, “Chevronizing ...”, s. 1173- 1174

³¹³ Arthur Lenhoff, “Reciprocity: The Legal Aspect of Perennial Idea”, **Northwestern University Law Review**, Volume 49, 1955, s. 754

aleyhinde argümanlara dikkat çekmiş; ticaretin kolaylaşması ve mahkemelerin dava yükünün azalmasının özellikle altını çizmiştir. Diğer bazı yazarlar, mütakabiliyetin ya takibi zor³¹⁴ ya da fazla siyasi olduğundan yargı organları için uygun olmadığını savunmaktadırlar. Mütakabiliyet doktrininin adil olmadığını iddiaları da mevcuttur³¹⁵. Bu argümanların pek çoğunun sorunu neden yabancı yasaların evrensel olarak uygulanmasını öngören bir kuralın, bunların uygulanmamasını öngören kurala yeğ olduğunu açıklamamalarıdır. Herhangi bir andlaşmanın yokluğunda yabancı kamu hukukunu uygulamama, yargılama ve uyuşmazlıklarda çıkan tutarsızlıkların benzer şekilde çözülmesini sağlayacağı gibi, gereksiz davaları bertaraf etmede de etkili olacak, yargının bu durumu yönetmesi diğer duruma göre daha kolay olacak ve mütakabiliyet işini yetkili organa bıraktığından, daha az siyasi bir çözüm olacaktır.

Mütakabiliyet aranmadan yabancı yargı kararlarının uygulanmasının ticareti kolaylaştırdığı argümanı, uygulamanın uygulamamaya tercih edilmesini meşrulaştırmamaktadır. Antonio Perez'in belirttiği üzere, "ticaret ile uğraşanlar yasal haklarının uygulanması ile sağlanacak güvenliğin ve uyuşmazlıklara uygun hukuki çözümler arayışı içerisinde oldukları; buna göre, çözümlerin etkin kılınacağı güvenli araçlar olmadan, ihracatçıların ticari kazançları oldukça düşecektir³¹⁶". Temel mesele, yargı kararlarının uygulanmasının bir yasal sistemi etkin kılmak için şart oluşudur. Bu argümanda aksayan nokta, kamu hukukunu özel hukuktan ayırmamasıdır. Aynı ticareti kolaylaştıran hukuk kurallarını (öncelikli olarak sözleşme hukukunu) en etkin seviyede tutmak için yabancı yargı kararlarının uygulanmasının gerektiği gibi, ticareti düzenleyen ve tarafların zararını önleyici kuralları, diğer bir deyişle ekonomik ilişkileri düzenleyen yasaların (rekabet ve sermaye piyasası yasaları gibi) en etkin seviyede tutmak için de yabancı yargı kararlarının tanınması gerekmektedir. Eğer yargı organları yine de yabancı kamu hukukunu uygulamayı, işbirliği oyununda yasama ve/ veya yargının elini güçlendirmek için, reddediyorlarsa, belki de aynı uygulamayı özel hukuk niteliğindeki yasalar söz konusu olduğunda da yapmalıdırlar.

³¹⁴ A.e., s. 755; Willis Reese, "The Status in This Country of Judgments Rendered Abroad", **Columbia Law Review**, Volume 50, No. 6 (Jun. 1950), s. 793

³¹⁵ Juenger, "The Recognition ...", s. 32; Reese, "The Status ...", s. 793

³¹⁶ Perez, "The International Recognition of Judgments ...", s. 44

Hakkaniyet mefhumu, mütakabiliyet doktrinine karşı önemli bir argüman olarak öne çıkmaktadır³¹⁷. *Hilton* davasında, Hakim Gray, “bir başkasına yapılan adaletsizlik nedeni ile diğerine misilleme teorisi üzerinden ilerleyemeyiz³¹⁸” demiştir ki, mütakabiliyet doktrini tamamen bu mantık üzerine kuruludur. Willis Reese, mütakabiliyet- hakkaniyet tartışmalarına ilişkin fikrini kısa ve öz biçimde ortaya koymuştu: “alacaklı, icrayı gerçekleştiren devlet Amerikan mahkeme kararlarına sonuç etkisi tanımıyor diye suçlanamaz; onu mahkeme kararının temel avantajlarından mahrum etmek hakkaniyetle bağdaşmaz³¹⁹”. Vergi yasalarının ve bunlara dayanan yargı kararlarının ülke dışında uygulanmasını isteyen devletler buna ilişkin andlaşmaları müzakere edebilirler. Diğer taraftan açıktır ki, sözleşmelerini ilgilendiren bir mahkeme kararının ülke dışında uygulanmasını isteyen özel kişiler, buna ilişkin bir andlaşma için müzakerede bulunamazlar, bu onları dezavantajlı konuma sokmamalıdır.

Hakkaniyete uygun davranma isteği, yabancı kamu hukuku ve özel hukuk arasındaki ayrımı meşrulaştırmaktadır. Ancak burada önemli olan ayrımın meşruiyetinin kamu hukuku ve özel hukuk arasında değil, kamu adına açılan davalar ile özel hukuk kişilerinin açtıkları davalar ayrımında yatıyor olmasıdır. Bir gerçek kişinin, davacı tarafından verilen zararı karşılayabilmek için açtığı ve yabancı rekabet yasalarının uygulanmasını gerektiren bir davanın, yine bir gerçek kişinin açtığı sözleşmesel yükümlülüklerle ilişkin davadan bir farkı yoktur. Buna ek olarak, yabancı kamu hukukuna dayanan bir dava açan özel hukuk kişisi yabancı kamu hukukunu uygulaması gereken devlet ile pazarlık masasına oturamaz. Hakkaniyet, yabancı kamu hukukunun uygulanması ile haklarına kavuşabilecek özel kişilerin bu haklarının, mütakabiliyeti teşvik etmek isteyen devletlerin çıkarlarına rehin edilememesini gerektirmektedir. Şunu da not düşmek gerekir ki, davacının hukuki kişiliğinden kaynaklanan ayrım, *Huntington* davalarında ceza yasalarını tanımlarken

³¹⁷ Louis Kaplow & Steven Shavell, “Fairness versus Welfare”, **Harvard Law Review**, Volume 114, Number 4, 2001, s. 1056

³¹⁸ *Hilton v. Guyot* 159 U.S. 113 (1895)

³¹⁹ Reese, “The Status ...”, s. 793

yapılmıştır, özel kişilerin açtıkları davalarda yabancı rekabet yasalarının uygulanması eğer karar gerektiği şekilde yerine getirilebilecekse serbest bırakılmalıdır.

Mütekabiliyetin garanti edilmesine ilişkin endişeler özel hukuk kişilerinin açtığı davalar için de geçerlidir. Özel hukuk kişilerinin kamu hukukun niteliğindeki yasaları ve bunlara dayanan mahkeme kararlarını kendi inisiyatifleri ile ülke dışında uygulatması zor olduğundan³²⁰, devletlerin bunu sağlamak için andlaşmalar yapmaları iyi bir çözüm olabilir. Öte yandan, davacı bir özel hukuk kişisi ise, o kişinin haklarını korumak amacı müekabiliyeti sağlamak endişelerine üstün gelmelidir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, yabancı ceza yasalarının ve diğer kamu hukuku yasalarının özel kişiler tarafından açılan davalarda uygulanmaması, bu tarz yasaların karşılıklı uygulanması için andlaşma müzakerelerini teşvik etmek için gerekli değildir. Devletleri işbirliği yapmak için harekete geçiren saikler, çıkarlarının doğrudan etkilendiği noktada en fazla olacaktır.

Çalışmamızın bu bölümünde yabancı kamu hukuku yasalarının ülke dışında uygulanmasını uluslararası hukuk kavramları ve uluslararası sistem çerçevesinde değerlendirmeye çalışıldı. Yabancı kamu hukukunun daha az tartışılan dallarının ülke dışında uygulanmasını sağlayan uluslararası andlaşmalar ve teamül kuralları ele alındı. Devletlerin neden yabancı kamu hukukunu uygulamak istemediğine dair genel bir inceleme yapıldı ve işbirliğinin olası yararları değerlendirildi. Çalışmamızın üçüncü bölümünde daha özel bir alana inilecek ve yabancı kamu hukukunun uyuşmazlığın çözümüne yardımcı bir hukuki veri olarak, diğer bir deyişle dolaylı olarak uygulanması ele alınacaktır.

³²⁰ McIntyre Porcupine Mines Ltd. v. Hammond, 119 D.L.R. (3d) 139 (Ont. H.C 175)

BÖLÜM III

YABANCI KAMU HUKUKUNUN ÇEŞİTLİ BİÇİMLERDE UYGULANMASI

Mahkemenin önündeki uyuşmazlık bazen sadece mahkeme devletinin yasalarına göre çözümlenecek olsa da, uyuşmazlığın çözümü için yabancı yasanın bir referans noktası, bir hukuki veri olarak kullanılması gerekebilir³²¹. Örneğin, *lex fori* hükümlerine göre ve *lex fori* devletinde düzenlenmiş bir sözleşmeden doğan uyuşmazlığı görüşen mahkeme, bahse konu sözleşmenin dost bir devletin gümrük yasalarını ihlal ettiğini tespit ettiğinde, sözleşmeyi iptal edebilir. Uyuşmazlığa uygulanan ulusal hukuk kuralıdır, yabancı kamu hukukunun uygulanması gibi bir durum söz konusu değildir. Yabancı kamu hukuku ancak, *lex fori* yasalarına göre hakkında karar verilecek bir uyuşmazlığın değerlendirilmesinde bir hukuki veri olarak kullanılmıştır. Bu bölümde hem yabancı kamu hukukunun hem de yabancı özel hukukun ulusal mahkemelerde uyuşmazlığın çözümüne yardımcı bir yan unsur, ek bir hukuki bilgi olarak kullanımı ile önmelele olarak ele alınması değerlendirilecektir. Ayrıca bu bölümde son olarak literatürde halen tartışmalara yol açan, yabancı kamu hukukunun özel bağlama noktası yaklaşımı ile ulusal mahkemelerde uygulanması açıklanmaya çalışılacaktır.

A. YABANCI KAMU HUKUKUNUN ULUSAL MAHKEME ÖNÜNDE HUKUKİ VERİ OLARAK KULLANILMASI

Yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığa uygulanacak hukuk mahkeme devletinin yasaları olsa da, bazı durumlarda yabancı kamu hukukunun yine de mahkeme tarafında dikkate alınması gerekliliği doğabilir. Hem ulusal kamu hukukunun hem de ulusal özel hukukun uygulanacağı davalarda, mahkeme, adaleti yerine getirmek görevi ile, uyuşmazlığın yabancı unsurlarını ortaya çıkaran yabancı

³²¹ Brainerd Currie, “Displacement of the Law of the Forum”, *Columbia Law Review*, Volume 58, s. 964, 1019- 1020

mevzuatı incelemek durumunda kalacaktır. Burada yabancı kamu hukuku sadece bir yardımcı bilgi olarak ele alınmakta, ulusal mahkeme önünde dolaylı olarak etki doğurmaktadır. Buradan hareketle aşağıda yabancı unsurlu uyuşmazlıkları çözmeye ulusal kamu hukunun ve ulusal özel hukukun uygulanması esnasında, yabancı kamu hukukunun uyuşmazlığı çözmeye yardımcı bir hukuki veri olarak ele alınışı değerlendirilecektir.

1. YABANCI KAMU HUKUKU ULUSAL KAMU HUKUKU İLİŞKİSİ

Devletler kimlere ve ne koşulda sığınma hakkı vereceklerini, hangi uluslararası şirketlere ve ne oranda vergi indirimi sağlayacaklarını elbette kendi kamu hukukları ile düzenlemektedirler. Ancak bu kararlar verilirken; siyasi sığınma talep eden bireyin ülkesinde ayrımcılığa maruz kaldığını iddia ettiği ceza yasaları ve uluslararası şirketin menşe devletinin vergi yasaları değerlendirmeye alınmak durumundadır. Böylelikle yabancı kamu hukuku doğrudan uygulanmamış ancak mahkemenin kararını vermesinde bir faktör olarak yargı sürecinin içerisinde yer almış ve sınır aşan bir etki doğurmuş olmaktadır.

a. SİYASAL SİĞİNMA ve SUÇLULARIN İADESİ

1951 tarihli “Sığınmacıların Statüsüne İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”nde tanımı yapıldığı üzere ırk, din, etnik köken, belirli bir sosyal grup ya da politik görüşlerinden ötürü mahkum edileceği düşüncesi ile anavatanından ayrılan ve geri dönmek istemeyen kimselere sığınmacı denmektedir³²². Devletler, zaman zaman, uyrukluğunu taşıdıkları ülkede siyasi ayrımcılığa maruz kalan yabancı devlet vatandaşlarına siyasi sığınma hakkı tanımaktadırlar. Uluslararası hukuka göre devlet, yabancıların ülkesine girmesi ve ülkesinde bulunması konusunda tek yetkilidir.

³²² United Nations General Assembly, “Convention Relating to the Status of Refugees”, (adopted 28 July 1951- entry into force 22 April 1954), Resolution 2198 (XXI), Geneva, UNTS 189

Dolayısıyla sığınma hakkı tanınıp tanınmaması, sığınma aranan devletin yükümlülük üstlendiği uluslararası andlaşmalar ve nihayetinde ulusal kamu hukuku çerçevesinde değerlendirilir. Bireyin, kendi ülkesinde siyasi görüşlerinden ötürü mahkum edilebilme ihtimali siyasi sığınma hakkının verilmesinde önemli rol oynamaktadır³²³. Sığınma başvurusunu takip eden süreç, başka bir egemenin anayasal ve siyasal sistemin ve ceza yasalarının değerlendirilmesini gerektirmektedir³²⁴. Eğer sığınma talebi reddedilirse, yabancı devletin kendi kamu hukuku ile elde etmeye çalıştığı amaçlar sağlanmış; eğer sığınma kabul edilirse, söz konusu amaçlara en azından bahse konu olay bakımından engel olunmuş olacaktır. Bu çerçevede, yabancı kamu hukuku, *lex fori* tarafından verilecek insani bir hakkı değerlendirmede referans görevini üstlenmektedir.

Devletler arasında suçluların iadesi söz konusu olduğunda, gerçek kişinin mutlak meskeninin bulunduğu devletin, bireyin üzerine atılı suç siyasi ise ya da iadeyi talep eden devlet adil yargılanmada gerekli minimum standartları göz ardı etmek gibi bir sicile sahipse, bireyi, talep eden ülkeye iade etmeyi reddetmesi gerekmektedir³²⁵. Ayrıca, ölüm cezasını ilga eden devletlerin çoğu, bu cezaya çarptırılmış hükümlülere ancak talep eden devletin cezayı infaz etmemeyi taahhüt etmesi halinde iade etmektedirler³²⁶. Bir suçun siyasi olup olmadığına karar vermek talep eden devletin yasalarını ayrıntılı biçimde değerlendirmeyi gerektirirken, suçlunun iadesini ölüm cezasının uygulanmaması koşuluna bağlayan bir tasarruf, talep eden devletin ceza hukuku yasalarının da derinlemesine incelenmesi anlamına gelecektir. Gerekli standartların ve adil yargılamanın koşullarının varlığının tespiti de, sığınma davalarında olduğu gibi talep eden devletin kamu hukukunun her bakımdan incelenmesi ile sağlanabilecektir.

³²³ International Court of Justice, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, Asylum Case- Colombia v. Peru, Judgment of 20 November 1950 (Colombian Peruvian Asylum Case, Judgment of November 20th, 1950: ICJ Reports 1950 s. 266); International Court of Justice, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, Haya de la Torre- Colombia v. Peru, Judgment of 13 June 1951 (Haya de la Torre Case, Judgment of June 13th, 1951: ICJ Reports 1951 s. 71)

³²⁴ Başta Almanya olmak üzere bir takım Avrupa ülkelerine Türk Terörle Mücadele Kanunu dolayısıyla siyasal sığınma talebi isteyen Kürtler ve Alman mahkemelerinde dolayısıyla Türk yasalarının değerlendirilmesi gereği buna örnek gösterilebilir.

³²⁵ Liz Fekete, "The Deportation Machine: Europe, Asylum and Human Rights", **Race Class**, Volume 47, No 1, 2005, s. 68

³²⁶ **A.e.**, s. 69

b. CEZA YASALARININ UYGULANMASINDA ULUSLARARASI İLKELER

Günümüzde hemen hemen tüm modern ceza yasaları aynı tarz suçların tekrarlanması halinde daha ağırlaştırılmış cezalar vermeyi tercih etmektedirler. Bu bağlamda, başka ülkelerdeki mahkumiyetleri dikkate almak olağan hale gelmiştir. Bazen bu, bir andlaşmanın gereği de olabilmektedir. Daha etkili bir yaptırım uygulamak için yabancı mahkumiyet göz önünde bulundurularak mahkeme devletinin kamu hukuku kuralları, ceza hukuku kuralları özelinde, güçlendirilmektedir. Mahkemenin bu tasarrufu, ilk mahkumiyeti veren ülkenin yasalarının amacını da yerine getirmiş, bir adım öteye taşımış olmaktadır.

Tersine bir durum olan, “*ne bis in idem*- bir kişiyi aynı suçtan iki kez yargılamama” insan hakları sözleşmelerince de emredilen³²⁷ ilkedir. Bu kuralın uygulanması aynı fiilden yapılan suçlamalara karşı savunma olarak yabancı mahkumiyetlerin değerlendirmeye alınmasını gerektirmektedir. Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi³²⁸, başka ülkelerdeki adli sicil kaydına ilişkin bilginin imzacı devletler tarafında karşılıklı bilgi alışverişi ile verilmesini gerektirmektedir. Ceza yargısının ülke dışında etki doğurması sayesinde, özellikle beraat ile sonuçlanan davalar ile ulusal güvenliği ilgilendiren konularda ulusal mahkeme, konuya ilişkin olarak yabancı mahkemenin hükmünü ve hangi yasalara dayanarak bu sonuca vardığını dikkatlice incelemelidir. Ceza yasalarına sınır aşan etki tanıyan bu sözleşme oldukça ileri bir projeksiyon çizmektedir ve yabancı ceza yasalarının zaman zaman doğrudan uygulanmasını da öngörmektedir. Türkiye’nin taraf olduğu andlaşmaları incelerken, bu sözleşmeyi de ayrıntılı olarak ele alacağız.

³²⁷ United Nations General Assembly, “International Covenant on Civil and Political Rights”, (adopted 16 December 1966- entry into force 23 March 1976) New York, 2200 A(XXI) 999 UNTS 171, Article 14 Chapter 7; Council of Europe, “Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”, (adopted 22 November 1984- entry into force 1 November 1988), Strasbourg, CETS 177, Article 4

³²⁸ Council of Europe, “European Convention on the International Validity of Criminal Judgments”, (adopted 28 May 1970- entry into force 26 July 1974), The Hague, ETS 70, Article 53, 55

Yukarıda belirtilen konularda devletlerin her geçen gün artan andlaşma yapma girişimlerine ek olarak, gerçek kişilerin yurtdışında işledikleri suçlardan aldıkları cezaları vatandaşı oldukları devletin ülkesinde çekmeleri hususunda da andlaşmalar düzenlenmeye devam edilmektedir. İkili ve çok taraflı andlaşmalar, mahkumların tutukluluk sürelerini geçirmek, cezalarını çekmek için vatandaşı oldukları devlete iadesini hayata geçirmektedir³²⁹. Böylelikle, yalnızca devralan devlet kendi ceza politikalarını uygulamakla kalmamakta, aynı zamanda hüküm devletinin de ceza yasaları ülke dışında etki doğurmaktadır. Yabancı ceza yasalarının ülke dışında etkisi bulunmayacağı kabulünü yıkan suçluların iadesi andlaşmalarını yine Türkiye'nin taraf olduğu andlaşmaları incelediğimiz kısımda ayrıntılı olarak ele alacağız.

Yabancı ceza davalarındaki kararlar ve dolayısı ile yabancı ceza yasaları bir başka ilişki ile daha ulusal mahkemenin değerlendirmesine tâbi olabilmektedir. Pek çok yasal sistem bir grup kamusal hak ve imtiyazlardan faydalanmak için iyi niyet ve ahlaki, yani temiz bir adli sicili önkoşul olarak gözetmektedir. Bu özellikle yabancılara oturma izni verilmesi ve telsik yöntemi ile vatandaşlığa geçmek istenmesi halinde sıklıkla karşılaşılan bir koşuldur. Buna ek olarak, pek çok ülkede, pek çok meslek grubunda meslek odalarının o mesleğin yapılabilmesi için gerekli birtakım belgeleri temin etmesi şartı aranmakta, bu da, mesleki yeterliliklere ek olarak, yine temiz bir sicili gerektirmektedir. Tüm bu örneklerde gözetilen yabancının vatandaşı olduğu ülkenin kamu hukuku ve onun uygulamaları değil, mahkeme ülkesinin vatandaşlık ve göçmenlik kanunları dolayısıyla da kamu hukuku ve kamu yararadır. Yabancı ülke kamu hukuku burada yine bir referans nokta oluşturmuş, kararı etkilemiş ancak mahkeme devletinin egemen haklarına herhangi bir müdahalede bulunulmamıştır.

³²⁹ Council of Europe, "European Convention on Extradition", (adopted 13 December 1957- entry into force 18 April 1960), Paris, ETS 24; Avrupa Konseyi üyeleri ve İsrail, Güney Afrika ve Güney Kore'nin dahil olduğu 50 ülkede geçerli olan Sözleşme, çok taraflı olarak suçluların iadesi, devletlerin kendi vatandaşlarının ülke dışında aldıkları cezaları çekmeleri için kendi ülkelerine getirmeleri gibi düzenlemeleri ve genel olarak sözleşmeciler tarafların birbirlerinin yasaları hakkında yasal yardım yapmalarını öngörmektedir. Ayrıca aralarında Türkiye, ABD, İngiltere, Fransa, Polonya, Portekiz, Hırvatistan, İtalya, Meksika, İsveç ve İsviçre gibi 100'e yakın devletin bulunduğu bir grup da ikili andlaşmalara imza atmışlardır.

c. İTHALAT- İHRACAT VERGİLERİ ve VERGİ İNDİRİMLERİ

Modern çağ endüstriyelmiş toplumu tipik olarak ihracat merkezlidir ve sıklıkla ihraç edilen mal ve ürünleri desteklemek amacı ile devlet sübvansiyonlar vermektedir. Öte yandan sübvansiyonlar ticaret serbestisinin temel ilkesi olan rekabeti bozucu etki yaratmaktadır. Belirtilen sakıncanın bir sonucu olarak belli başlı ihracatçı devletler ihracat sübvansiyonlarına telafi edici vergiler getiren bir uluslararası anlaşma ve örgütlenme ile engel olmak istemişlerdir. Bu amaçla önce Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Anlaşması 1951’de, onun devamı olarak da Dünya Ticaret Örgütü 1995’te hayata geçirilmiştir³³⁰.

İthalatçı devlet bakımından, telafi edici vergi sürecinin temel unsuru, ihracatçı devletin ürün ve mallarını normal tarife oranları üzerinden mi yoksa gümrüksüz olarak mı vergilendirdiğinin kararını vermektir. Kaçınılmaz olarak, ithalatçı devlet, başka bir egemenin ekonomik planlama, kamu kaynakları, yönetimi, vergilendirme ve bütçelendirme gibi kalmelerinin yanı sıra kamu hukukunu inceleme görevini de üstlenmiş bulunmaktadır. Yapılacak ayrıntılı incelemenin amacı, diğer devletin ihracatı avantajlı hale getiren politikasını engellemek, telafi edici vergi veya ücretlerle sübvansiyonların etkisini ortadan kaldırmaktır.

Küreselleşmenin bir sonucu da şirketlerin şube ve yan kuruluşlarla, kuruldukları devletten başka devletlerde ulus- aşırı ekonomik faaliyetlerini sürdürmeleridir. Ticari gelir, ya nerede ortaya çıktıysa (kaynak) ya da nerede elde edildiye, ki bu genelde ticari faaliyetin gerçekleştirildiği ana yer olmaktadır, orada vergilendirilir. Çifte vergilendirme, uluslararası hukuka aykırı addedilmese de, uluslararası ticareti kolaylaştırmak amacı ile, devletler vergi andlaşmaları aracılığıyla bu “sorun”u ortadan kaldırmayı amaçlamaktadırlar. Andlaşmalar genelde, hangi vergileri hangi devletin alacağını belirlemeyi amaçlamakta ve menşe ülkenin

³³⁰ Türkiye Cumhuriyeti Gelir Dairesi Başkanlığı- **GATT Bilgilendirme Rehberi**, Yayın No 95, Ankara, 2009, s. 5- 6

kaynağında yaptığı vergilendirmelere karşı indirim yapma taahhüdünü içermektedir. Halihazırda Türkiye'nin de 81 devlet ile yürürlükte vergi kaçakçılığını ve çifte vergilendirmeyi önleme andlaşması bulunmaktadır, bunlar son bölümde incelenecektir. Andlaşmalardan bağımsız olarak büyük endüstriyel devletler, kendi ülkelerinde faaliyet gösteren yabancı şirketlerin kaynağında ödedikleri vergiyi ulusal düzeyde ödenmesi gereken vergiden düşmesine müsaade etmekte; böylece yabancı vergi kanununu kendi kanunlarını uygularken değerlendirmeye almaktadır.

Ulus- aşırı faaliyet gösteren şirketlerin menşe devletlerinin mahkemeleri sıklıkla, bu şirketlerin yabancı devlette doğan vergi yükümlülüklerini gözden geçirme ve tespit etme görevini üstlenmektedirler³³¹. İlk amaç, yabancı vergi yasalarını uygulamak değil, ulusal vergi yükümlülüğünün kapsamını tespit etmektir. Öte yandan, ulus aşırı faaliyet gösteren şirketlerin bir gelirin vergisini birden fazla ödemeyecek olmaları dolayısıyla bu tarz andlaşmalar yapmış devletlerin ülkelerinde daha rahatlıkla yatırım yaptıkları da bir gerçektir. Görülmektedir ki yabancı vergi yasasının uygulanmaması değil, *uygulanması* uluslararası ticareti teşvik ederek istihdam yaratmaktadır.

e. YABANCI DEVLETLERİN TİCARİ FAALİYETLERİ ve HÜKÜMET TASARRUFLARI AYRIMI

Modern uluslararası hukukta ve çoğu ulusal hukuk sistemlerinde yabancı hükümet tasarruflarının “siyasal- *jure imperii*” ve “ticari- *jure gestionis*” tasarruflar olarak ayrılması ve yabancı unsurlu uyuşmazlıkların mahkemelere taşınması durumunda bu çerçevede değerlendirilmesi kabul görmektedir. Amerika Birleşik Devletleri'nde bu ayrım “egemenin imtiyazlarını kısıtlayıcı teori” başlığı altında

³³¹ Joseph Isenbergh, “The Foreign Tax Credit: Royalties, Subsidies, and Creditable Taxes”, **Tax Law Review**, Volume 39, 1984, s. 227, 234- 280

1952 yılında Dışişleri Bakanlığı'na da resmen kabul edilmiştir³³². Sermayesi yabancı devlete ait olan şirketler ve devlet organlarının taraf olduğu bir uyuşmazlıkta ulusal mahkemenin ilgili yabancı kamu hukukunu ayrıntılı olarak incelemesini gerekmektedir³³³. Burada yabancı kamu hukuku yine ulusal mahkemede doğrudan uygulanmamış ancak bahse konu devlet tasarrufunun ne tarz (ticari ya da siyasi) bir işlem yaptığını tespit etmek ve işleme mahkeme devletinin yasalarını uygulamak için bir yardımcı unsur görevi görmüştür.

Yabancı devletlerin tasarruflarına ilişkin özellikle ABD'de ve bazı farklılıklarla Birleşik Krallıkta kabul edilen bir diğer görüş³³⁴, "hükümet tasarrufları-*act of state*" doktrinidir. Buna göre, ulusal mahkemenin, yabancı devletin ticari işlemleri dışında kalan ve doğrudan egemenliğin bir tezahürü olarak gerçekleştirilen tasarruflarının hukuki olup olmadığını sorgulama yetkisi bulunmaz³³⁵. Mahkeme, bir tasarrufun kendi yetkisinde olup olmadığına karar vermeden, yani yabancı devletin tasarrufunun ticari mi siyasal mı olduğuna karar vermeden önce, yabancı devletin anayasa ve idare hukuklarını ayrıntılı olarak incelemek ile mükelleftir. *Act-of-state* doktrini Kıta Avrupa'sında pek kabul görmese de, uluslararası hukuka aykırı olarak değerlendirilmemektedir.

2. YABANCI KAMU HUKUKU ULUSAL ÖZEL HUKUK İLİŞKİSİ

Sözleşmeler yapıldıkları yer hukukuna tâbiidirler. A devleti mahkemeleri sözleşmelere ilişkin yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta, eğer sözleşme A devleti ülkesinde düzenlenmişse, A devletinin yasalarını uygulayacaklardır. Ancak yabancı bir taraf ya da yabancı bir ülkede gerçekleştirilecek bir konu barındıran bir sözleşme elbette sadece yapıldığı yer bakımından sonuç doğurmaz. Dolayısıyla A devleti

³³² Jasper Finke, "Sovereign Immunity: Rule, Comity or Something Else?", **The European Journal of International Law**, Volume 21, No:4, 2010, s. 853- 858

³³³Peter D. Trooboff, "Foreign State Immunity: Emerging Consensus on Principles", **Recueil des Cours**, Volume 200, 1986, s. 235, 275- 318

³³⁴ "Hükümet tasarrufları" zaman zaman doktrin, zaman zaman teori olarak anılmaktadır.

³³⁵ Hüseyin Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk**, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, 2005, s. 155

mahkemesi, uyuşmazlık konusu sözleşmesinin geçerli mi yoksa butlan ile batıl olup olmadığına karar vermek için sözleşme ile ilgili yabancı unsurların kamu hukuklarını incelemek gereği duyabilir. Burada yabancı kamu hukuku yine dolaylı olarak uyuşmazlığın çözümünde bir rol oynamış olacaktır.

a. YAPILIŞI İTİBARIYLA BATIL ve YABANCI KAMU HUKUKUNA AYKIRI SÖZLEŞMELER

Ahlak kurallarına, ki bunlar çoğu zaman hukuk kuralları ile de örtüşmektedir, aykırı olarak düzenlenen yabancı sözleşmelerin mahkemenin kamu düzenine aykırılığı dolayısıyla uygulanmamasına tipik örneklerden biri devlet ihalelerinden pay alabilmek için görevliye rüşvet verilmesi ile yapılan sözleşmelerdir. *Lex fori* uyarınca bu sözleşmeler nisbî butlan ile batıldır³³⁶ ve tarafların mahkemenin yasalarından kaçmak için başka yasa seçmeleri de, ne sözleşmenin ulusal düzeyde batılığını ne de dolayısıyla gelebilecek müeyyideleri ortadan kaldırmayacaktır. Sözleşmenin batılığının dayanağı mahkemenin kamu düzenidir. Eğer ihalesinde hile tespit edilen devlet yabancı ve sözleşmeye uygulanacak hukuk üçüncü tarafın hukuku ise mahkeme nazarında sözleşme, *lex causae* bakımından, kamu düzeni gereği, yine geçersiz ve uygulanamaz niteliktedir. Sözleşmenin geçersizliği, sözleşme açıkça üçüncü bir devletin yolsuzlukla mücadele yasalarına tâbi ise ve bu yasalar sözleşmeyi geçersiz kılıyorsa, elbette yine devam etmektedir. Yabancı *lex causae*'ya göre yine de uygulanabilir olan sözleşmeler, bu sefer mahkemenin kamu düzeni kaydına göre geçersiz kılınmaktadır.

Kanunlar ihtilafı kuralları sıklıkla acentelik sözleşmelerinde mahkemenin yasalarını işaret eder. Kural olarak bu tarz davalarda, ulusal hukuk sözleşmeyi engelleme veya yaptırıma hükmetme yoluna gitmeyecek, yaptırımlar genelde ulusal görevliye gelecek, yabancı hükümet yetkilisi herhangi bir ceza almayacaktır.

³³⁶ United Nations Conference on the Law Treaties, Vienna Convention on the Law Treaties, (adopted 23 May 1969- entry into force 27 January 1980), Vienna, UNTS 1155, Article 50; Hüseyin Pazarıcı, **a.g.e.**, s. 82

Sözleşmeye uygulanacak hukukun ulusal karakterinden ötürü ve *lex causae* olmadığı için yabancı yolsuzlukla mücadele yasaları uygulanamayacaktır. Yine de, işlem mahkeme nazarında esasen “ahlaka aykırı” niteliktedir, üçüncü devlet için ise, şüphesiz, ceza muhakemesini gerektiren bir vaka olacaktır. Bu sebeple, bahse konu işlemin yerel bir sözleşme olarak icrası, mahkemenin ahlaka aykırı sözleşmeleri- *contra bonos mores*- batıl kılan yasaları gereği reddedilecektir. Diğer bir deyişle mahkeme, üçüncü devletlerin ceza yasalarını ihlal etme niyetinde olan sözleşmeleri geçersiz kılmaktadır.

Örnek olayda, yabancı kamu hukuku (devlet ihale kanunu vs.) ne doğrudan bir “özel bağlantı” gözetilerek, ne de olayın esasına uygulanacak hukukun- *lex causae*- bir parçası olarak uygulanmamıştır. Hukuka veya ahlaka aykırı sözleşmelerin icrasını yasaklayan *lex fori* tasarrufunda sadece bir referans olarak kullanılmıştır. Yabancı yasaya göre hukuka aykırılık, ahlaka aykırılık veya imkansızlık gibi kavramların, ulusal mahkemeler önünde bu çerçevede yapılmış bir sözleşmenin geçerliliğine etkisi ülkeden ülkeye değişmektedir.

Joseph Story, “*Commentaries on the Conflict of Laws*” adlı eserinde, hiçbir ulusun bir diğerinin vergi kanunlarını korumak ya da dikkate almak gibi bir yükümlülüğü olmadığını, bunun “yerleşmiş bir ilke” olduğunu belirtmekteydi³³⁷. Günümüzde ihracatta öne çıkan devletlerin uygulaması bunun tam tersini işaret etmektedir. Devletler, ithalatçı devletin tarife yasalarını ihlal edecek şekilde ürün kaçakçılığı niyetiyle yapılan sözleşmelerin uygulamasını reddetmektedirler³³⁸.

Hukuki yaklaşımdaki bu değişim 20. yüzyılda başlayan, tarifelerde karşılıklı uyum ve işbirliği öngören hareketin bir sonucudur. Öte yandan, ihracatı vergilendirmede uyumlaştırma sürecinden doğan çıkar dayanışması, yabancı gümrük yasalarını ihlal eden ya da bunu amaçlayan ulusal sözleşmelerin reddedilmesinde tek

³³⁷ Story, **Commentaries on the Conflict of Laws**, s. 257

³³⁸ Celia Wasserstein- Fassberg, “The Role of Public Law in Private International Law”, **Israeli Reports to the XII International Congress of Comparative Law**, Ed. Steven S. Goldberg, Jerusalem : Harry Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, 1986, s. 104, 127, 130

sebepe değildir. *Foster* davasında³³⁹ İngiliz mahkemeleri, ABD'ye likör satışını düzenleyen bir sözleşmeden doğan hak iddialarını reddetmiş, böylelikle tarife dışı sebeplerle alkollü içeceklerin ithalatını yasaklayan bir Amerikan yasasına riayet etmiştir. Mahkeme, kararında, “dost bir yabancı devlette cürüm teşkil edecek şekilde çıkar elde etmeyi amaçlayan bir ortaklık kurmanın hukuka aykırı³⁴⁰” olduğuna hükmetmiştir. Başka bir örnek davada, mahkeme Hindistan elyafını Güney Afrika'ya satmayı amaçlayan İngiliz hukukuna tâbi sözleşmenin, Hindistan'ın bu ülkeye uyguladığı ambargoyu delmeyi hedeflediğine ve dolayısıyla batıl olduğuna karar vererek yabancı yasalara aykırı sözleşmelerin uygulanmaması yönündeki kuralı bir kez daha vurgulamıştır³⁴¹.

b. YABANCI DEVLETİN KAMU DÜZENİNE AYKIRI ve KONUSU İTİBARIYLA İMKANSIZ SÖZLEŞMELER

1962 yılındaki *Borax* davasında, biri satıcı diğeri de Doğu Bloku ülkesindeki nihai alıcı olmak üzere iki Alman vatandaşı, Amerika'dan temin edilecek ambargolu kimyasalın bir Doğu Bloku ülkesinde kullanılmak üzere ticareti amacıyla bir sözleşme düzenlemişlerdi³⁴². Taraflar, ambargolu malı temin etmek ve Amerikan otoritelerini yanıltmak için sahte nihai tüketici sertifikası da düzenlenmişler ancak aralarında çıkan anlaşmazlıktan ötürü Alman mahkemelerine başvurunca, mahkeme, sözleşmeyi, *contra bonos mores* ilkesi doğrultusunda batıl ilan etmiştir. Alman yasalarında bu işlemi (sahte evrak düzenleme hariç) yasaklayan bir kural bulunmadığı halde, Federal Yüksek Mahkeme, tarafların girişimini, “kendi maddi çıkarlarını toplumların özgürlük ve barış ihtiyacının üzerinde tutmak³⁴³” olarak

³³⁹ *Foster v. Driscoll and Others*, (1929) 1 K.B. 470

³⁴⁰ **A.e.**

³⁴¹ *Regazzoni v. K.C. Sethia (1944) Ltd.* (1956) 2 Q.B. 490

³⁴² *Borax* 34 BGHZ 169 (1960) (F.R.G)

³⁴³ *Borax* 34 BGHZ 177 (1960) (F.R.G)-24 Mayıs 1962 Bundesgerichtshof (BGH), 15 NJW 1436 (1962) (F.R.G.)

değerlendirmiştir. Alman mahkemeleri, Amerikan kamu düzenine aykırılığı bir referans noktası olarak almıştır.

Nigerian Cultural Property davası Almanya'daki örnek kararın pekişmesi ve sonuçları açısından oldukça önemlidir. Dava, Nijerya'dan Almanya'ya getirilecek Afrika maske ve figürlerinin sigorta poliçesi üzerinden ilerlemiştir³⁴⁴. Diğer başka argümanların yanı sıra, davalı taraf, ortada sigorta edilecek mal bulunmadığını zira işlemin *contra bonos mores* ve dolayısıyla batıl olduğunu ileri sürmüştür³⁴⁵. Mahkeme, işlemin hem Batı Avrupa hem de Nijerya'da geçerli iyi niyet ilkesini ihlal ettiğine hükmetmiş ve kararını iki uluslararası belge üzerine kurmuştur: UNESCO tarafından 1964 yılında benimsenen "*Recommendation on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Export, Import and Transfer of Ownership of Cultural Property*"³⁴⁶ ve yine UNESCO'nun 1970'teki Genel Konferansı'nda kuruldan geçen ve üyelerin onaylaması tavsiye edilen aynı adlı sözleşme³⁴⁷. Davanın karara bağlandığı 1972 yılında Nijerya, belirtilen sözleşmeyi onaylamış iken Federal Almanya henüz iç hukukundaki işlemleri tamamlamamıştı. Kültürel Varlıkların Korunması Sözleşmesi, bu kapsama giren malların menşe devletten izinsiz ihraç, ithal ve el değiştirmesini "kaçakçılık" olarak nitelendirmekteydi³⁴⁸. Her ne kadar Almanya o tarihte Sözleşme'yi onaylamamış olsa da, Federal Yüksek Mahkeme belirtilen belgelerin uluslararası toplumun temel inançlarını yansıttığına hükmedecekti. Her devletin kendi kültür mirasını koruma hakkı mevcuttu ve UNESCO'nun belirlediği ilkelere zıt eylem ve fiiller özendirilmemeliydi³⁴⁹. Mahkeme, kültürel varlıkların uluslararası ticaretinde mücamelenin korunması adına, menşe devletçe öngörülen engellemeleri ihlal eden uluslararası işlemlerin ivedilikle

³⁴⁴ Nigerian Cultural Property 59 BGHZ 83 (1972) (F.R.G)

³⁴⁵ A.e.

³⁴⁶ http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=13083&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (Çevrimiçi) 10 Nisan 2014

³⁴⁷ United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, "Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property", General Conference of United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization's 16th Session, (adopted 14 November 1970 – entry into force 24 April 1972), Paris, 823 UNTS 231 (Türkçe literatürde Kültürel Varlıkların Korunması 1970 UNESCO Sözleşmesi olarak anılmaktadır.)

³⁴⁸ a.g.e.

³⁴⁹ Nigerian Cultural Property 59 BGHZ 1 (1972) (F.R.G)

bozulması gerektiğini belirtmiştir³⁵⁰. Mahkeme, geçmişte de benzer kuralların mücemele gereği devletler arasında işbirliğini korumak adına uygulandığını ve bir devletin yasalarından kaçınarak, hile yoluyla yapılan sözleşmelerin geçerli kılınmasının iyi niyetle bağdaşmayacağına vurgu yapmıştır³⁵¹.

Sözleşmelerin yerine getirilmesinde sözleşme konusunun çeşitli sebeplerle imkansız hale gelmesi önemli bir engel teşkil etmektedir. Hem uluslararası hukuk hem de ticaret hukuku sözleşmelerinde, beklenmedik bir anda ortaya çıkan imkansızlık, sözleşmenin yerine getirilmemesi, yükümlülüğün ertelenmesi veya sözleşmesel yükümlülüklerin topyekûn ortadan kalkması için geçerli bir sebep kabul edilir³⁵². Örneğin, sözleşmeye uygulanacak hukuka bakılmaksızın, sözleşmenin gerçekleştirileceği yerde sözleşmenin yapılmasından sonra yürürlüğe giren bir ambargo kararı, tüm uluslararası anlaşmalarda ve sözleşmelerde özellikle bahsedilmese bile, mücbir sebep olarak da anılan “beklenmedik anda ortaya çıkan imkansızlık” ya da “anlaşmanın uygulanmasını olanaksız kılan durumlar” olarak tanımlanmaktadır³⁵³.

Sözleşmenin uygulanmasında olanaksızlık, tarafların, kendi müdahaleleri olmadan, yükümlülüklerini yerine getiremeyecek durumda olmaları veya sözleşme konusunun ortadan kalkması gibi farklı farklı nedenlerden ötürü ortaya çıkabilmektedir³⁵⁴. Bazı durumlarda sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğün hukuka uygun olarak yerine getirilemeyecek olması, diğer bir deyişle sözleşme yükümlülüğü yerine getirilirse hukuk kurallarına aykırı bir sonuç ortaya çıkması olanaksızlık nedeni sayılmıştır. Yabancı kamu hukukuna aykırı şekilde düzenlenmiş bir sözleşmeden kaynaklanan haklar ulusal mahkemeler önünde dava konusu olabilir

³⁵⁰ A.e.

³⁵¹ A.e.

³⁵² United Nations Commissions on the International Trade Law- UNCITRAL, “UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods- Vienna Convention”, (adopted 11 April 1980- entry into 1 January 1988), Vienna, S.Treaty Document Number 98-9 (1984), UN Document Number A/CONF 97/19, UNTS 1489, Article 79 Paragraph 1; John O. Honnold, **Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention**, The Hague- The Netherlands, Kluwer Law International, 1999, s. 472- 495

³⁵³ United Nations Conference on the Law Treaties, Vienna Convention on the Law Treaties, (adopted 23 May 1969- entry into force 27 January 1980), Vienna, UNTS 1155, Article 61

³⁵⁴ Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk**, s. 100- 101

mi, yanıtlanması gereken sorulardan biri de budur. Genelde bu soru ve sorun, taraflardan birinin yabancı olduğu emlak satış sözleşmelerinde ortaya çıkmaktadır. Bilindiği üzere devletler, yabancılara gayrimenkul satışına bazı kısıtlamalar getirmişlerdir. Örneğin ABD’de mahkemeler, birörnek uygulama ile, Meksika’nın yasaklanmış bölgelerinden³⁵⁵ emlak alımını düzenleyen sözleşmelere ilişkin davalarda, bu sözleşmelerin uygulanması olanaksız olduğu için sözleşmeleri geçersiz ilan etmektedirler. Diğer bir deyişle Amerikan mahkemeleri, belirtilen sözleşmeleri geçersiz ilan ederken Meksika kamu hukukunun en temel alandaki yasalarından alıntı yapmakta ve bu yasalara etki doğurmaktadırlar³⁵⁶.

B. YABANCI KAMU HUKUKUNUN ÖNMESELE OLARAK UYGULANMASI

Uluslararası özel hukukta önmeşele, *lex causae*’nın ne olduğuna yani uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuka karar vermeden önce ve onun dayanağı olarak, mahkemenin kanunlar ihtilafı kurallarını uygulama sürecinde ortaya çıkan sorulardır³⁵⁷. Diğer bir deyişle önmeşele, mahkeme önündeki esas mesele ile alakalı olarak ortaya çıkan ve çözümü bu mesele hakkında verilecek kararı etkileyecek olan bir takım yasal hususlardır³⁵⁸. Örneğin, vatandaşı oldukları ülkenin sınırları dışında evlenenlerde, eşlerden birinin ölümü halinde ileride doğacak miras ihtilafının çözümü önce bu evliliğin vatandaşlık bağıyla bağlı oldukları devletin yasalarına göre geçerli olup olmadığına bağlıdır. Burada evliliğin geçerli olup olmadığı sorusu önmeşeleyi oluşturmaktadır. Esas meseleler ise, diğer taraftan, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuktan- *lex causae*- doğarlar; örneğin, yabancı devletin vasiyetname

³⁵⁵ Kısa bir zaman öncesine kadar Meksika yasalarına göre, bu ülkenin sahil ve sınır bölgelerinden sadece Meksika vatandaşları gayrimenkul alımı yapabilmekteydi. Günümüzde bu kısıtlamalar bir ölçü de olsa gevşetilmiştir. <http://www.timothyrealestategroup.com/Puerto-Vallarta-Real-Estate-Sales/Buying-Property-in-Mexico.html> (Çevrimiçi) 26 Mayıs 2013; <http://www.topmexicorealestate.com/faq-general.php#Q3> (Çevrimiçi) 26 Mayıs 2013

³⁵⁶ Wong v. Tenneco, Inc., (1985) 39 Cal. 3d 126 (216 Cal. Rptr 412, 702 P.2d 570); Stockton v. Ortiz, 47 Cal. App. 3d 183 (1975) 120 Cal. Rptr. 456

³⁵⁷ Wilhelm Wengler, “The Law Applicable to Preliminary (Incidental) Questions”, **International Encyclopedia of Comparative Law**, Ed. Kurt Lipstein, Volume III- Private International Law, Chapter 7, Tübingen, J.C.B.Mohr (Paul Siebeck), 1987, s. 3- 4

³⁵⁸ A.e. Ayrıca; Aysel Çelikel, **Milletlerarası Özel Hukuk**; İstanbul, Beta Yayınevi, 2012, s. 138

bırakmamış ve hiç mirasçısı olmayan vatandaşının yurtdışındaki menkul ve gayrimenkullerinde hak iddia etmesi gibi.

1. LEX FORİ'NİN UYGULANMASINDA YABANCI YASALARIN ROLÜ

Yabancı unsurlu uyuşmazlığa uygulanacak *lex fori* olduğu halde, mahkemenin uyuşmazlığı tüm yönleri ile çözebilmek için yabancı kamu hukukundan ya da özel hukuktan yardımcı bir veri olarak yararlanabileceğine yukarıda değinilmişti. Benzer şekilde, uyuşmazlığın çözümüne uygulanacak hukuk yine *lex fori* olduğu halde bunun tespiti için, yani önmelele olarak yabancı yasanın uygulanması gerekebilir. Önmelele olarak uygulanan yabancı yasa zaman zaman kamu hukuku da olabilir. Söz konusu yabancı yasanın önmelele olarak uygulanması olduğunda, yasanın kamu hukuku kapsamında bulunmasının herhangi bir tartışmaya sebep olmadığı, devletlerin ve mahkemelerinin yabancı kamu hukukunun önmelele olarak uygulanmasına çekince koymadıkları görülmektedir.

21. yüzyıl uluslararası sisteminde devletler, hukuk devletinin gereği biraz da iletişim çağının itici gücü ile, resmi temsilcilerinin, görevlilerinin, memurlarının yanlış işlem ve eylemlerinden doğan durumlarda sorumluluğu kabul etmek durumunda kalmaktadırlar. Zarar gören tarafın/ davacının bir başka devletin vatandaşı olması halinde sorumluluğun kabulü ve yerine getirilmesi sıklıkla mütekabiliyet esasına bağlanmaktadır. Mütekabiliyetin hukuken tespit edilebildiği durumlarda (devletler arasında bir protokol aracılığı ile bu alanda mütekabiliyetin uygulanacağını imza altına alınmış olması halinde), mahkemenin davacının uyrukluğunu taşıdığı devletin de, pratikte de, mahkeme devletinin bir vatandaşının aynı tipte bir davayı açmasına izin verip vermediğini tespit etmesi gerekmektedir³⁵⁹. Mütekabiliyet esasına başka alanlarda da, örneğin yabancılara ve yabancı şirketlere verilecek devlet hibe ve lisansları- izinleri söz konusu olduğunda da, aranmaktadır.

³⁵⁹ Nippon Hodo Company v. United States, No. 479- 54, 160 F. Supp. 501 (1958)

Bu tarz örneklerde, mahkemenin kamu hukuku yasası yabancılara tanıyacağı bir hak için, söz konusu yabancılardan uyruğunda buldukları devlette aynı hakkın kendi vatandaşlarına da tanınmasını şart koşmaktadır. Devletleri bu şartı sağlayan A devleti vatandaşları, mahkeme devletinin kamu hukuku yasalarından kaynaklanan hakları kullanabilmektedirler. Burada yabancı kamu hukuku yasasının, mahkeme devletinin vatandaşlarına karşılık gelen hakkı tanıyıp tanımadığı sorusu önemeyleyi oluşturmaktadır.

Benzer bir başka örnekte, uluslararası özel hukuk literatüründe oldukça yankı bulan *Phillips v. Eyre* davasında mahkeme, yurtdışında işlenen bir fiil hakkında İngiltere’de dava açılabilmesi için, “suçun İngiltere’de işlenmesi halinde de dava konusu olabilmesi” ve “işlendiği yer yasalarına göre meşru kabul edilmemesi gerekmektedir” demiştir³⁶⁰. Günümüzde ceza meselelerinde işbirliği anlaşmalarının temelini de bu şartlar oluşturmaktadır. Davada, davalı Edward John Eyre, Jamaika valisi olduğu dönemde, yerel bir isyanı sıkıyönetim ilan ederek ve şiddet önlemleri ile bastırılmış, bu esnada en az bir infaz ve pek çok tutuklama gerçekleştiği kayıtlara geçmiştir³⁶¹. Olaylar İngiltere’de protestolarla ve valinin görevden alınması talebi ile karşılanmış ancak Jamaika Halk Meclisi Vali Eyre görevden alınmadan hemen önce bir “Muafiyet Yasası” çıkartmayı başarmıştır. Muafiyet Yasası, Vali Eyre’in 1866’daki isyanı bastırırken gerçekleştirdiği tüm hukuk dışı eylemlerinden doğacak sorumluluğunu ortadan kaldırmayı amaçlamaktaydı³⁶². Albert Dicey’nin de üyesi olduğu olayı soruşturmakla görevli Jamaika Komitesi’nin ısrarı üzerine, Vali Eyre, İngiltere’de, cinayete suçlanmış fakat beraat etmiştir³⁶³. Akabinde, Eyre’in Jamaika’daki tasarruflarından doğrudan etkilenmiş bir gerçek kişi, Phillips, eski valiye Jamaika’da haksız yere hapis yatmasını emrettiği için tazminat davası açmıştır. Dava konusu işlem *lex loci delicti* kuralı gereği Jamaika Yasası’na göre (Muafiyet Yasası) dava konusu edilemeyeceğinden iddianame reddedilmiştir.

³⁶⁰ Phillips v. Eyre (1870) LR 6 Q.B. 1

³⁶¹ A.e.

³⁶² Albert Dicey, **A Digest of the Laws of England with Reference to the Conflict of Laws**, Ed. John B. Moore, London, Stevens: Sweet& Maxwell, 1908, s. 38- 39, 646- 647, 714 (Çevrimiçi) E-book <https://archive.org/stream/cu31924021666445#page/n807/mode/2up/search/eyre> 8 Ocak 2013

³⁶³ Bernard Semmel, **The Governor Eyre Controversy**, London, Macgibbon& Kee, 1962, s. 117, 142, 167- 169

Mahkeme, bu kararı ile, aynı ceza veya vergi yasaları gibi tamamen kamusal nitelikli bir yasayı dikkate almakta ve davanın sonucunu etkilemesine izin vermektedir. Burada dava konusu eylemin yabancı devletin yasalarına göre dava edilebilir olup olmadığının tespiti önmeleleyi oluşturmaktadır. Gerekçeli kararda, değerlendirmeye alınan yabancı yasanın, kamu hukuku niteliğinde olmasının, mahkeme önündeki uyuşmazlığa konu olan ilişki veya eylemin doğru değerlendirilmesi adına göz ardı edilebileceği belirtilmiştir³⁶⁴.

2. YABANCI YASANIN TESPİTİNDE YABANCI KAMU HUKUKUNUN ÖNMESELE OLARAK ROLÜ

Yabancı unsurlu uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak olan hukukun yabancı devlet hukuku olması, bunun tespitinde önmelele olarak yabancı yasanın uygulanması olasılığını oldukça arttırmaktadır. Uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun niteliğine, kamu hukuku mu özel hukuk mu, bakılmaksızın, onun tespitinde önmelele olarak uygulanacak hukukun yabancı kamu hukuku olması herhangi bir soruna sebep olmamakta, mahkemelerin yabancı kamu hukukunu önmelele olarak uygulamada herhangi bir çekinceleri olmadığı, yasama ve yürütme organları seviyesinde de buna engel herhangi bir politika bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Yabancı unsurlu uyuşmazlıkların çözümünde kullanılan kanunlar ihtilafi kuralları, uyuşmazlıkların bir sistematik ve standart yaklaşım içerisinde çözülmesini sağlayabilmek için bazı klasik kavramlardan yararlanmaktadır. Bunlardan biri bağlama konusu ve diğeri ise bağlama noktasıdır. Bağlama konusu, mahkemenin çözmesi gereken yabancı unsurlu uyuşmazlığın, hukuki ihtilafın kendisidir. Bağlama noktası ise, yabancı unsurlu uyuşmazlığı belirli bir devletin hukukuna bağlayan maddi vakialardır. Örneğin miras ile ilgili maddi hukuka ilişkin sorunlar, mahkemenin çözümlemesi gereken ihtilafın kendisini yani bağlama konusunu; ölenin ulusal hukuku ise, miras bırakarak ölen kişinin vatandaşı olduğu devletin yasalarını

³⁶⁴ Phillips v. Eyre (1870) LR 6 Q.B. 1

yani maddi bir vakıayı- bağlama noktasını oluşturmaktadır³⁶⁵. Yabancı kamu hukukunun önemele olarak uygulanmasına ve dolayısıyla da bağlama noktasını teşkil etmesine en temel örnek de, mahkemenin, yabancı yasanın uygulanmasında, yabancı yasa tarafından düzenlenen bir kamu hukuku ilişkisinin varlığını şart olarak ileri süren kanunlar ihtilafı kuralı ve bu kuralın gereğinin yerine getirilmesidir. *Lex patriae*- vatandaşlık hukuku- yabancı kamu hukukunun bağlama noktası olarak kullanılmasına en tipik örnek olarak verilebilir. Pek çok ülkenin kanunlar ihtilafı sisteminin bu kuralı takip etmesinin yanı sıra, Uluslararası Hukuk Enstitüsü 1987 yılında uyruklu ve ikamete ilişkin uluslararası uyuşmazlıklarda ortak prensiplerin önemine vurgu yapmıştır³⁶⁶.

Örneğin İsviçre’de, uyruklu ilkesi kanunlar ihtilafı kurallarında çok fazla önem taşımasa da, diğer bir deyişle uyuşmazlıkların çözümünde bireyin kişisel hukukuna pek fazla başvurulmasa da, 1987 tarihli İsviçre Uluslararası Özel Hukuk Yasası’nın 22. maddesi, bir gerçek kişinin uyrukluğunun söz konusu devletin yasaları tarafından belirlenmesi dolayısıyla yabancı yasanın ulusal mahkemeler önünde uygulanmasının evrensel bir kabul olduğuna işaret etmiştir. Bunun sonucu olarak mahkeme, yabancı uyruklu/ vatandaşlık kriterini her kullandığında, kaçınılmaz olarak, başka bir devletin kamu hukukunu bağlama noktası olarak uygulayacaktır. *Oppenheimer v. Cattermole* davasında vurgulandığı üzere³⁶⁷, mahkemenin bağlama noktası ile yabancı vatandaşlık hukukunu işaret etmesi, uyruklu söz konusu olan devletin anayasa hukuku ve ilgili diğer tüm kamu hukuku düzeninin de kapsama alınması anlamına gelmektedir.

Öte yandan, mahkemenin kanunlar ihtilafı kuralları mutad mesken ya da şirketin kuruluş yeri, sermayenin kaynağı gibi bağlama noktaları ile başka bir devletin yasalarını işaret ettiğinde, şirketler hukuku ya da medeni kanun gibi özel bir yabancı yasa incelenmeden önce, o devletin anayasal sistemine referansta bulunmak

³⁶⁵ Çelikel, **Milletlerarası Özel Hukuk**, s. 63

³⁶⁶ The Institute of International Law -Institut de Droit International, “The Duality of the Nationality Principle and the Domicile Principle in International Law”, Fifteenth Commission, Rapporteur: Mr. Yvon Loussauorn, Session of Cairo- 1987, 19 September 1987

³⁶⁷ *Oppenheimer v. Cattermole*, (1976) App. Cas. 249 (H.L. 1975)

ihtiyacı doğabilir. Özellikle yasaları uygulanacak olan devlet kısmen otonom farklı alt yerel birimlerden, eyaletlerden, kantonlardan vs. oluşuyorsa, üst hukuk olarak anayasal sistemin incelenmesi daha da olası ve gerekli hale gelecektir. Anglo-Amerikan sistemini benimsemiş ülkelerde (İngiltere, ABD, Kanada gibi), farklı devletlerin birbirlerinin federal sistemleri ve federe devletlerin yerel yasaları hakkındaki farkındalığı daha fazla iken, Kıta Avrupası'nda devletlerin siyasal örgütlenme biçimine bakılmaksızın anayasal sistemini inceleme ihtiyacı duyduğu gözlemlenmektedir³⁶⁸. Yasası uygulanacak devlet, görece otonom yasal sistemlere sahip yerel birimlerden oluşan bir devlet olduğunda değerlendirilecek yasal mevzuat daha da artmaktadır. Devletlerin anayasal sistemleri basit bir hukuk dili ile ve uluslararası değerlere uygun olarak düzenlendikçe, bahse konu incelemelerden kaynaklanacak ihtilaflar da azalacak ve nihayetinde ortadan kalkacaktır.

Uygulanacak yabancı yasanın kendi ülkesinin anayasa hukuku nezdinde geçersizliği bir başka tartışma konusudur. 1940 yılında Meksika'nın Tamaulipas eyaleti evliliğin resmi olarak geçerli olabilmesi için sadece tarafların bu yöndeki açık rızasının yeterli olduğunu belirten hükmü medeni kanununda değişiklik yaparak yürürlüğe sokmuştur³⁶⁹. Meksika'da şirketler hukuku dahil tüm ticaret hukuku yasaları federal yasa ve tüm ülkede bir örnekken, özel hukuk yasaları eyaletlerin takdirine bırakılmış ancak sınırları da federal anayasa ile belirlenmiştir. Normal şartlar altında, Meksika eyaletlerinin yetki alanında olan "Tamaulipas Yasası", Meksika Yüksek Mahkemesi'nce, "evliliğin resmi görevlilerin münhasır yetkisine tâbi ve anayasal garanti altında bir medeni sözleşme olduğu" vurgulanarak, Tamaulipas yasasının bu anayasal hükmü ihlal ettiği gerekçesi ile anayasaya aykırı bulunmuştur³⁷⁰. Tamaulipas Yasası'nın hem ülke içinde hem de dışında yarattığı sorunlar, Meksika'da geriye yürüyen ve evliliğin resmi görevliler önünde gerçekleştirilecek hukuki bir tören ile resmileştirilmesini öngören federal düzeyde yeni bir medeni kanun çıkartılmasına sebep olmuştur. Bu yeni gelişmeden sonra, artık gayri resmi hale gelen Tamaulipas evliliklerinin statüsü, bu evlilikleri

³⁶⁸ Lawrence Collins vd., **Dicey, Morris, Collins: The Conflict of Laws**, s. 736- 737

³⁶⁹ Matter of Hernandez in Visa Petition Proceedings, Interim Decision #2050, A- 19125723, Decided by Board June 26, 1970, s. 586

³⁷⁰ A.e.

gerçekleştirenler ülke dışına çıktığında sorun olmaya devam etmiştir³⁷¹. Özellikle ABD gibi evliliğin vatandaşlık kazanımını sağladığı devletlerde, yabancı yasanın yine kendi anayasa hükümleri ile çelişmesinden doğan ihtilaflar mahkemelere taşınmıştır³⁷².

Anayasallık sorusunda, temel meseleyi mahkemenin yabancı anayasal sistemi doğru okuması oluşturmaktadır. Şüphesiz mahkemenin bu görevi, onun hukuken çizilmiş görev tanım ve sınırlarını aşmaktadır. Eğer mahkemenin önündeki uyuşmazlığa konu yabancı yasa hakkında, yetkili bir yabancı mahkeme anayasaya uygunluk konusunda henüz doğrudan karara varmadıysa, ulusal mahkemenin böyle bir değerlendirmeyi ilk yapan yer olmakta zorlanacağı, belki de çekimser davranacağı açıktır. Uluslararası hukuk literatürünü oldukça etkileyen “*Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*” davasında da tespit edildiği üzere, yabancı devlet görevlisinin, bir devletin yasalarına uygun olarak gerçekleştirdiği bir tasarrufunun geçerliliğini değerlendirmesi sadece son derece zor değil, aynı zamanda devletler arasındaki dostane ilişkileri de hızla bozabilecek bir davranıştır³⁷³. Diğer taraftan yetkili yabancı mahkeme, uyuşmazlığı çözmekte kullanılacak yabancı yasanın geçerliliği hakkında bir hükme varmışsa, kendi ülkesinde emsal teşkil edebilecek olmasından bağımsız olarak, mahkeme kararı, diğer devletlerin mahkemeleri önünde yabancı yasanın geçerliliğine ilişkin yegane değerlendirme olarak kabul edilecektir.

3. YABANCI KAMU HUKUKUNUN YABANCI ÖZEL HUKUKA YARDIMCI NORM OLARAK UYGULANMASI

Kanunlar ihtilafı kuralları genelde, haksız fiilin gerçekleştiği yer, gayrimenkulün yeri, gerçek kişinin uyrukluğu ya da ikamet ettiği yer veya sözleşmeye uygulanacak hukukun taraflarca önceden tespit edilmesi gibi bağlama

³⁷¹ Hans W. Baade, “Marriage and Divorce in American Conflicts Law: Governmental Interests Analysis and the Restatement (Second)”, *Columbia Law Review*, Volume 72, No 2, 1972, s. 329, 371- 372

³⁷² Matter of Hernandez in Deportation Proceedings, Interim Decision #2267, A- 18950852, Decided by Board March 5, 1972 and Ocotber 2, 1973, Decided by Attorney General March 7, 1974

³⁷³ *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398 (1964)

noktaları ile belli devletlerin yasalarını işaret ederler. Amaç, mahkeme önüne gelmiş yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıklarını yabancı yasanın yardımı ile çözüme kavuşturmaktır.

Bazen yabancı kamu hukukunun herhangi bir vakada uygulanması sorunu, mahkeme devletinin kanunlar ihtilafı kurallarının işaret ettiği yabancı yasal sistemin bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır. Özel hukuk alanındaki bir ilişkiyi düzenlemek, bir uyuşmazlığı çözmek amacıyla yabancı kamu hukuku yasalarının uygulanması sorun oluşturmamakta, örneğin, yabancı devletin otoyolunda hız sınırının tespit edilmesi gerektiğinde elbette doğrudan yabancı devletin trafik kanuna bakılmakta, özel bir ilişki veya ilişkinin niteliği tespit edilmeye çalışıldığında uyuşmazlığa uygulanacak yasanın kamu hukuku niteliği göz ardı edilmektedir.

Yabancı kamu hukukunun, bir tarafının egemen olmasından kaynaklanan düzenleyici ve müdahaleci özelliği, özel hukuk yasalarına yardımcı bir norm olarak uyuşmazlığa uygulanıyor olsalar da, ulusal mahkemeler önünde zaman zaman tereddütle karşılanmalarına neden olabilir. Yabancı kamu hukuku yasalarının aynı özel hukuk yasalarında olduğu gibi bir düzen içerisinde uygulanması veya uygulanmaması, yabancı kamu hukuku için ayrıca kanunlar ihtilafı kuralları benimsenmesi, yabancı unsurlu hukuki ilişki ve işlemlerde sonucun önceden bilinmesi açısından önem taşımaktadır. Ancak devletlerin pratiklerinde bir sistem içerisinde uygulama bir yana dursun, tek tek vakalarda yardımcı norm olarak dahi yabancı kamu hukuku yasaları bertaraf edilmeye çalışılmaktadır. Günümüzde bu “direniş” bir nebze de olsa terk edilmiş, yabancı kamu hukukunun ulusal mahkemeler önünde etki doğurmasının ilk örnekleri özellikle millileştirme ve döviz kontrol yasaları ile verilmiştir. Aşağıda ayrıntılı olarak değinileceği üzere, bu örneklere özel uygulamalar ağırlık kazanmaktadır.

Devletlerin özellikle uluslararası ticaretin gereklerinden ötürü yabancı kamu hukuku yasalarına yaklaşımlarını bir nebze de olsa esnetmeleri 1975’te Uluslararası Hukuk Enstitüsü tarafından da bir açıklama ile desteklenmiştir. Enstitü’nün Eski Başkanı Pierre Lalive raporunda; “mahkemenin kanunlar ihtilafı kuralları tarafından

işaret edilen yabancı hukukun kamu hukuku özellikleri taşıması onun uygulanmasında bir engel teşkil etmez; her yabancı yasa gibi anılan hüküm de (elbette) mahkeme devletinin kamu düzeni çekincesine tâbiidir³⁷⁴”diyerek, kamu hukuku yasalarının ülke dışında uygulanmamasının kesin ve yerleşmiş bir kural olmadığını bir kez daha vurgulamıştır. Enstitü’nün açtığı yolu yasalaştıran devletler de olmuştur. Bundan 13 yıl sonra İsviçre Federal Yasası, Uluslararası Hukuk Enstitüsü’nün attığı adımı izleyerek, “yabancı yasanın bir hükmü sadece kamu hukuku niteliği taşıdığı için dava dışında bırakılamaz³⁷⁵” diyecekti. Uluslararası Hukuk Enstitüsü’nün kararında olduğu gibi, İsviçre yasası da kamu düzeni çekincesini her zaman saklı tutmaktadır³⁷⁶.

Gelişmeler ışığında yabancı kamu hukuku niteliğindeki yasanın genel geçer bir kuralla değil ama vaka bazında ve *lex causae*’nin yardımcı bir unsuru olarak, mahkeme devletinin kamu düzeni izin verdiği sürece, uygulanması yönünde artan konsensüsün varlığından söz edilebilir. Öte yandan, yabancı millileştirme tasarrufları ve döviz kontrol yasaları ayrı bir statüde ve ayrı bir analizle değerlendirilmektedir. Aşağıda ilk olarak bu konu incelenecektir.

4. YABANCI MİLLİLEŞTİRME TASARRUFLARININ UYGULANMASI

Bir menkul ya da gayrimenkulün zilyetliğine ilişkin uyuşmazlıklarda, uygulamanın, hem geleneksel hem de modern teorinin kabul ettiği temel kanunlar ihtilafı kuralı *lex rei sitae*- uyuşmazlığa malın bulunduğu yer hukuku uygulanır ilkesidir. Malın bulunduğu yer yasalarına göre uygun olarak elde edilmiş zilyetlik, normal şartlar altında mahkeme tarafından tanınacaktır. Kural, genelde, kazandırıcı

³⁷⁴ The Institute of International Law- Institut de Droit International, “The Application of Foreign Public Law”, Twentieth Commission, Rapporteur: Mr. Pierre Lalive, Session of Wiesbaden- 1975, 11 August 1975

³⁷⁵ Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht art. 13 1988 Systematische Sammlung des Bundesrechts

³⁷⁶ A.e.

zamanaşımı gibi zilyetliğin özel işlemlerle kazanımını da kapsamaktadır. Ancak 1917 Bolşevik Devrimi'nden bu yana Avrupa mahkemeleri sıklıkla yabancı devletlerin millileştirme tasarrufları sonrası el değiştiren malın yeni sahibi ile ilk sahibi arasındaki uyuşmazlıklara rastlamaktadırlar. Devletlerin böyle tasarrufları ile elde edilmiş zilyetliklere karşı diğer ülkelerde pek çok dava açılmıştır. Öyle ki Sovyetler Birliği'nin (o zamanki adı ile Rusya Cumhuriyeti'nin) 1918, Meksika'nın 1938, Doğu Avrupa'da çeşitli devletler 1946- 1948, İran'ın 1951, Endonezya'nın 1958, Küba'nın 1959 ve Libya'nın 1971- 1973 yılları arasında gerçekleştirdiği millileştirmeler hakkında oldukça kapsamlı bir içtihat oluşmuş, bu çerçevede açılan davalar da "takip davası"³⁷⁷ adı ile anılmaya başlanmıştır.

Takip davalarında, davacı malın gerçek sahibi olduğu iddiasındadır. Davalı ise malı, millileştiren devletten satın almış ya da edinmiştir. Bu davalarda, iki koşulun sağlanması halinde davalının davayı kazanacağı kabul edilebilir; 1) mahkemenin *lex rei sitae* kuralı ile bağlandığı yabancı devlet yasası aynı devletin kamu hukuku niteliğindeki millileştirme tasarrufları ile doğrudan bağlantılı ise, 2) bahse konu yasanın uygulanması mahkeme devletinin kamu düzeni ile çelişmiyorsa³⁷⁸. Aşağıda ilk durum çerçevesinde takip eden davalarda yabancı kamu hukuku yasalarının etkileri incelenecektir.

a. ÜLKESELLİK İLKESİ

Yabancı millileştirme tasarruflarının ülke dışındaki etkisi geçmişten günümüze bir soru işareti olmuştur. Hakim tezlerden biri de, millileştirmenin sadece ve tamamen ülke toprağı ile sınırlı olduğu ve alım esnasında kamulaştırılan devletin sınırları içerisinde yer alan malları kapsadığıdır. Örneğin, Irak Cumhuriyeti'nin Kral'ın mallarını millileştiren işlemi, New York- ABD'deki banka mevduat

³⁷⁷ Maureen Sornarajah, *The Pursuit of Nationalized Property*, Dordrecht- The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1986, s. 242- 300

³⁷⁸ A.e.

hesaplarına kadar uzanamamıştır³⁷⁹. Ancak bu, millileştirmenin sınırını Irak ülkesi ile çizen ülkesellik prensibinin bir gereği değil, New York eyaleti kanunlar ihtilafı kurallarının New York'taki mevduat hesapları için *lex rei sitae* ilkesi gereği New York yasalarını işaret etmesinin bir sonucudur. Aksini iddia eden, Irak millileştirme tasarrufunun ülke dışında bulunan kraliyet mallarını da kapsamasını ve New York eyaleti kanunlar ihtilafı kurallarının bu tasarrufun sınır aşan etkisini tanımamasını yasaklayan bir yerleşmiş uluslararası kural mevcut değildir. Burada sonuç malları millileştirmeyi düzenleyen özel bir ülkesellik kuralı ile değil, basitçe mallar üzerinde mahkeme devletinin *lex rei sitae* kuralını işletmesi ile elde edilmektedir.

Yabancı millileştirme işlemlerini tersten değerlendiren bir örneğe de İngiltere'de rastlanmıştır. Romanov ailesinin tasarrufun gerçekleştiği zaman Rusya'da bulunan mücevherlerini Sovyet yönetimi millileştirmiş, bu işlem daha sonra İngiliz mahkemelerinde açılan bir davada tanınmıştır. Zilyetliğin transferinin İngiliz mahkemelerince tanınması ile davalı (Sovyetlerden mücevheri satın alan), davacının (Rus hanedan üyesi) malın iadesine ilişkin açtığı davayı kazanmıştır³⁸⁰. New York'taki dava ile İngiltere'deki davanın sonuçları açısından farkı doktrinde, ülke içinde gerçekleşen millileştirme tasarruflarının, ülke dışına uzananlara kıyasla başka devletlerce tanınmaya daha müsait olduğu yorumlarını da beraberinde getirmiştir. İngiltere'deki davada da aslında sonuç yine mahkeme devletinin *lex rei sitae* kuralını işaret etmesi ile sağlanmaktadır. *Lex rei sitae* kuralı, hakkın elde edildiği transferin gerçekleştiği zaman mallar neredeyse oranın yasalarının uygulanmasını öngörmektedir. *Princess Olga Paley v. Weisz* davasında, millileştirmenin uygulandığı dönemde yürürlükte olan Sovyet yasası, mahkemenin kamu düzeni ile de uyumlu olduğundan, uyuşmazlığa uygulanabilmiştir.

³⁷⁹ Republic of Iraq v. First National City Bank, 353 F.2d 47 (2d Cir. 1965)- 382 U.S. 1027 (1966)

³⁸⁰ Princess Paley Olga v. Weisz,(1929) 1 K.B. 718 (C.A.)

b. HÜKÜMET TASARRUFLARI/ *ACT-OF-STATE* DOKTRİNİ

Basit bir anlatımla, hükümet tasarrufları doktrininin temeli, yabancı kamu hukuku yasalarına, yabancı özel hukuk yasalarından daha fazla saygı gösterilmesidir. Klasik olarak bu doktrine göre, “bir devletin mahkemeleri diğer bir devletin hükümetinin kendi ülkesinde gerçekleştirdiği tasarrufları hukuken değerlendirmeye tâbi tutamaz³⁸¹.” Hükümet tasarrufları doktrini ilk kez ABD’de yabancı ülkesel millileştirme tasarruflarının hukuken tanınmasını desteklemek için geliştirilmiş ve İngiltere’de de belirli bir kapsamda benimsenmiştir. Hükümet tasarrufları doktrini ile özel olarak amaçlanan, yabancı devlet tasarrufunun mahkemenin kamu düzeni ile uyumuna ilişkin olarak değerlendirilme ve incelenme ihtimalini ekarte etmektir³⁸². Aksine iddialar bulunmasına rağmen, *act-of-state* doktrininin uluslararası hukuk tarafından emredilmemektedir, bu yerleşmiş bir uluslararası hukuk kuralı değildir. Öte yandan bu doktrin, kamu hukukunun kapsamına giren uyuşmazlıklara ilişkin olarak geliştirilen bir özel kanunlar ihtilafı kuralı olarak nitelendirilebilir. *Act- of- state* doktrininin uygulanmasından doğacak sonuçların mahkeme devletinin vatandaşlarına veya kuruluşlarına zarar vermesi durumunda yine de bu kuralın uluslararası hukuk ile uyumu tartışılmamış zira mahkeme devletinin kendi vatandaşlarına bu alanda sağlayacağı diplomatik koruma da hiçbir şekilde uluslararası hukuk tarafından sınırlandırılmamıştır. Benzer sebeplerden ötürü, yine bir devletin kendi vatandaşlarının mallarını millileştirmesi veya kamulaştırması uluslararası hukukun müdahale alanına girmemektedir³⁸³.

F.A.Mann’a göre, üçüncü bir devletin vatandaşlarının veya şirketlerinin mallarının millileştirilmesinin *act- of- state* doktrini aracılığı ile mahkeme devletince tanınması, mahkeme devletinin söz konusu üçüncü devlete karşı uluslararası

³⁸¹ Underhill v. Hernandez, 168 U.S. 250 (1897)

³⁸² Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino, 376 U.S. 398 (1964)

³⁸³ Case of Lithgow and Others v. United Kingdom, ECHR, Application 9006/ 80; 9262/ 81; 9263/ 81; 9265/ 81; 9266/ 81; 9313/ 81; 9405/ 81, Strasbourg, 8 July 1986

hukuktan doğan yükümlülüklerinin ihlali anlamına gelebilecektir³⁸⁴. Diğer taraftan devletlerin uygulamaları aksi yönde bir değerlendirmeyi işaret etmektedir. Devletler arasında genel teamül, yabancı ülkesel millileştirme işlemlerinin *act- of- state* doktrini aracılığıyla veya *lex rei sitae* kuralı ile tanınmasında serbestlik ilkesinin uygulanmasıdır.

Sabbatino davasında, ABD vatandaşlarının mülkiyet haklarını ellerinden alan Küba ülkesel millileştirme emrinin *act- of- state* doktrinine uyum dolayısıyla ABD mahkemelerince tanınması ülkede tepkilere neden olmuş, mahkeme kararı, uluslararası hukuka aykırı bir tasarruf olarak değerlendirilmiştir³⁸⁵. Mahkemenin kendi kamu düzenini başka bir ülkeye tâbi kılması kabul edilemez olarak nitelendirilmiş, *act- of- state* doktrini çıkartılan bir yasa ile iç hukuk ve kamuoyu açısından daha ılımlı bir hale getirilmiştir. Çıkartılan yasada, *act- of- state* doktrinine bağlı olarak çıkacak mahkeme kararlarının uluslararası hukuk ilkelerine uygun olarak verilmesi gerekliliği açıkça vurgulanmıştır. Bir mal üzerinde mülkiyet hakkı veya herhangi başka bir hak iddia eden yabancı bir devlet dahil tüm taraflar, bu haklarını, eğer malın orijinal sahibinden alımına sebep olan millileştirme tasarrufu uluslararası hukukun ilkeleri ile uyumlu değilse Amerikan mahkemeleri önünde arayamayacaklardır³⁸⁶. Başka bir deyişle ABD, uluslararası hukuka aykırı olarak elde edilmiş mülkiyet haklarını tanımayacaktır³⁸⁷.

Çıkış noktası olan ABD’de bile popülerliğini belirli oranda yitiren *act- of- state* doktrini Kıta Avrupası’nda neredeyse hiçbir zaman tam olarak benimsenmemiştir. Kıta Avrupası’nda, *act- of- state* doktrinin uygulanmaması dolayısı ile, yabancı ülkesel millileştirme ve kamulaştırma işlemleri sonucu elde edilen malların akıbeti mahkemenin kamu düzeni sınırlamaları çerçevesinde sadece *lex rei sitae* kuralına göre tespit edilecektir. Bu genelde, yabancı devletin kendi

³⁸⁴ Mann, “The Consequences of an International Wrong ...”, s. 46- 57

³⁸⁵ Stanley D. Metzger, “Act- of- State Doctrine Refined; The Sabbatino Case”, **The Supreme Court Review**, Volume 1964, 1964, s.240

³⁸⁶ William Harvey Reeves, “The Sabbatino Case: The Supreme Court of the United States Rejects a Proposed New Theory of Sovereign Relations and Restores the Act of State Doctrine”, **Fordham Law Review**, Volume 32, Issue 4, 1964, s. 669- 679

³⁸⁷ A.e.

vatandaşlarının kendi ülkesinde bulunan malları üzerindeki tasarruflarının neredeyse tamamının tanınması anlamına gelmektedir, uygulama da bu yöndedir. Üçüncü devletlerin vatandaşları ve/ veya tüzel kişilerinin mallarının millileştirilmesi söz konusu olduğunda da mahkeme devletinin, işlemi ve dolayısıyla da onu düzenleyen yasayı sıklıkla tanıdığı, millileştiren devlet ile üçüncü devlet arasında herhangi bir ihtilaf yok ise işlemin uluslararası hukuka zaten uygun olarak değerlendirildiği tespit edilmiştir³⁸⁸. Öte yandan, mahkeme devletinin vatandaşlarının diğer ülkelerdeki mülkiyet hakları söz konusu olduğunda, millileştirme ve onu düzenleyen yabancı devlet idari işlemlerinin daha “ayrıntılı” bir değerlendirmeye tâbi tutulduğu görülmektedir. Mahkemenin kendi vatandaşları söz konusu olduğunda, işlemi ve onu düzenleyen yasayı, kendi değerlendirmesine istinaden, ulusal adalet ve uluslararası hukuk ihlallerini işaret ederek tanımayı reddetmesi sıklıkla rastlanan bir durumdur³⁸⁹.

Millileştirme dendiğinde akla ilk gelen bir gayrimenkule el konması olsa da, yabancı unsurlu kamulaştırma davaları bundan biraz daha karmaşık hale gelebilmektedir. Aynı *Sabbatino* Davası’nda olduğu gibi yabancı devlet, A devletinin vatandaşına ait fabrikaya, dolayısıyla da o fabrikada üretilen ve bundan sonra da üretilen malları da millileştirmiş olabilir. Bu noktada, artık, yabancı devletin mülkiyet haklarına el koymasının tanınıp tanınmamasının önemi en aza inmektedir. Kamu düzeni çekincesinin devletlerin politikalarına göre zaman zaman muğlaklaşması da değerlendirildiğinde, orijinal malikin ana vatanına yabancı ülkede millileştirilmiş fabrikasında üretilen ürünlerin ithalatının kontrol edilmesi oldukça az rastlanan bir olaydır. Ürünlerin nihai tüketiciye ulaşana kadar geçirdiği işlemler ve bu işlemler süresince geçirdiği hukuki süreç de bunların zilyetliğinin takip edilmesini imkansız olmasa da oldukça zor bir hale sokmaktadır³⁹⁰. Özetle, takip davalarının millileştirmenin etkisini tersine çevirmedeki başarısızlığı yanı sıra³⁹¹, devletlerin,

³⁸⁸ Sornarajah, **The Pursuit of Nationalized Property**, s. 108- 119

³⁸⁹ Martin Domke, “Foreign Nationalizations: Some Aspects of Contemporary International Law”, **The American Journal of International Law**, Volume 55, No 3 (Jul. 1961), s. 585,600, 607

³⁹⁰ Andreas F. Lowenfeld, “The Sabbatino Amendment- International Law Meets Civil Procedure”, **The American Journal of International Law**, Volume 59, No 4, October 1965, s. 899, 900- 902

³⁹¹ Sornarajah, **The Pursuit of Nationalized Property**, s. 300- 321; F.S.R.: “Nationalization and International Law: Testimony of Elihu Lauterpacht, Q.C.”, **International Lawyer**, Volume 17, No 1, 1983, s. 107- 122

kendi vatandaşları söz konusu olmadığı zaman, yabancı devletin millileştirme tasarruflarına, beraberinde getirdikleri temel sorunları değerlendirmeden etki doğurması halen bu alanda cevaplanması gereken bir sorundur.

5. PARA POLİTİKALARI ve IMF ANLAŞMASI

Döviz kontrol yasaları, genelde, döviz sözleşmelerinin geçerliliği ve mevcut yükümlülüklerin yerine getirilebilmesi için resmi yetki belgesini yani lisansı ön koşul koymaktadır. Kambiyo ve paranın değerini düzenleyen yasalar ise ulusal para biriminin değerine ilişkin sözleşme konularını yasaklamakta ve mevcut sözleşmelerin şartlarını da düzenlemektedirler. Dolayısıyla, yabancı döviz ve para birimi- kambiyo kontrol yasaları kendi sınırları içerisindeki sözleşmelerin geçerliliğini ve yürütülmesini doğrudan etkilemektedir. Para politikasının düzenlenmesine ilişkin bu tarz yasalar devlet bütçesini ve kamu maliyesini doğrudan etkilemekte, bazı ülkelerde yasa, bazılarında ise düzenleyici işlem olarak değerlendirilmekte, her durumda doğrudan kamu hukukunun bir parçasını oluşturmaktadırlar. Neredeyse 100 yıldır, 1918 yılından beri mahkemeler, sözleşmenin geçerlilik ve icrasına ilişkin kanunlar ihtilafı kuralının *lex contractus* veya *lex situs* olarak işaret ettiği yabancı devletin yasası döviz kontrol veya para biriminin değerini düzenler nitelikte olduğunda, bahse konu yasanın doğrudan yabancı devletin egemenliğine dayanması ve dolayısıyla kamu hukuku özelliğine sahip olması mahkeme devletini bir ikileme karşı karşıya bırakmaktadır³⁹².

Yabancı devletlerin ekonomik hayatı düzenleyici işlemlerinin dikkate alınmaya başlandığı ilk dönemlerde eğilim, aksi durumda geçerli ve uygulanabilir olan sözleşmeleri geçersiz kılan veya esastan değiştiren yabancı döviz kontrol yasalarının *lex causae* olarak yok sayılması yönündeydi. Bunun sebepleri, mahkeme devletinin kamu düzeni çekincesinin yanı sıra, döviz kontrol yasalarının ülkeselliği

³⁹² F.A. Mann, **Mann on the Legal Aspect of Money**, Ed. Charles Proctor, 6th Edition, UK, Oxford University Press, 2005, s. 395

ve kamu hukuku niteliği idi³⁹³. II. Dünya Savaşı'ndan hemen önce ağırlık kazanan göçmenlere ve ırk ayrımcılığına uğrayanlara yardım isteği, yabancı döviz kontrol yasalarının, devletin çıkarını öne alırken bireyi hiçe saydığı, gayri adil ve ayrımcı ulusal ticaret tercihlerini güçlendirdiği gerekçesi ile daha da olumsuz bir yaklaşımla değerlendirilmesine neden olmaktadır³⁹⁴. 1929 başlayan ve 1931'de ABD'deki bankaların Avrupa bankalarından fonlarını çekmesi ile tepe noktasına ulaşan Büyük Buhran ve sonrasında altın standardının terk edilmesi, Batılı devletlere, özel sözleşme düzenleme yetkilerini kısıtlayan mali yasaların aslında totaliter bir fenomen olmadığını ispat edecekti. Büyük devletlerin yaşadığı bu zorunlu “aydınlanma”, “altın şartı davaları” olarak anılan davaların sonuçlarını etkiledi ise de, yabancı devletlerin döviz kontrol yasalarına karşı geçmişten gelen çekinceyi bir anda ortadan kaldıramamıştı³⁹⁵. ABD, Birleşik Krallık ve İsviçre gibi devletlerin içtihatlarında bunu doğrulayan örneklere rastlamak mümkündür³⁹⁶.

II. Dünya Savaşı'ndan sonra yabancı devletlerin döviz kontrol ve kambiyo yasalarına yaklaşımlarda başlayan dönüşüm, bazı uluslararası oluşumların çatısı altında hareket etmeyi gerektiriyordu. Devletlerin tek tek aldıkları kararları uygulamalarındansa, bir örgüt çatısı altında gerçekleştirilecek uygulamaların sistemi değiştirmede her zaman daha etkili olduğu söylenebilir. Değişikliğin nedeni, şüphesiz, bugün 186 üyesi bulunan Uluslararası Para Fonu'nun dünya genelinde bir sistem oluşturmayı amaçlayan yaygın etkisi idi. IMF'nin 186 üyesinden sadece 50 kadarı VIII. madde üyeleri olarak adlandırılan ve IMF'nin onayı olmadan kur düzenlemeleri ve dış ticaret ödemeleri yapabilen devletlerdir³⁹⁷. Bunların bir diğer adı da, “sermaye hareketlerini serbest bırakmış devlet”tir. VIII. madde devletleri

³⁹³ A.e., s. 398- 401

³⁹⁴ Diemut Majer, “**Non Germans**” under the Third Reich, USA, The John Hopkins University Press, 2003, 157- 169

³⁹⁵ Arthur Nussbaum, **Money in the Law: National and International**, USA, Foundation Press, 1950, s. 414- 441 (Çevrimiçi) Google e- books
http://books.google.com.tr/books?id=O30_AAAAIAAJ&q=inauthor:%22Arthur+Nussbaum%22&dq=inauthor:%22Arthur+Nussbaum%22&hl=tr&sa=X&ei=UFOiUtm8BYaWtQaB74GIDg&ved=0CEMQ6AEwAw ; 15 Mart 2013

³⁹⁶ Mann, **Mann on the Legal Aspect of Money**, s. 398- 399

³⁹⁷ United Monetary and Financial Conference, “Agreement of the International Monetary Fund”, (adopted 22 July 1944- entry into force 27 December 1945), Bretton Woods- New Hampshire, Article VIII

dışında kalanlar, ticaret anlaşmalarında getirecekleri kur kısıtlamalarını IMF'nin onayı olmadan yapamayacak olan devletlerdir ve bunlara ilişkin düzenleme IMF Anlaşması'nın XIV. maddesinde yapılmıştır³⁹⁸. IMF'nin vereceği onayın kapsamı, mevcut uluslararası ticaret işlemlerinde optimum nakit akışını sağlamak adına döviz kontrolü alanına da genişletilmiştir³⁹⁹. XIV. madde ülkelerinin döviz kontrol düzenlemelerinde IMF onayının almasının kapsamı tüm üye devletlerin çıkarına olacak şekilde geliştirilmiş, üyelerin uluslararası para sisteminin en yaygın şekilde izleyebilmesi için bu düzenlemelere riayet etme taahhüdü altına girmesi sağlanmıştır. IMF onaylı döviz kontrol sistemine uyma yükümlülüğü IMF Anlaşması Madde VIII Fıkra 2 Bend b'de şöyle açıklanmaktadır; "Herhangi bir üyenin para birimini ilgilendiren ve o üyenin işbu anlaşmaya uygun olarak düzenlenmiş kur kontrol yasalarına aykırı olan tüm döviz sözleşmeleri, IMF üyesi tüm devletlerin ülkelerinde geçersizdir⁴⁰⁰". Buna ek olarak, üye devletlerin yasal düzenlemeleri yaparken işbirliği halinde olmaları döviz kontrol düzenlemelerinin daha etkin kullanılması adına IMF tarafından teşvik edilmektedir. IMF Anlaşması'nın anılan hükümleri, IMF üyelerinin mahkemeleri nezdinde, diğer üyelerin döviz kontrol düzenlemelerinin dikkate alınmaması ihtimalini ortadan kaldırmaktadır⁴⁰¹. Dolayısıyla bugün, kamu hukuku özelliğinde olması dolayısıyla yabancı döviz kontrol yasalarının/ düzenlemelerinin *lex causae* ya da *lex contractus*'un bir parçası olarak uygulanmaması söz konusu değildir. Görünen o ki, ithalat ve ihracat ağının giriftleşmesi kamu hukukunun uygulanmaması eğilimini kıran bir başka faktördür.

IMF Anlaşması, üyelerinin, bazı istisnalarla, istedikleri döviz düzenlemelerini (altının değeri hariç) yapmalarına müsaade etmekte ancak haksız rekabeti engellemek amacıyla bu ayarlamaların Fon'un bilgisi dahilinde ve Fon tarafından her zaman güncel olarak takip edilebilir kılınmasını gerektirmektedir⁴⁰². Belirlenen sınırlar çerçevesinde devletler, kendi para birimlerinin döviz kuru değerlerinde

³⁹⁸ A.e., Article XIV

³⁹⁹ A.e. Article VIII(2)(a)

⁴⁰⁰ A.e., Article VIII(2)(b)

⁴⁰¹ Mann, **Mann on the Legal Aspect of Money**, s. 369

⁴⁰² United Monetary and Financial Conference, "Agreement of the International Monetary Fund", (adopted 22 July 1944- entry into force 27 December 1945), Bretton Woods- New Hampshire, Article IV(3)

oyunlar yapmakta serbesttirler. Böylesi değişikliklerin mevcut uluslararası ticaret sözleşmelerini etkilemesi ve bunun yabancı unsurlu uyuşmazlıklara konu olması kaçınılmazdır.

Konuya ilişkin önemli bir örnek Ağustos 1982’de Meksika’nın yeni bir döviz kontrol sistemini yürürlüğe sokmasından sonra yaşanan gelişmelerdir. Meksika, Meksika bankaları tarafından dolar cinsinden verilen mevduat sertifikalarının vadesi gelen ödemelerini peso cinsinden ve sabit kurdan ödemeyi kararlaştırmıştır. Alacaklılar, ilk koşullar ile alacaklarını tahsil etmek için Meksika içerisinde yaptıkları başvurular sonuçsuz kalınca, ABD’de dava açmışlardır. Borç ilişkisine uygulanacak hukuk, borcun bulunduğu, aynı zamanda da ödemenin taahhüt edildiği yer hukukudur (*situs*) ve bu davada Meksika hukukunun ilgili yasalarının geçerli olduğu açıkça görünmektedir. Davada, *act-of-state* doktrininin Meksika döviz kontrol yasalarının geçerliliği ve mahkemenin kamu düzeni ile uyumunun incelenmesini engellemesi tartışmaları ışığında, Amerikan mahkemesi, Meksika hukukunu uygulamıştır⁴⁰³. Diğer taraftan bahse konu yasa zaten IMF tarafından onaylandığından ABD mahkemelerinde uygulanmaması gibi bir durum söz konusu olamazdı⁴⁰⁴. Böylece, *act-of-state* doktrini, IMF onayı ile birleşerek, Meksika devletinin kamu hukuku yasasını, özel çıkarların üstüne ve yabancı mahkemede uygulanır konuma oturtmuştur.

C. YABANCI KAMU HUKUKU ve ÖZEL BAĞLAMA NOKTASI

“Özel bağlama noktası”, bazı durumlarda, ihtilafa *lex causae* yerine başka bir yabancı yasal sistemin emredici kurallarının uygulanmasını ifade etmek için kullanılan bir terimdir⁴⁰⁵. Ülkemizde bu özel yaklaşım henüz kabul görmemiştir, herhangi bir ders kitabı ya da akademik çalışmada geçmemektedir. Bu haliyle “özel bağlama noktası kuralı” ABD’de her farklı konuya ayrı kanunlar ihtilafı analizi

⁴⁰³ Callejo v. Bancomer, S.A., 764 F.2d. 1101 (5th Cir., 1985)

⁴⁰⁴ A.e.

⁴⁰⁵ Adrian Briggs, **The Conflict of Laws**, USA, Clarendon Law Series- Oxford University Press, 2013, s. 20- 30

uygulamayı öngören yaklaşımla benzeşse de, kategori bazında işleyen genel kanunlar ihtilafı sisteminin bir istisnası olması ve onun için de özel bir kural olarak uygulanması dolayısı ile ABD'deki yaklaşımdan da farklıdır.

1939 yılında Alman uluslararası özel hukuk profesörü Wilhelm Wengler⁴⁰⁶, daha sonra “kanunlar ihtilafında özel bağlama (noktası) yaklaşımı” olarak anılacak temel kuralları geliştirdi. Buna göre, emredici kurallar, sözleşmeler hukukunda uyumsuzluğa uygulanması veya uygulanmaması kararı tarafların tasarrufuna bırakılamayacak bir alanı oluşturuyordu. Wengler'a göre, sözleşmeler hukukunun tüm sorularını tek (üniter) bir uygun hukuk mevhumuna havale eden Friedrich Carl von Savigny'nin eski sistemi artık uluslararası ticari sözleşmelere uygulanamaz hale gelmişti. Bunun yerine Wengler, sözleşmeden doğabilecek her bir ayrı sorun için (örneğin geçerlilik, taraflar, zaman vs.) ayrı özel kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanacağı bir süreç önermekteydi. Uygulanması tarafların rızasına bırakılamayacak kurallar olan emredici kurallar da böylelikle kendi kapsamlarında uygulanacaklardı⁴⁰⁷. Wengler'ın analitik yaklaşımının Brainerd Currie'nin “hükümet çıkarları” teorisine öncülük ettiği söylenebilir⁴⁰⁸.

Özel bağlama noktası yaklaşımı Alman kanunlar ihtilafı literatüründe kısa zamanda bir hayli taraftar bulsa da, Avrupa'nın diğer devletlerine etki etmesi için biraz zaman geçmesi gerekecekti. Hollanda Yüksek Mahkemesi'nin *Alnati* Davası'nda alt derece mahkemelerinin kararlarını bozarak vardığı hüküm özel bağlama noktası yaklaşımının varlığını teyit edecek ancak bunun özel bağlama noktası kuralının uygulandığı her davada yabancı emredici yasaların üstün geleceği ve olaya uygulanacağı anlamını taşımadığının da altını çizicekti⁴⁰⁹.

⁴⁰⁶ 1907 Wiesbaden- 1995 Berlin

⁴⁰⁷ Wilhelm Wengler, “The Significance of the Principle of Equality in the Conflict of Laws”, **Law and Contemporary Problems**, Vol. 28, No. 4, 1963, s. 838- 840

⁴⁰⁸ Brainerd Currie, “The Constitution and the Choice of Law: Governmental Interests and the Judicial Function”, **The University of Chicago Law Review**, Vol. 26, No. 1, Autumn 1958, s.9- 10 - 11

⁴⁰⁹ Jan- Jaap Kuipers, **EU Law and Private International Law: The Interrelationship in Contractual Obligations**, Leiden- The Netherlands, Koninklijke Brill NV, 2011, s. 157- 161

Wilhelm Wengler'in 1939 yılında ortaya attığı ve doktrinde halen zaman zaman tartışmalara neden olan kanunlar ihtilafında “özel bağlama noktası” kavramı aslen IMF Anlaşması'nın VIII. maddesi 2. fıkrası b bendinin gereği ve kapsamında uygulanmaktadır. Nihayetinde, yakın tarihte, özel bağlama noktası, Avrupa Birliği'nin de etkisi ile uluslararası andlaşmalar ve ulusal yasalar düzeyinde de açıkça tanınmıştır.

Avrupa Birliği'nin kanunlar ihtilafı alanında yaptığı çalışmalardan biri de Roma Sözleşmesi olarak da bilinen, “Sözleşmesel Yükümlülükler Uygulanacak Hukuk Hakkında Sözleşme- *Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*”, üye devletler ve Avrupa Birliği (Sözleşme imzalandığı zamanki adı ile Avrupa Ekonomik Topluluğu) ile aktif ticari ilişkiler içerisinde olan çoğu devlet tarafından ivedilikle imzalanmış ve onaylanmıştır⁴¹⁰. Sözleşmenin 7. maddesinin 1. fıkrası; kanunlar ihtilafı kurallarına uygun olarak belirli bir hukuk sistemi mahkemenin önündeki yabancı unsurlu uyuşmazlığın çözümünde yetkili olduğunda, “uyuşmazlığa konu ilişki ya da işleme en yakın bağlantısı bulunan diğer devletin emredici kuralları, mahkeme devletince uygulanabilir niteliktedir” demektedir⁴¹¹. Sözleşme çerçevesinde, mahkeme devleti, yabancı emredici kuralara etki vermeyi değerlendirirken, “bu kuralların gereğince uygulanmamasından doğacak sonuçları da göz önünde bulundurmalıdır⁴¹²”. Aynı maddenin devamında, “mahkemenin hukuk kuralları emredici nitelik taşıyor ise, sözleşmeye uygulanacak hukuk değerlendirmeye alınmadan mahkeme devletinin yasaları uygulanır” demektedir⁴¹³.

Avrupa Toplulukları'ninkine benzer bir düzenlemeye 1977 yılında Lahey'de düzenlenen Uluslararası Özel Hukuk Konferansı'nda benimsenen Temsile Uygulanacak Hukuk Hakkında Lahey Sözleşmesi'nin- *Convention on the Law Applicable to Agency* 16. maddesinde rastlanmaktadır⁴¹⁴. Yine Lahey'de 1984'te

⁴¹⁰ European Economic Community, “Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations”, (adopted 19 June 1980- entry into force 1 April 1991), Rome, 80/934/EEC- OJ L 266 of 9.10.1988

⁴¹¹ A.e., Article 7 Paragraph 1

⁴¹² A.e., Article 7 Paragraph 2

⁴¹³ A.y.

⁴¹⁴ Hague Conference on Private International Law, “Convention on the Law Applicable to Agency”, (adopted 14 March 1978- entry into force 1 May 1992), Hague, 16 ILM 775, Article 16

karara bağlanan bir başka sözleşmenin, Vakıflara ve Bunların Tanınmasına Uygulanacak Hukuk Hakkında Lahey Sözleşmesi'nin- *Convention on the Law Applicable to Trust and Their Recognition*, 16. maddesinin 2. fıkrası “istisnai durumlarda” emredici kural olmadığı halde veya kanunlar ihtilafı kurallarınca uygulanabilir addedilmese de bazı yasaların eldeki dava ile “yeterince yakın bir bağlantıları” olması halinde uygulanabileceğine işaret etmektedir⁴¹⁵. Elbette hem bu sözleşmelerin, hem de özel bağlama kuralını kapsama alan (hemen hemen) tüm sözleşmelerin ilgili maddelerine taraf devletler isterlerse çekince koyabilmektedirler. Öte yandan 1987 yılında İsviçre, uluslararası özel hukuk üzerine kapsamlı bir federal yasayı yürürlüğe koymuş ve bu yasa ile özel bağlama noktası yaklaşımını açıkça kabul etmiş ve mahkemelerine de ona dayanarak yabancı devletlerin emredici normlarını uygulama yetkisi vermiştir.

Özel bağlama noktası yaklaşımının mantığını daha basitçe açıklamak konunun anlaşılması ve doğru şekilde kullanılabilmesi için önemlidir. Bazen yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta, uyuşmazlığın çözümünde yasaları kullanılma ihtimali olan devletlerden birinin bu uyuşmazlığa kendi kurallarını uygulattığı çıkarı özellikle öne çıkabilir. Bahse konu bu devletin çıkarı, uyuşmazlıkla ilgisi olan diğer devletlerinkine göre daha korunmaya değer bulunabilir. Mahkeme devleti tarafından eldeki maddi deliller de bahse konu o devletin dava ile yakın bağlantısını işaret ediyorsa, bu koşullar altında, yabancı devletin yasaları uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk olmasa da özel bağlama noktası yaklaşımı gereğince uyuşmazlığın çözümüne uygulanır. Böylelikle kanunlar ihtilafı kurallarının normal şartlar altında işaret etmediği bir yabancı yasa, üstelik emredici norm olduğu halde, özel bağlama noktası yaklaşımı ile uyuşmazlığa uygulanabilecektir.

Özel bağlama noktası, mahkeme devletin diğer devletlerin kamu düzeni çekincelerini de gözetmelerini mümkün kılan istisnai bir uygulamadır. Bilindik anlamda kamu düzeni çekincesinden farkı, genelde başka devletlerin yasalarının ve

⁴¹⁵ Hague Conference on Private International Law, “Convention on the Law Applicable to Trust and Their Recognition”, (adopted 1 July 1985-entry into force 1 January 1992), Hague, 1664 UNTS 311, Article 16 Line 2

dolayısıyla da onların kamu düzenlerine uygun kuralların uygulanması için mahkemenin, kendi kamu düzeni izin verdiği ölçüde, kanunlar ihtilafı sisteminin yok sayılmasıdır. Özel bağlama kuralının temel fonksiyonu *lex contractus* üzerinde tarafların otonomisini (hukuk seçme gibi) kısıtlayarak, temelde, kamu düzeninin kapsamını genişletmek suretiyle mahkeme devletinin emredici kurallarının yanı sıra yabancı devletin yasalarının da emredici hükümlerinin uygulanmasıdır. Yabancı bir devletin kamu düzeninin tespiti oldukça hassas ve bir o kadar da zor bir görev olduğundan, mahkeme diğer hukuk sistemi hakkında ayrıntılı bir çalışmaya girişecek, yabancı emredici hükümlerin amaçlarını analiz ederek, bunların amaçları doğrultusunda uygulanıp uygulanmadığını kendisi değerlendirecektir. Öte yandan, yabancı devletin emredici kurallarının arkasındaki kamu politikasını tespit etmek bazen de onun mahkeme devletinin kamu düzenine aykırılığını tespit etmek anlamına da gelebilecektir. Yasama gücü aracılığı ile hayata geçirilen bir devletin politikaları ile amaçlanan hedefler, diğer bir devletin şiddetle karşı koyduğu bir uygulama olabilmektedir. Özellikle rekabet uygulamalarında bu durum daha da belirginleşmektedir.

Özel bağlama noktasının uygulanmasının belirgin zorluğu çerçevesinde Avrupa Birliği Komisyonu (düzenlendiği zamanki adı ile Avrupa Toplulukları), Sözleşmesel Yükümlülükler Uygulanacak Hukuk Hakkında Sözleşme'nin yukarıda ele alınan ilgili maddesine⁴¹⁶ özel bağlama noktasının yabancı hukukun emredici kurallarının uygulanması amacıyla kullanılması esnasında gözetilecek bir takım ortak kriterlerin tespit edilmesini önermiştir⁴¹⁷. Ancak kriterleri tespit etmekte de ortak bir karara varılamadığı için konu yargı organlarının takdirine bırakılmıştır. Meselenin diğer tarafından ise, uluslararası tanınma kriteri ile yabancı devletin emredici kurallarına meşruiyet sağlamak, o kuralın mahkeme devletinin aksi yöndeki hükümlerine rağmen, uygulanırlık iddiasını destekleyici bir argüman olabilecek, bu da en basit vakaları devletler arasında çıkar çatışmalarına dönüştürebilecektir.

⁴¹⁶ European Economic Community, "Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations", (adopted 19 June 1980- entry into force 1 April 1991), Rome, 80/934/EEC- OJ L 266 of 9.10.1988, Article 7 Paragraph 1

⁴¹⁷ Mario Giuliano & Paul Lagarde, "Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations", Official Journal, 31/10/1980 (Çevrimiçi) [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031\(01\):EN:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031(01):EN:HTML) 27 Ekim 2013

Uluslararası kabul görmüş özel bağlama noktasına belki de yegane örnek, daha önceki bölümlerde de değinilen, IMF Anlaşması'nın belirli tip döviz sözleşmelerinin uygulanmasını yasaklayan maddesi ve bunun üye devletlerin iç hukuklarına etkisidir. Diğer taraftan, yabancı devletin emredici kuralı ve mahkeme devletinin aksine düzenlemesi arasında ihtilaf olduğunda, mahkeme elbette olaya kendi kuralını uygulayacaktır. Dolayısıyla, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun dışında uygulanırlık iddiası olan yabancı emredici kurallar, mahkemenin aksi yöndeki kuralları ile, örneğin sözleşme serbestisi ilkesi ile, karşılaştırıldığında özel bağlama noktasının işletilmesi bir sorun haline gelmektedir.

1. IMF ANLAŞMASI

Daha önce de belirttiğimiz gibi, IMF Anlaşması, herhangi bir IMF üyesinin para birimini içeren döviz sözleşmelerinin, yine herhangi bir üyenin IMF Anlaşması'na uygun olarak tesis edilmiş döviz kontrol düzenlemelerine aykırı olması durumunda, bunların IMF üyesi devletlerin ülkelerinde uygulanmasını yasaklamaktadır⁴¹⁸. IMF İcra Direktörleri Kurulu maddenin yorumunda, üye devletlerin bu maddeyle üstlendikleri yükümlülüğün, “bahse konu içerikteki sözleşmelerin, mahkemenin kanunlar ihtilafı kurallarına göre *lex contractus*'un ne olduğuna bakılmaksızın ve mahkemenin kamu düzeni dikkate alınmaksızın kesinlikle uygulanmaması⁴¹⁹” olduğunun altını çizmişlerdir. Döviz sözleşmelerinin tarafları ve kapsamı bakımından aralarında farklılıklar bulunsa da, İngiltere'de ikamet eden iki gerçek kişinin düzenlediği sözleşme, Hindistan'da rupi ile yapılacak ödemenin avansının İngiltere'de İngiliz poundu cinsinden yapılmasını gerektiriyorsa, bu sözleşme, Hindistan döviz kontrol düzenlemelerine aykırı olduğu gibi, İngiliz mahkemelerinde kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili kanun İngiliz yasaları olsa

⁴¹⁸ United Monetary and Financial Conference, “Agreement of the International Monetary Fund”, (adopted 22 July 1944- entry into force 27 December 1945), Bretton Woods- New Hampshire, Article VIII(2)(b)

⁴¹⁹ <http://www.imf.org/external/pubs/ft/sd/index.asp?decision=446-4> (Çevrimiçi) 25 Ekim 2013

bile uygulanamaz niteliktedir⁴²⁰. Mahkemenin kanunlar ihtilafı kurallarının işaret ettiği yasalar (bu örnekte İngiliz yasaları) yabancı devletin öncelikli olarak uygulanırlık iddiasındaki emredici kuralları ile yer değiştirdiğinden, IMF Anlaşması'ndan doğan yükümlülükler özel bağlama doktrininin en net örneği olarak değerlendirilmektedir. Aslen amaçlanan, uluslararası denetleme mekanizması ile döviz rezervlerinin optimal düzeyde idaresini sağlamak ve böylelikle uluslararası nakit akışını desteklemektir. Uygulamanın IMF Anlaşması dışında etkisi bulunmadığından, özel bağlama noktasının kullanımının yerleştiği şekilde bir genelleme yapmak pek de mümkün görünmemektedir.

2. REKABET HUKUKUNA İLİŞKİN YABANCI YASALAR

Tek bir ana firmanın büyük hissedarı olduğu, aynı tip ürünleri üreten kardeş şirketlerin veya birbirleri ile ortaklık bağı bulunmayan fakat aynı tip ürünleri üreten birkaç firmanın, aralarındaki ticari rekabeti ortadan kaldırarak, kârlarını arttırmak amacı ile resmen birleşmesi ya da gayri resmi olarak ortak hareket etmesine tröst veya kartel (monopol ve tekel terimleri de zaman zaman kullanılmaktadır) denmektedir⁴²¹. Ticari hayatta belirli firmaların sürekli yükselmesine ve kartel dışında kalan küçük girişimciliğin ölü doğmasına sebep olabilecek bu oluşumlar II. Dünya Savaşı'ndan sonra devletlerin müdahale etme ihtiyacı duydukları bir hal almıştır. Bu girişimleri engellemeye yönelik yasalara “rekabet yasaları” denmektedir ve bu yasalar da mali yasalar içerisinde yer alırlar. Tröst ve kartellerle mücadelede en uzun soluklu ve etkili yasal girişimler ABD'ye aittir. Doğası gereği rekabet yasaları emredicidir, kanunlar ihtilafı kuralları işaret etmiyor diye uygulanmamaları zaman zaman tartışma yaratmakta, devletler arasında gerginliğe sebep olmaktadır. Özellikle ithalat kısıtlamalarını önleme alanında uluslararası işbirliği son yıllarda artış göstermektedir. Şüphesiz ki ekonomisi ithalata bağımlı yani zaten dezavantajlı durumda bir ülkenin, bir kartel aracılığı ile, A malını sürekli sabit bir satıcıdan alacak

⁴²⁰ Sharif v. Azad (1967) 1 QB; (1966) All ER 785

⁴²¹ http://www.ekodialog.com/isletme_ekonomisi/isletmeler_konsorsiyum_karteller_trostler.html
(Çevrimiçi) 10 Nisan 2014

olmasının türlü zararları mevcuttur. İthalat bakımından hal böyleyken ihracatta, yerel kuruluşların ihracat amaçlı birleşmesi görmezden gelinmekte, hatta bunlara ayrıcalık tanınmakta, meşru temel olarak da ülke dışındaki monopollerle mücadelede bu birleşmelere ihtiyaç duyulduğu ileri sürülmektedir. ABD ve Almanya gibi yerleşmiş rekabet yasaları bulunan devletler, kartelin yürüttüğü ithalatta hedef ülke konumuna geldiklerinde, yabancı ihracatçılar arasında menşe devletlerinde desteklenen anlaşmaları, kendi iç hukuklarında engelleyerek etkisiz kılmaya çalışmaktadırlar. Rekabet yasalarının karşı devletteki ihracatçıyı etkileyen sınır aşan uygulamasına “etki doktrini⁴²²” adı verilmekte ve doktrin, uluslararası hukuka da yavaş yavaş entegre olmuş görünmektedir.

ABD’deki bir ihracat birliğinin üyeleri arasındaki uyuşmazlıkta ya da Almanya’daki bir ihracat kartelinde, *lex fori*’ye göre bu birliği ya da karteli oluşturan sözleşme geçerli olsa dahi, hedef ülkenin rekabet yasalarını ihlal eden sözleşmeler geçersiz ve uygulanamaz niteliktedir. Açıkça bir örnek olan *Wood Pulp Cartel* davasında görüldüğü üzere, ABD ihracat birliklerinin *Webb Pomerene Act*⁴²³ altında sahip oldukları ayrıcalıklar, üyelerini, (o zamanki adı ile) Avrupa Toplulukları’nın ithalatta fiyat sabitleme üzerindeki yasaklarından koruyamamıştır⁴²⁴. Hedef ülke ile ihracatçı ülkenin politikaları ve çıkarları açıkça birbirleri ile çatışmaktadır. Ya devletler, ithalat kartellerini yasaklayan ortak bir düzenlemeye imza atacaklar ya da aslında yine aynı etkiyi doğuracak olan ihracatçıları koruyan anlaşmalar tesis edeceklerdir. Böyle bir düzenlemenin yokluğunda, yabancı devletlerin rekabet yasalarının geçerli ve etkili olması da beklenmemelidir. Mahkeme sonunda, ikili anlaşma gibi aksine düzenleme yoksa, kendi yasalarını ön planda tutacaktır.

Mahkemenin yabancı devletin rekabet yasalarına özel bağlama noktası uygulamaması halinde, uyuşmazlığa mahkeme devletin sözleşme hukuku ve

⁴²² Najeeb Samie, “The Doctrine of “Effects” and the Extraterritorial Application of Antitrust Laws”, **Lawyer of the Americas**, Vol. 14, No. 1 (Spring 1982), s. 23- 24

⁴²³ Elliott Jones, “The Webb Pomerene Act”, **Journal of Political Economy**, Volume 28, 1920, s. 754-762; David A. Larson, “An Economic Analysis of the Webb- Pomerene Act”, **Journal of Law and Economics**, Volume 13, No. 2, Oct. 1970, s. 472- 478

⁴²⁴ A.Ahlström Osakeyhtio v. Commission (Wood Pulp), Cases 89 785, 114/85, 116- 117/85, ECJ, 27 September 1988

gerekiyorsa (varsa) rekabet yasaları *lex causae* olarak uygulanır. Diğer ülkenin yasaları, en temel anlatımla, mahkemenin kanunlar ihtilafı kurallarına göre sözleşmeye uygulanacak hukuk olmadığından dikkate alınmaz. *British Nylon Spinners v. Imperial Chemical Industries* davasında, İngiliz mahkemesi iki İngiliz kuruluşu arasındaki patent devir sözleşmesine uygulanacak hukuk olarak İngiliz yasalarını işaret etmiştir. Halbuki davalının, ABD’de görülen davasında mahkeme, Amerikan rekabet yasasına istinaden, İngiltere’deki patentlere ruhsat verirken tekolci hareket edilmemesine hükmetmişti⁴²⁵. ABD mahkemesinin kararından alıntılıyarak İngiliz mahkemesi, “İngiliz hukukuna göre düzenlenen sözleşmede, sözleşmenin yürütülmesine ilişkin hukuk da elbette İngiliz hukukudur, İngiliz hukukunun en temel prensibi, kişilerin sözleşmelerine sadık olması ve onları gerçekleştirmesidir⁴²⁶” demiştir. Amerikan rekabet yasası eldeki davada sadece bir veri olarak yer aldığı söylenebilir.

Yabancı rekabet yasalarının sınır aşan etkisine ilişkin içtihadı oldukça az rastlansa da, devletlerin bir uluslararası sistemde yer almak ve dostane ticari ilişkileri geliştirmek dolayısı ile konuyu tamamen yok saymadıkları görülmektedir. Özel bağlama noktasının bu alanda uygulanması, mahkemelerin kararlarında belirli değişiklikler meydana getirecek olsa da, ticaretin doğası gereği yabancı rekabet yasalarına doğrudan uygulanabilirlik atfedilmesi uzak bir ihtimal gibi görünmektedir.

3. AMBARGOLAR ve TİCARİ İLİŞKİLERİN DONDURULMASI

1990’ların ortalarına kadar etkisi hissedilen iki kutuplu sistemin bir sonucu olarak, büyük devletler ittifak içerisinde bulunmadıkları devletlere karşı ihracat ve ithalatta birtakım kısıtlamalara gittiler. Genelde bu kısıtlamalar gayri resmi uluslararası ilişkilerin bir ürünü olsa da; ihracat/ ithalat kontrolleri ulusal resmi düzenlemeler aracılığı ile de yürütülüyordu. Ticarete kısıtlamalar getiren bu

⁴²⁵ *British Nylon Spinners, Ltd. v. Imperial Chemical Industries Ltd.*, (1955) 1 Ch. 37 (1954)

⁴²⁶ A.e.

düzenlemelerin ülke dışındaki etkileri kesin olsa da⁴²⁷, bu kuralları her devletin kendi iç hukukunda uygulaması dışında diğer devletler açısından bir hükmü olmadığından tezin kapsamı dışında kalmaktadırlar.

Öte yandan bu meselenin bir de diğer yüzü mevcuttur. Bir devlet, ABD, kendi ihracatlarının tartışmasız kontrolünü sağladığı gibi bunun ötesine geçmekte, bir nevi yasaklar ağı ile kendi ürünlerinden elde edilmiş mamullerin (istemediği) 3. devletlere ihracını engellemeye çalışmaktadır. Başka devletlerin ticaret ağları üzerinde oluşturulmaya çalışılan tahakküm, ABD'deki kuruluşların ülke dışındaki şubeleri ve yan kuruluşları üzerindeki kontrolünden kaynaklanmakta, ABD'nin çoğu zaman teknoloji ihraç eden bir devlet olması da durumu daha da belirginleştirmektedir⁴²⁸. Diğer taraftan, ABD yasalarının sınır aşan etki doğurmasına bir başka örnek de belirli ülkelerle (İran 1979, Libya 1986) ticari ilişkilerin dondurulmasıdır. Amerika'nın üzerinde düzenleyici gücünün bulunduğu ülke dışındaki kuruluşlar aracılığı ile gerçekleştirebildiği bu "politikası", mali yasalarının dolaylı bir tezahürünü göstermektedir⁴²⁹.

Amerikan ihracat kontrol düzenlemeleri, Alman mahkemelerinin kararları hariç ülke dışında pek de fazla yankı bulmamıştı⁴³⁰. Örneğin Hong Kong'ta, mahkeme, taşıma sözleşmesi Amerikan yasalarına tâbii ve taşıma şirketi de *American President Lines* adlı kuruluş olduğu halde, Amerikan yasalarına göre ambargolu bir malı taşıyan kargonun gideceği adrese teslim edilmesine karar vermişti⁴³¹. Burada mahkeme devletin kanunlar ihtilafı kuralları doğrudan

⁴²⁷ Andrea Usai, "The Freedom to Conduct a Business in the EU, Its Limitations and Its Role in the European Legal Order, A New Engine for Deeper and Stronger Economic, Social, and Political Integration", *German Law Journal*, Volume 14, No. 9, 2013, s. 1872- 1874; Maren Heidemann, **Methodology of Uniform Contract Law- The UNIDROIT Principles in International Legal Doctrine and Practice**, Heidelberg- Germany, Springer, 2006, s.95- 125

⁴²⁸ Kenneth W. Abbott, "Collective Goods, Mobile Resources and Extraterritorial Trade Controls", **Law and Contemporary Problems**, Volume 50, 1987, s. 117- 118

⁴²⁹ Jeffrey P. Bialos & Kenneth I. Juster, "The Libyan Sanctions: A Rational Response to State-Sponsored Terrorism?", **Vancouver Journal of International Law**, Volume 26, 1986, s. 799, 832- 837

⁴³⁰ Usai, "The Freedom to Conduct a Business in the EU ...", s. 1876; Heidemann, **Methodology of Uniform Contract Law ...**, s. 119- 132

⁴³¹ *American President Lines Ltd. v. China Mut. Trading Co.*, 37 Hong Kong L. Rep. 38 (Sup. Ct.)- 37 Hong Kong L. Rep. 111 (Sup. Ct. App., 1953)

uygulanmış, ABD'nin kamu hukuku kapsamında bulunan ambargoya ilişkin düzenlemelerine sınır aşan etki verilmemiştir. Aynı şekilde, 1965 yılındaki *Fruehauf* davasında, Amerikan vatandaşlarının çoğunluk hissesini elinde tuttuğu Fransız şirketinde ambargolu ürünlerin “komünist” Çin’e satışını düzenleyen sözleşme Fransız mahkemesince geçerli sayılacaktı⁴³². Bir yıl sonra, 1966’da, *Moens v. Ahlers* davasında, Antwerp Ticaret Mahkemesi, Amerika’da üretilmiş tarım makinelerinin nihai varış yeri olarak “demir perde” ülkelerine götürülmesini öngören bir nakliye sözleşmesinin, ABD müdahil olarak bu malların tesliminin Kanada ve ABD ihracat kontrol düzenlemelerine aykırı olduğunu ileri sürmesine rağmen, uygulanmasına karar verecekti⁴³³, mahkemenin kanunlar ihtilafı kuralları yine yabancı kamu hukukunu etkisiz bırakmıştır. 1980 yılında Alman mahkemesi, bir Amerikan şirketinin Almanya şubesinin İran’a mal sevkiyatını öngören sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmesine hükmetti. Böylelikle mahkeme, Amerika’nın İran’a yönelik ambargosuna dayalı savunmayı da reddetmiş oluyordu⁴³⁴. 1982 yılındaki *Sensor* davasında, Hollanda mahkemesi, ana firması Amerikan olan ancak tamamen Hollanda sermayesi ile kurulmuş bir şubenin “*Siberian Pipelines*” ambargosuna dayanarak sözleşme ile yükümlenilmiş malları teslim etmemesi sonucu, Hollanda şirketinin ceza ödemesine karar vermişti⁴³⁵. *Libyan Arab Foreign Bank v. Bankers Trust* davasında, İngiliz mahkemesi, Amerikan bankalarının İngiltere şubelerinin, ABD mevcut dönemde Libya’ya ödemeleri durduğu halde, davacının Amerikan doları cinsinden mevduatını kendisine ödemesine hükmetti⁴³⁶,

⁴³² *Fruehauf Corp. v. Massardy*, Judgment of May 22, 1965, cour d’appel Paris, 5 I.L.M. 476 (1966); William L. Craig, “Application of the Trading with the Enemy Act to Foreign Corporations Owned by Americans: Reflections on *Fruehauf v. Massardy*”, **Harvard Law Review**, Volume 83, 1969, s. 579-581

⁴³³ *Moens v. Ahlers et al*, Tribunal of Commerce Antwerp, 30 Rechtskundig Weekblad 360 (1966) (Belgium); Jonathan W. Polier, “Comment- Western European Sovereignty and American Export and Trade Controls”, **Columbia Journal of Transnational Law**, Volume 9, 1970, s. 109, 115- 118

⁴³⁴ Amtgericht Krefeld (F.R.G.), Sept. 24, 1980(Çevrimiçi) <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/anno-art-39.html> 18 Şubat 2013

⁴³⁵ *Compagnie Europeenne des Petroles S.A. v. Sensor Nederland B.V.*, Judgment of Sept. 17, 1982 (Çevrimiçi) <http://www.lawschoolcasebriefs.net/2012/01/compagnie-europeenne-des-petroles-sa-v.html> 18 Şubat 2013 ; Karl M. Meessen, “Extraterritoriality of Export Control: A German Lawyer’s Analysis of the Pipeline Case”, **German Yearbook of International Law**, Volume 27, 1984, s. 97-108

⁴³⁶ *Libyan Arab Foreign Bank v. Bankers Trust Co.* (1986) L. No. 1567/ L No. 4048 Q.B. 26- I.L.M. 1600, 1603; *Libyan Arab Foreign Bank v. Manufacturers Hanover Trust (No. 2)* (1989) 1 Lloyd’s Rep. 608

zira İngiltere’de bu sözleşmeye uygulanacak olan sadece ve kesinlikle İngiliz yasaları idi, Amerikan ambargosunun herhangi bir hükmü yoktu.

Yukarıdaki sayılan davalarda kararı alan mahkeme devletlerinin tümünün ABD ile hem müttefik olması, hem de bu devlet ile ortak uluslararası anlaşmalar ile ihracat kontrol düzenlemelerini bulunması dikkat çekicidir. Dostane ilişkilere rağmen, tüm davalarda mahkeme sadece şirketler veya sözleşmeler hukuku ile ilgilenmiş, Amerikan yasaları kapsama alınmamıştır. Bunun çok basit bir nedeni vardı; mahkeme devletin kanunlar ihtilafı kuralları *lex causae* olarak Amerikan yasalarını işaret etmiyordu. Alman Bölge Mahkemesi’nin kararında kısa ve net özetlediği gibi; “Alman yasalarına göre kurulmuş bir şirket, yükümlülüklerini yerine getirmemek için Amerika’nın İran ambargosunu savunma olarak kullanamazdı⁴³⁷.” Öte yandan, *Sensor* davası ambargo yasalarının ülke dışı etkisinin değerlendirilmesi bakımından önemli bir davadır. Mahkeme Hollandalı satıcı şirket ile Fransız alıcı şirket arasındaki, petrol ekipmanlarının nihai olarak Sovyetler Birliği’ne teslimatını düzenleyen sözleşmenin yürürlükte olduğuna ve yükümlülüklerini yerine getirmeyen Hollanda şirketinin ceza ödemesine hükmetmişti. Dava konusunu oluşturan ekipmanlar ABD lisansı ile Hollanda’da üretilmekteydi ve sözleşme tarihinde reeksport sınırlamalarına tâbi değildiler. Fransız şirketi Hollanda şirketi arasındaki yapılan teleks sözleşmesi⁴³⁸ ise Hollanda yasalarına tâbi idi. Davalı avukatları, davalıyı da doğrudan etkilediği iddiasıyla, Birleşik Devletlerin boru hattı ambargosuna istinaden sözleşmesinin icrasında imkansızlık savunması yapmış; mahkeme ise, ABD’nin ithalat ve ihracatı düzenlemek amacıyla çıkarttığı hükümet tasarrufunun Hollanda şirketine uzanmasını uluslararası hukuka aykırı bulmuş ve reddetmiştir. *Alnati* davasında varlığı kabul edilen ancak uygulanmayan “özel bağlama noktası yaklaşımı” da, *Sensor* davasında da, ABD lisansı ile bile olsa,

⁴³⁷ Amtgericht Krefeld (F.R.G.), Sept. 24, 1980 (Çevrimiçi)

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/anno-art-39.html> 18 Şubat 2013

⁴³⁸ Alıcı veya müşteri tarafından mal satın alma niyeti ile teleks yoluyla satıcıya yapılan bildirim satın alma teklifidir ve icaba davettir. Bu teklife karşı satıcı teleks ile karşı teklifinde bulunur ve karşı teklif icaptır. Karşı teklif, teklifi yapan kişilerce teleks confirmasyonu verilirse sözleşme kurulmuş olur. Teleks confirmasyonunda ayrıca mal verilecek geminin ismi, varış zamanı ve yeri; malın cinsi ve miktarı, ödeme yeri ve zamanı, ödenecek bedel ve ücretler, hangi cins para ile ödeneceği ve diğer hususların da belirlenmiş olması gerekir. (Çevrimiçi)

<http://www.insitelawmagazine.com/ch4acceptance.htm> 10 Mayıs 2013

Hollanda’da üretilmiş ekipmanın Fransız şirketi tarafından Sovyetler Birliği’ne sevkiyatının yeterli bir bağlantı tesis etmediği gerekçesiyle yine “uygulanamaz” addedilmiştir⁴³⁹.

4. ULUSLARARASI TİCARİ UYUŞMAZLIKLAR, TAHKİM ve ÖZEL BAĞLAMA NOKTASI

Yabancı devletlerin, mali yasalarının, *lex causae* kapsamında olmasalar dahi uygulatma çabasına genelde mahkeme devleti olumsuz cevap vermektedir. Olumsuz yaklaşımın nedeni, yargının, egemenin ülkesindeki meşru cebri icra gücü tekeline elinde tutuşunun⁴⁴⁰ en önemli savunucu ve sağlayıcılarından biri olma özelliğinin bir yansımasıdır. Mali yasalar, yabancı kamu hukuku niteliğindeki yasaların “uygulanamaz” kategorisinde değerlendirilen sert çekirdeğinde bulunmasalar da doğrudan egemenin egemenlik gücünü yansıtmakta ve düzenlediği ekonomik işlemde doğrudan egemenin haklarını korumayı hedeflemektedir. Dolayısıyla bu yasalar da mahkeme devletinin “meşru cebri icra tekeline⁴⁴¹” bir tehdit olarak algılanmakta ve genelde reddedilmektedirler.

Öte yandan, uluslararası tahkim, yetkisini ülkesel egemenden değil, tarafların gönüllülük esasına dayanan başvurularından almaktadır. Uyuşmazlıkların çözüm yöntemlerinden biri olarak, uluslararası ticarete uzmanlaşmış ve herhangi bir devlete tâbi olmayan tarafsız bir mahkeme belki de ilk tercih edilecek araç olmalıdır. Tahkim sürecinde, hakemlerin ulus- ötesi görev tanımı ve anlayışı, yine ulus- ötesi bir *lex mercatoria*’nın uygulanma olasılığı düşünüldüğünde⁴⁴², birbirine zıt çıkarları savunan taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözen uluslararası ticari hakem, Brainerd

⁴³⁹ Compagnie Europeenne des Petroles S.A. v. Sensor Nederland B.V. ,Judgment of Sept. 17, 1982 (Çevrimiçi) <http://www.lawschoolcasebriefs.net/2012/01/compagnie-europeenne-des-petroles-sa-v.html> 18 Şubat 2013; Meessen, “Extraterritoriality of Export Control ...”, s. 99

⁴⁴⁰ Max Weber, **Politics as a Vocation**, Free Students Union of Munich University, 1919, (Çevrimiçi) <http://anthropos-lab.net/wp/wp-content/uploads/2011/12/Weber-Politics-as-a-Vocation.pdf> 24 Şubat 2013

⁴⁴¹ A.e.

⁴⁴² Michael J. Mustill, “The New Lex Mercatoria: The First Twenty- Five Years”, **Arbitration International**, Volume 4, 1988, s. 90- 95

Currie'nin "ilgisi olmayan/ çıkarı bulunmayan III. devlet" paradigmasına oldukça benzemektedir⁴⁴³.

Tarafsız uluslararası ticaret hakemleri yetkilerini genelde tarafsız bir ülkede o ülkenin devletinin rızası ile kullandıklarından, mahkeme devletinin cebri icra tekeline tehdit oluşup oluşmadığı gibi meselelerle ilgilenmeleri gerekmemektedir. Hakemler yetkilerini uyuşmazlığa taraf özel şirketlerin bu yöndeki açık bildirimlerinden alırlar; taraflar genelde uyuşmazlığın çözümü için hem tahkim yöntemini hem de uyuşmazlığa uygulanacak özel hukuk sistemini önceden belirlemişlerdir, böylece, mali yasaların kısıtlayıcı etkisinin en aza indirilmesi amaçlanmaktadır. Tüm bu düzenleme ve planlamalara rağmen yasalar devletten bağımsız olamayacağına ve bir sözleşme en nihayetinde herhangi bir devletin yasalarına tâbi olacağına göre, uluslararası tahkimde, hakem, tahkim sonucu sonunda çıkacak kararı sözleşme konusunun yerine getirileceği yerde uygulanabilir kılmak durumundadır⁴⁴⁴. Örneğin *Mitsubishi* davasında, davayı kaybeden tarafın devleti, "mahkeme ve yasa seçimi" yöntemi ile kendi mali yasalarından kaçınılmasını onaylamamıştır⁴⁴⁵.

Uluslararası Hukuk Enstitüsü eski Başkanı Pierre Lalive, tahkimin mutad meskenin değişimi ile ortaya çıkan uyuşmazlıkları çözümlemesini ele aldığı makalesinde, "hakem, tarafların meşru beklentilerini karşılamak için, uygun bir ölçüde bir ya da daha fazla devletin kamu düzenini dikkate almakla yükümlüdür, taraflar, hakemin devletlerin kamu düzenini ihlal etmesini ya da mevcut ihlali onaylamasına bekleyemezler⁴⁴⁶" demiştir. Hakem, tahkimin ancak devletler desteklediği sürece işleyeceğinin farkındadır. Tahkim, uyuşmazlıkla doğrudan ilgisi

⁴⁴³ Bknz. Currie, "The Disinterested Third State", s. 754- 794

⁴⁴⁴The ICC Rules of Arbitration, International Chamber of Commerce, 2012, Article 21& Article 26(Çevrimiçi) <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration/#top> 9 Temmuz 2013; Karl- Heinz Böckstiegel, "Public Policy and Arbitrability", **ICCA Congress Series**, Ed. Pieter Sanders, The Netherlands, Kluwer, 1987, s. 177, 185, 186; Ayrıca bknz. Pierre Lalive, "Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration", **ICCA Congress Series**, Ed. Pieter Sanders, The Netherlands, Kluwer, 1987, s. 257- 273

⁴⁴⁵ *Mitsubishi v. Soler Chrysler- Plymouth*, 473 U.S. 614 (1985)

⁴⁴⁶ Pierre Lalive, "On the Transfer of Seat in International Arbitration", **Essays in Honor of Arthur T. Von Mehren**, Ed. James A.R. Nafziger& Symeon Symeonides, New York, Transnational Publishers, 2002, s. 532- 535

olan devletlerin politikalarından, düzenlemelerinden kaçınmak için kullanılan bir araç haline geldiğinde, devletler de desteklerini sorgulamaya başlayacaklardır⁴⁴⁷.

Hem Pierre Lalive'in, hem de Ole Lando'nun makalesinde belirtilen sebeplerden, uluslararası tahkimde hakemlerin, uyuşmazlığın çözümü sürecinde, uyuşmazlıkla doğrudan ilgisi bulunan devletlerin mali yasalarının uygulanmasına, bu yasalar *lex causae*'nin dışında kalsalar dahi daha ılımlı yaklaşıtları görülmektedir. Ulusal mahkemeler önünde görülen davalarda durum bundan çok daha farklı olabilmekteydi; mahkeme uyuşmazlığın çözümünde kendi devletinin veya A devletinin mali yasalarının uygulanması seçeneği ile karşı karşıya kaldığında beklendiği üzere elbette kendi devletinin yasalarını tercih edecekti. Ulusal mahkemeler bazen de sadece kendi devletlerinin cebri icra tekeliini korumak adına yabancı devletin mali yasalarını dava dışında tutmaktadır. Yine de, hakemlerin, taraf otonomisini kısıtlayan emredici kuralları uyuşmazlığın çözümünde ilk tercih yapmaları beklenmemelidir. Tahkim müessesinde karara sözleşmelerin uygulanırılığını teşvik etmek amacıyla dikkatli hukuki incelemeler sonucu varılmaktadır. Tahkim sürecinde beklenen nihai fayda, uluslararası ticareti teşvik etmektir.

Özel bağlama noktası, ancak ulusal kanunlar ihtilafı kurallarının farklılıkları dikkate alınmadan, özel bir amaca yönelik uluslararası andlaşmalar çerçevesindeki düzenlemeleri işaret ettiğinde ve yine özel bir amaca yönelik olarak uygulandığında bir anlam kazanmaktadır. IMF Anlaşması'nın, belirli döviz sözleşmelerini yürütülmesini yasaklayan maddesi özel bağlama noktasının amaca dönük uygulamasının en net örneğidir. Bu dar kapsamın dışında özel bağlama noktası bir kanunlar ihtilafı kuralı olarak kullanıldığında çıkar çatışmaları ortaya çıkabilecek ve ilgili tüm devletlerin beklentilerini karşılayan bir sonuca ulaşmak oldukça zorlaşacaktır. Geçmişte, bu tarz ihtilaflar mahkeme devletinin lehine basitçe *lex causae*'yı uygulamak ve yabancı kamu hukukunu sadece *lex causae* gerektirdiğinde bir veri olarak dikkate almak suretiyle çözülmüyordu. İctihada ve devletlerin

⁴⁴⁷ Ole Lando, "The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration", **International and Comparative Law Quarterly**, Volume 34, 1985, 747, 766- 767

yaklaşımlarına bakıldığında, aksine düzenleme yapan bir andlaşma yok ise, bu yaklaşımın pek de yakın bir zamanda terk edilmeyeceği söylenebilir. Uluslararası tahkimde ise, en azından kağıt üzerinde, sözleşme ile ilgisi olan devletlerin mali yasalarının, özellikle bu devletler uyuşmazlığın çözümünde meşru çıkara sahipse, dikkate alındığı görülmektedir.

Tezimizin üçüncü bölümünde yabancı kamu hukukunun, yabancı unsurlu uyuşmazlığın çözümüne yardımcı bir hukuki veri ve önmelele olarak uygulanması ele alındı. Yabancı kamu hukukunun bu alanlarda uygulanmasına ne devletlerin herhangi bir karşı politika geliştirdikleri, ne de yargı organlarının yabancı kamu hukuku yasaları bu çerçevede ele almada herhangi bir sakınca görmedikleri tespit edilmiştir. Diğer taraftan yabancı yasanın emredici kurallarının uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk olmadıkları halde uygulanması ele alındığında, bunun ancak özel bağlama noktası denilen özel bir yaklaşımla ve dolayısıyla da doğrudan yabancı kamu hukukunu işaret eden andlaşmalar mevcutsa mümkün olabildiği görülmektedir. Yabancı kamu hukukunun *lex causae* olduğu durumlarda bile uygulanıp uygulanmaması tartışılırken, özel bağlama noktası ile *lex causae* olmadığı durumlarda da uygulanmasını beklemek şüphesiz mevcut şartlar altında fazlaca iyimser bir yaklaşımdır.

BÖLÜM IV

CEZA ve VERGİ YASALARI ÖZELİNDE YABANCI KAMU HUKUKUNUN UYUŞMAZLIĞIN ESASINA UYGULANMASI

Kanunlar ihtilafi kurallarının geleneksel anlamda görevi, sözleşme, evlilik gibi özel hukuk konularında mahkeme önüne gelen yabancı unsurlu uyuşmazlığı en adil şekilde çözmek için, uyuşmazlığa uygulanacak yabancı yasayı tespit etmektir. Önceki bölümlerde ele alındığı üzere yabancı kamu hukuku yasaları bu çerçeveye, uyuşmazlığın çözümünde ele alınması gereken bir veri, önmele ve *lex causae*'nin bir yan unsuru olarak girmektedir. Mahkeme, elindeki davaya özel bağlama noktasını işleterek yabancı kamu hukukunu uygulasa bile (ticaret ambargolarında olduğu gibi), bahse konu kamu hukuku yasası özel hukuktan kaynaklanan bir hakkın yan unsuru, hukuki bir veri olarak değerlendirilmekte, *lex causae* niteliği taşımamaktadır.

Doğrudan yabancı kamu hukukuna dayanan haklar ve bu hakların elde edilememesinden kaynaklanan uyuşmazlıklar, bilinen kanunlar ihtilafi kuralları ile çözümlenmek istendiğinde ortaya birtakım sorunlar çıkmaktadır. Vergi alacağını ülke dışında tahsil etmek isteyen bir devlet, herhangi bir sözleşmeden kaynaklanan bir hakkını aramamaktadır. Ülkesinden izinsiz olarak çıkarılmış ulusal sanat hazinelerini geri almak için dava açan devlet, mülkiyet hakkını arayan bir gerçek kişi ile aynı pozisyonda değildir. Devletler, 21. yüzyılın ilk çeyreğinde bugün halen vergi alacaklarını ülke dışında tahsil etmede yani vergi yasalarını başka bir devletin mahkemelerinde uygulatmakta andlaşmaların yokluğunda başarısız olmakta, *Ortiz* davasının bir örneğini teşkil ettiği üzere, özel şahıslara ait ancak ulusların kültürel miraslarının bir parçası olan eserlerin ülke dışına çıkarılması üzerine açtıkları davalarda dahi pek bir başarı kaydedememektedirler⁴⁴⁸. Diğer taraftan, ulusal müzelerden ülke dışına kaçırılmış sanat eserleri gibi kamu mallarının yabancı

⁴⁴⁸ Attorney General of New Zealand v. Ortiz, 2 Lloyd's Rep.265 H.L. (1983)

mahkemelerde takibinde herhangi bir engelle karşılaşmamaktadır⁴⁴⁹. Bu sebeple, davacının “egemen” doğası değil, mahkeme önünde aranan hakkın doğrudan egemenlikten kaynaklanması ya da mahkeme önünde kamusal bir hakkın savunulması, açılan davalarda yabancı kamu hukuku yasasının *lex causae* olarak uygulanmasında en temel engeli teşkil etmektedir⁴⁵⁰.

A. YABANCI KAMU HUKUKUNUN UYUŞMAZLIĞIN ESASINA UYGULANMASI MESELESİ

Devletlerin ülke dışında öne sürdükleri haklarına en tipik örnek vergi alacaklarıdır. Hem devletlerin uygulamalarında hem de uluslararası hukukun kuralları açısından ülke dışında vergi alacağını tahsil üzere açılan davaların yabancı devlet açısından istenen şekilde sonuçlanma ihtimali özel andlaşmaların yokluğunda neredeyse yok gibidir. Vergi ve para birimine ilişkin talepler ancak çok kısıtlı bir çerçevede karşılık bulabilmişlerdir. Örneğin, 19. yüzyılda ABD, Konfederasyon Devletleri’nde bulunan İngiliz mallarından vergi tahsil edebilmiş; Avusturya- Macaristan İmparatorluğu Macar isyancıların İngiltere’de banknot bastırmalarını engelleyebilmişti⁴⁵¹. 20. yüzyılın ikinci yarısında, emeklilik ve sosyal güvenlik ödemelerinde uyuşmazlıklara ilişkin vakalarda, devletler yabancı mahkemelerde açtıkları davalarda kazanım sağlayabilmişler ancak sağlık sigortasından veya emeklilik maaşından yararlanıcı olmak için yabancı mahkemelerde gerçek kişilerin açtıkları davalar hem yabancı kamu hukukunun doğrudan uygulanması hem de yabancı devlete o yasanın gereğini yerine getirmesi yönünde bir telkinde bulunulması sonucunu doğuracağı için olumlu karşılanmamıştır⁴⁵². Bugün bu durumun istinasını yavaş yavaş yaygınlaşmaya

⁴⁴⁹ Kunstsammlungen zu Weimar v. Elicofon, 536 F. Supp. 829 (Eastern District of NY 1981)- 678 Ct. App. F.2d 1150 (2d Cir. 1982); Casa della Cultura Ecuatoriana v. Danusso, Trib. Torino, Mar. 25, 1982

⁴⁵⁰ Mann, “The International Enforcement ...”, s. 603, 607

⁴⁵¹ United States v. Peileau, 144 Rev. Rep. 264 (1865); United States v. McRae, 1867 L.R.-Eq. 327 (C.A.); Emperor of Austria v. Day and Kossuth, 45 Eng. Rep. 861 (1861)

⁴⁵² Weir v. Lohr, (1967) 65 D.L.R. (2d) 717 (Man. Q.B. 1967); Regierungspräsident Land Nordrhein Westfalen v. Rosenthal, 17 A.D. 2d 145, 232 N.Y.2d 963, 967 (1962); Belgium v. Albrecht & William Wannjin (1953) I.L.R. 28 (1954); Kingdom of Belgium v. E.M.J.C.H. (1953) I.L.R. 26 (App The Hague, Aug. 2, 1953)

başlayan sosyal güvenlik sözleşmeleri oluşturmaktadır. Devletler, ülke dışında memurlarının karşılaştığı bir olayda uğradığı maddi ve manevi zararın tazmini ya da memurun bakım ve tedavi masraflarının karşılanması talebi ile açtıkları davalarda da olumlu sonuçlar alabilmişlerdir⁴⁵³. Hükümetlerin, genelde Dışişleri Bakanlıkları aracılığıyla açtıkları, vasiyet bırakmamış ve mirasçısı olmayan vatandaşlarını ölümünden sonra ülke dışındaki malları almak için diğer devlet mahkemelerinde açtıkları davalar, mahkeme başvurusu halefiyet- miras hakkı olarak değerlendirdiğinde olumlu, el koyma olarak değerlendirdiğinde olumsuz sonuçlanmaktadır⁴⁵⁴.

Günümüzde yukarıdaki örneklere uluslararası hukukca da kabul edilen iki yeni dava konusunun daha eklendiğini söyleyebiliriz; rejim veya yönetim değiştiren devletlerin eski yönetime karşı açtıkları takip davaları (örneğin İran 1979, Haiti 1986, Filipinler 1986 ve 1988⁴⁵⁵) ve devletlerin, devlet güvenliği gerekçesi ile devlet sınırlarının ifşa edilmesine karşı ülke dışında açtıkları davalar (örneğin, Birleşik Krallık'ın eski bir istihbarat ajanının anılarını basacak olana yayınevine karşı açtığı *Spycatcher* davası⁴⁵⁶). Eski devlet başkanlarına karşı açılan takip davaları yıllarca sürmüş, *Spycatcher* davası Birleşik Krallık'ın istediği biçimde sonuçlanmamıştır. *Spycatcher*'da Avustralya mahkemesinin belirttiği ilkeler özellikle önemlidir; Birleşik Krallık'ın davayı kaybetmesinin en önemli sebebi aradığı hak ve öne sürdüğü tezin sadece devlete özgü bazı kuvvetlerin icrasını hedeflemesidir⁴⁵⁷. Diğer taraftan Hong Kong, 1993'te, Yeni Zelanda'da bulunan bir gayrimenkul şirketine, Hong Kong'lu şirket sahibinin, Hong Kong devlet memuru olarak aldığı rüşvetlerle edinmiş olması dolayısı ile el koymayı başarmıştır⁴⁵⁸. Daha da çarpıcı bir başka

⁴⁵³ Reyes v. United States Attorney General, Mar. 17, 1970, Cass. Civ. 1970 Journal du Droit International 923, 929, 933, 936

⁴⁵⁴ Judgment of Apr. 30, 1985, Kammergericht (Berlin), 1985 IPR, 294, 298 (F.R.G.); Estate of Maldonado, 1954 P. 223 (C.A.)

⁴⁵⁵ Republic of Haiti v. Duvalier, (1989) 2 W.L.R. 261 (C.A. 1988); Republic of Philippines v. Marcos (Marcos II), 862 F.2d. 1355 (9th Cir. 1988); Republic of Philippines v. Marcos, 806 F.2d. 344 (2d Cir. 1986); Islamic Republic of Iran v. Pahlavi, 62 N.Y.2d 474 (N.Y. 1984)

⁴⁵⁶ Attorney General (U.K.) v. Wellington Newspapers Ltd. 1 N.Z.L.R. 129 (1988)
; Attorney General (UK) v. Heinemann Publishers Australia Pty. Ltd., 165 C.L.R. 30 (1988) (Austl.)
; Malcolm Turnbull, **The Spy Catcher Trial**, UK, Salem House, 1989

⁴⁵⁷ Attorney General (UK) v. Heinemann Publishers Australia Pty. Ltd., 165 C.L.R. 30 (1988) (Austl.)

⁴⁵⁸ Attorney General v. Reid, (1993) 3 W.L.R. 1143 (U.K.P.C.2- 1 November 1993)

örnek, Endonezya devletinin, eski bir memurunun rüşvet ile elde ettiği ve daha sonra Singapur bankalarına yatırdığı paralarına el koymak amacı ile açtığı davayı kazanmış olmasıdır⁴⁵⁹.

Anılan davalar Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün kararlarında da yankı bulmuştur. Daha önceki bölümlerde de değindiğimiz üzere, Uluslararası Hukuk Enstitüsü 1975 yılında, kamu düzeni çekincesi saklı kalmak şartıyla, mahkemenin kanunlar ihtilafı kuralları ile işaret edilen yabancı yasanın bir hükmünün kamu hukuku niteliğinde olmasının onun uygulanmasında bir engel teşkil etmeyeceğini karara bağlamıştı⁴⁶⁰. Yabancı kamu hukukundan kaynaklanan bir hakkın savunulması ve başka devletlerin mahkemelerinde bu hakkın aranmasına ilişkin Enstitü iki sene sonra yeni bir karar alacaktı. Buna göre, Uluslararası Hukuk Enstitüsü, “yabancı devletlerin kamu hukukundan kaynaklanan haklarını elde etmek için ulusal mahkemeler önünde açtıkları davalar, ilkesel olarak, mahkeme eğer bunların amacının yabancı devletin egemenlik kuvvetinin ülke dışında yürütülmesi olduğuna kanaat getirirse, reddedilecektir⁴⁶¹” demiştir. Ancak diğer taraftan, davanın özel amacı yabancı kamu hukukunun uygulanmasını meşrulaştırıyorsa, uluslararası dayanışmanın gereği yabancı devletin haklarının, bu özel davada, gözetilmesini gerektiriyorsa ya da uyuşmazlığın çözümü ile ilgili doğrudan bağlantısı olan devletlerin çıkarları ile uyumlu ise, mahkeme, davalının haklarını da gözeterek, tartışılan tipteki davaları kabul edebilecektir⁴⁶². Uluslararası Hukuk Enstitüsü'ne göre yukarıdaki kararında belirtilen kural ve onun istisnası dışında kalan ve kamu hukukundan kaynaklanan diğer haklar mahkeme devleti tarafından ancak özel hukuktan kaynaklanan hakların kullanılmasında önemli ve yardımcı bir nitelik taşıyor ise kabul edilebilecektir⁴⁶³.

⁴⁵⁹ Sumitomo Bank Ltd. v. Tahir (1993) 1 SLR 735, SGHC 301 (1992)

⁴⁶⁰ The Institute of International Law- Institut de Droit International, “The Application of Foreign Public Law”, Twentieth Commission, Rapporteur: Mr. Pierre Lalive, Session of Wiesbaden- 1975, 11 August 1975

⁴⁶¹ The Institute of International Law -Institut de Droit International, “Public Law Claims Instituted by a Foreign Authority or Foreign Public Body”, Twentieth Commission, Rapporteur: Mr. Pierre Lalive, Session of Oslo- 1977, 1 September 1977

⁴⁶² A.e.

⁴⁶³ A.e.

Enstitü'nün yabancı kamu hukukundan kaynaklanan hakların ulusal mahkemeler önünde çekincesiz ileri sürülebileceğini ilan ettiği dar alan, sosyal güvenlik hukuku gibi⁴⁶⁴, kamu hukuku mu yoksa özel hukuk mu kimi ülkelerde net sınırların belli olmadığı bir alandır ve uygulanması zaten ve doğrudan bireyin lehinedir, yani özel hukuktan kaynaklanan hakların kullanılmasında önemli ve yardımcı nitelik taşımaktadır. Enstitü'nün 1977 yılında aldığı karara konu olan kamu hukukundan kaynaklanan haklar, daha kesin ve doğrudan devletin egemenliğinden kaynaklanmaktadır. Bugün gittikçe daha fazla tartışılan ve kimi devletlerce hayata geçirilmiş olan, özellikle AB'nin kendi içinde ve komşuluk politikası çerçevesinde diğer ülkelerle olan anlaşmalarında ele alınan, kamu hukukundan kaynaklanan hakların değerlendirilmesinde gelişmiş işbirliği ve karşılıklı yardım eğilimi, kamu hukuku yasalarının doğrudan egemenin bir çıkarını koruyorlarsa dahi ulusal mahkemelerde uygulanmasını hiç tartışılmadan reddedilen bir konu olmaktan çıkartmıştır. Belki de 1977 yılının konunun tartışılması için biraz erken bir dönem olması, Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün Oslo Kararı'na doğrudan yabancı kamu hukukuna dayanan hakların anlaşmaların mevcudiyeti halinde kabul edilmesinin eklenmesi önerisinin ezici bir çoğunlukla reddedilmesine sebep olmuştur. Bugün yabancı kamu hukuku özellikle ikili anlaşmaların mevcudiyetinde ve bazı özel koşullarda uygulanabilmektedir. İlerleyen sayfalarda bu konu ayrıntılı olarak incelenecektir. Bu gelişmelere rağmen, özel hukuk kişilerinin haklarının savunulması ile bağlantılı olanlar dışında kalan kamu hukuku yasalarının sınır aşan uygulaması bir tartışma konusu olmaya devam etmektedir. Tartışmanın en önemli ayağını ulus- aşırı düzeyde vergi toplama meselesi oluşturmaktadır. Egemenin haklarının ve dolayısıyla da kamu hukukunun özü, çekirdeği sayılabilecek alanda kalan yasaların doğrudan diğer devletlerde uygulanamayacağı, bu sebeple de mecburen ortaya çıkan dolaylı uygulama da bir başka sorundur. Aşağıda bu konular incelenecektir.

⁴⁶⁴ A.e.

B. YABANCI VERGİ YASALARI

Yabancı kamu hukukunun sınır aşan etkileri en çok tartışılan alanı vergi yasalarıdır. Vergi yasalarının ülke dışında uygulanması devletlerin konunun tartışılmaya başlandığı en erken tarihlerden beri özellikle reddettikleri bir mesele olmuştur. Burada en önemli neden vergi yasalarının uygulanmasının doğrudan yabancı devleti ilgilendirmesi, yabancı devletin egemenlik haklarını korumaya yönelik bir tasarruf olmasıdır. Günümüzde vergi kaçakçılığını ve çifte vergilendirmeyi önlemek amacı ile devletlerin vergi andlaşmaları imzaladıkları ve birbirlerinin vergi yasalarına dolaylı ve hatta zaman zaman doğrudan sınır aşan etki tanıdıkları gözlemlenmektedir. Bu çerçevede önce yabancı vergi yasalarının mahkemenin önüne doğrudan gelmesi halinde genelde neden uygulanmadığını örneklerle inceleyecek, ardından da devletlerin andlaşmalar aracılığıyla “uygulanmazlık” kuralını aşma yönündeki çabalarını değerlendireceğiz.

Önceki bölümlerde de vurgulandığı üzere 1775 gibi erken bir tarihte Lord Mansfield bir ülkenin diğerinin vergi yasalarını hiçbir suretle dikkate almayacağını öne sürmüştü⁴⁶⁵. Bugün pek çok ülkede bu önermenin halen geçerli olduğunu söyleyebiliriz. Uluslararası hukuk bakımından da yabancı vergi yasalarının ulusal mahkemeler önünde uygulanıp uygulanmaması genelde tartışılmayan bir konudur ve bazı devletlerin iç hukuklarında da bu durum ayrıca tespit edilmiştir. Öte yandan, uygulanmazlık kuralının tüm devletlerin zararına olan dolandırıcılık faaliyetlerini kolaylaştırdığı, vergi kaçakçılığını arttırdığı ve ulusal gelirlere düşüşe sebep verdiği de yadsınamaz.

Özel andlaşmaların yokluğunda, geleneksel kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayan Kıta Avrupası devletinin perspektifinden “yabancı vergi yasalarının uygulanmaması” kaydı alışıl gelmiş ve sıradan uygulamadır. Her ne sebeple olursa

⁴⁶⁵ Holman v. Johnson, 98 Eng. Rep. 1120, 1121 (K.B. 1775)

olsun, ABD dışında⁴⁶⁶, o da eyaletlerin kendi aralarında, yabancı vergi yasalarının uygulanmasına yönelik yazılı bir kanunlar ihtilafı kuralına rastlanmamaktadır. Bu sebeple, aksini düzenleyen bir andlaşma yoksa, vergi yasalarının uygulanması, dava ne kadar iyi tesis edilmiş olursa olsun mümkün görünmemektedir. Uygulanmazlık kuralı resmen ilk kez İngiltere’de ifade bulmuş, onu Kıta Avrupası’ndaki devletler takip etmiştir. Diğer taraftan ABD’de, Federasyon içerisindeki tüm devletler birbirlerinin vergi yasalarını mütakabiliyet esası doğrultusunda uygulamaktadırlar. Amerika örneğini, homojen bir yasal toplulukta, tek tip hukuki standartların mevcudiyeti ile, vergi yasalarının karşılıklı uygulanmasının devlet egemenliği kavramına aykırı sonuçlar doğurmadığının önemli bir örneği olarak gören yazarlar da mevcuttur⁴⁶⁷. Ancak çalışmamız kapsamında uluslararası hukuk açısından değerlendirme yaptığımızdan, federasyonlar ve birlikler içerisindeki uygulamaları dikkate almadan devam edeceğiz.

1. ULUSLARARASI HUKUKUN ETKİSİ ve ANDLAŞMA YÖNTEMİ

F. A. Mann 1987’de yayınlanan makalesinde yabancı vergi yasalarının sınır aşan uygulamasını reddeden kuralın uluslararası hukuktan kaynaklandığını ileri sürmüştü⁴⁶⁸. Mann’ın görüşünü destekleyen içtihatlar bulunmaktadır⁴⁶⁹. Devlet, egemenliğinden kaynaklanan yürütme yetkisini ülke dışında vergi toplama amacıyla ancak mahkeme kararlarının sonuçlarını kesinleştirmede ya da kamu hukuku yasalarının özel hukuk yasalarına uyumunu tatbik etmede kullanabildiği kadar kullanacaktır. Ülkesel egemen açısından anahtar tanım Max Weber’in belirttiği

⁴⁶⁶ Herbert W. Greenberg, “Extrastate Enforcement of Tax Claims and Administrative Tax Determinations Under the Full Faith and Credit Clause”, **Brooklyn Law Review**, Volume 43, 1977, s. 642

⁴⁶⁷ Leflar, “Extrastate Enforcement ...”, s. 193, 215- 219; Eugene F. Scoles & Peter Hay & Patrick J. Borchers & Peter Hay, **Conflict of Laws**, USA, West Publishing Company, 1982, s. 1325- 1340

⁴⁶⁸ Mann, “International Enforcement ...”, s. 603, 607

⁴⁶⁹ Government of India v. Taylor (1955) A.C. 491 (H.L.); Huntington v. Attrill, (1893) A.C. 150 (P.C. 1892)

meşru cebri icra tekelidir⁴⁷⁰ ve yabancı devletlerin diğer devletlerde uygulamak istedikleri her türlü işlem mahkeme devletinin resmi kurumları aracılığı ile gerçekleştirilmelidir.

Devletler yasama yetkilerini ülke dışındaki kişiler ve işlemleri vergiye tâbi kılmak için kullanabilirler. Ancak, devletin kendi ülkesinde mukim bir vatandaşından vadesi geçmiş vergi borcunu tahsil etmeye kalktığını ve gerçek kişinin başka bir ülkeye kaçtığını varsayalım; alacaklı devlet elbette bu noktadan sonra uluslararası hukukun koyduğu sınırlar içerisinde hareket edebilecektir. Eğer vergi kaçıranın yeni ikamet etmeye başladığı devlet isterse, kendi hukuk mekanizmasının, ödemekten kaçınılan verginin tahsil edilmesi için kullanılmasına müsaade edebilir. Bu iznin andlaşma yoluyla mı, Dışişleri Bakanlığı'nın bir işlemi ile mi yoksa sadece bir mahkeme kararı ile mi ifade bulacağı tamamen mahkeme devletinin iç hukukunu ilgilendiren bir konudur.

Yabancı vergi yasalarının ulusal mahkemelerde doğrudan uygulanması üzerine mahkeme kararlarındaki belirgin eksikliğin iki önemli nedeni bulunmaktadır. Öncelikle, bir devletin iç hukukunda kemikleşmiş vergi sistemi oldukça karmaşık bir kurallar, düzenlemeler ve muhasebe ağıdır. Bazı ülkelerde vergi sistemi özel bir bürokrasi tarafından ayrı bir vergi mahkemesi hiyerarşisinin hukuki danışmalığında yürütülmektedir. Hukukun her alanı uzmanlaşmayı gerektirmekte ancak bir ülkede vergi uyuşmazlıkları alanında karar vermek hem bu özel alanda uzmanlaşmayı hem de ileri derecede muhasebe bilgisini gerektirmektedir. Hukukun bu özel dalının, yabancı mahkemede adil olarak uygulanması oldukça zorlu bir görevdir. Yabancı vergilendirme sürecinin veya vergi borçlarının oluşum sürecinin, kaynağının vs. ulusal bir kararla değerlendirilmesi usul açısından da fazlasıyla kapsamlı ve meşakkatli bir görevdir⁴⁷¹. Temel olarak bu nedenden ötürü devletler arasındaki çoğu ikili andlaşma vergi yasalarının karşılıklı olarak tam anlamıyla uygulanmasını

⁴⁷⁰ Max Weber, **Politics as a Vocation**, Free Students Union of Munich University, 1919, (Çevrimiçi) <http://anthropos-lab.net/wp/wp-content/uploads/2011/12/Weber-Politics-as-a-Vocation.pdf> 24 Şubat 2013

⁴⁷¹ ..., "International Enforcement of Tax Claims", **Columbia Law Review**, Volume 50, No 4, Apr. 1950, s. 490, 496- 504

sağlayamamaktadır⁴⁷². Yine aynı tip andlaşmaların taraflarının, andlaşmanın uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için, Uluslararası Adalet Divanı'na veya Uluslararası Tahkim'e gitmeyi reddetme eğiliminde oldukları görülmektedir.

Kamu düzeni çekincesi de yabancı vergi yasalarının uygulanmamasında önemli bir başka nedendir. Göçmen kabul eden ülkeler, ileride vatandaşlıklarına alabilecekleri kimselerin vatandaşı oldukları devletlerin taleplerini yerine getirmekte çekingen davranabilirler. Göçmenlerin haklarını savunmak adına devletler, bir önceki ikametgah devletinin yasalarına şüphe ile yaklaşabilmektedirler. Vergi cenneti olarak bilinen bazı ülkeler, gelecekteki “varlıklı” sakinlerini, banka çıkarlarının korunması ve “uygulanmazlık” kuralına sadık kalınması sözü ile kendilerine çekmektedirler⁴⁷³.

Devletler arasında vergi yasalarının karşılıklı olarak uygulanmasına dair hükümler içeren andlaşmalar bu alanda uygulamayı mümkün kılan örneklerden birini teşkil etmektedir. Türkiye örneğinde ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz vergi kaçakçılığı ve çifte vergilendirmeyi önleme andlaşmalarında, vergi yasalarının karşılıklı uygulanmasına yönelik hükümlerin/ şartların da dahil edilmesi özellikle ABD tarafından II. Dünya Savaşı sonrası tercih edilen ve yerleştirilmek istenen bir yöntem olmuştur. Ticaret hacmi oldukça geniş ve göç alan bir ülke olan Almanya da düzenlediği pek çok ikili andlaşma vergi yasalarının karşılıklı olarak uygulanmasının önünü açan bir diğer ülke olmuştur⁴⁷⁴. Öte yandan, aksi yönde bir çaba ile, para cezalarının tahsil edilmesinin karşılıklı uygulanmasını öngören andlaşmaların, açık bir hükümlerle, vergi yasalarını veya bunlara dayanılarak verilen mahkeme kararlarını kapsam dışı bıraktıkları görülmektedir⁴⁷⁵. Özellikle İsviçre, diğer devletler ile cezai

⁴⁷² Mario Züger, **Arbitration under Tax Treaties: Improving Legal Protection in International Tax Law**, Amsterdam- The Netherlands, IBFD Publications BV, 2001, s. 1- 17

⁴⁷³ Örneğin Aktör Gerard Depardieu'nin Fransız vatandaşlığından çıkıp Rusya Federasyonu vatandaşlığına geçmesi

⁴⁷⁴ 63 BVerfGE 343, 362 (1983)- Almanya'nın Danimarka, Fransa ve Belçika ile olan anlaşmaları; John Trone, **Federal Constitutions and International Relations**, Oregon- USA, POD Centre, 2003, s. 116- 139

⁴⁷⁵ Netherlands v. Ruffer, 1979 E.C.J. 814/ 79, Judgment of the Court 16 December 1980, 1980 E.C.R. 3807; LTU v. Eurocontrol, 1976 E.C.J. 29/ 76, Judgment of the Court 16 December 1980, 14

konulardaki işbirliğinin vergi konusunda yasal yardımı kapsamadığını açıkça belirtmiştir⁴⁷⁶. Burada elbette İsviçre'deki finansal kuruluşların özel konumunun da etkisi göz ardı edilemez. Diğer taraftan olumlu bir özel örnek ise, Avusturya ve Federal Almanya'nın, Doğu ve Batı Almanya birleşmeden ve Avusturya Avrupa Birliği'ne (o zamanki adı ile Avrupa Toplulukları) katılmadan önce, 1970 yılında yaptıkları, gümrük işbirliği anlaşmasıdır. Anlaşma, gümrük vergilerinin karşılıklı olarak uygulanmasını öngörmekteydi ve üstelik geçmişi de kapsayacak şekilde hazırlanmıştı, yani imzalanmasından önceki vergilendirmeler de içerik dahiline alınıyordu.

Vergi yasalarının karşılıklı uygulanması amacıyla devletlerin tekil çabalarının yanı sıra Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Teşkilatı'nın girişimleri özellikle öne çıkmaktadır. OECD vergi sistemlerinin etkisini arttırmak amacıyla kuruluşundan itibaren bu mesele ile ilgilenmiştir. Amaç uluslararası sistemin en temel sorunlarından birine devletlerin ortak ilkeler ile yaklaşımını sağlamaktır⁴⁷⁷. Bugün, vergi konusunda bilgi akışını öngören pek çok ikili anlaşma mevcuttur. Hükümetler arasında vergilendirme süreci, bilgilendirme ve vergi toplama aşamalarında artan/artacak işbirliği gelecekte vergi yasalarının ülke dışı uygulamasını daha da sistematik hale getirerek vergi sistemlerinin etkinliğini en üst seviyeye taşıyacaktır. Vergi cenneti ülkelerin durumu ise bu uygulamada en önemli sorunu teşkil etmektedir

2. YARI DOĞRUDAN UYGULAMA

Herhangi bir andlaşmanın yokluğunda yabancı vergi yasalarının *lex causae* olarak uygulanması pek de sık rastlanan bir durum değildir. Devletlerin bugün konuyu ikili andlaşmalarla aşmaya çalıştıkları belirtilmişti. Diğer taraftan, yabancı vergi yasasını doğrudan uygulamadan, o yasaya dayanan yabancı mahkeme kararını

October 1976, 1976 E.C.R. 01541; European Economic Community, "The Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters"- Brussels I, (adopted 27 September 1968- entry into force 1 February 1973), Brussels, 1262 UNTS 153; 8 ILM 229

⁴⁷⁶ Elliott A. Stultz, "Swiss Bank Secrecy Law and United States Efforts to Obtain Information from Swiss Banks", **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, Volume 21, 1988, s. 96- 105

⁴⁷⁷ <http://www.oecd.org/tax/treaties/oecdmtcavailableproducts.htm> (Çevrimiçi) 23 Ağustos 2014

uygulayıp uygulamama sorunu da devletlerin üzerinde karar vermesi gereken bir başka konudur. Burada, yabancı mahkeme kararının uygulanması halinde, yabancı vergi yasası dolaylı olarak uygulanmış olacak ve böylece yine yabancı devletin doğrudan egemenliğine dayanan bir hakkı, vergi toplama hakkı, korunmuş olacaktır.

Daha önce de belirtildiği üzere, devletlerin alacaklarına ilişkin kararların karşılıklı uygulanması üzerine andlaşmalar genelde diğer sözleşmeciler tarafların vergiler üzerine aldıkları yargı kararlarını kapsamamakta, taraflar özellikle bu hükmü andlaşmalarına koymaktadırlar. Yabancı ülkelerin yargı kararları üzerine benzer hükümler bazen çok kısıtlı bir kapsamda ulusal yasalarda da yer bulabilmektedir. Diğer taraftan çalışmamız boyunca ülke içerisindeki uygulamalarını bir federasyon olması nedeniyle dışarıda bıraktığımız ABD’de eyaletler, Federal Anayasa’nın “tam inanç ve güven” şartına istinaden birbirlerinin vergi üzerine aldıkları kararları uygulamakla yükümlüdürler⁴⁷⁸. Uluslararası düzeyde de temerrüde düşmüş ve bu sebeple hakkında bir mahkeme kararı bulunan vergi mükellefine (ve hakkında verilmiş hükme), yabancı vergi yasasından ve bunun doğrudan uygulanmasından farklı bir muamele yapılması için bir sebep bulunmamaktadır. Özellikle temerrüt durumlarında ilgili yasanın hakkaniyetli uygulanması en temel meseledir. Öte yandan, vergi yükümlülüğüne ilişkin yasanın menşei ülkede “hâkim hukuku bilir-jura vovit curia” ilkesi gereği daha adil ve belki de çoğu zaman mükellefin lehine uygulanacağı da bir gerçektir. Dolayısıyla yabancı devlet mahkemesinde alınmış vergi kararlarını da uygulanmazlık kuralı içine dahil etme çabaları süregelmektedir.

Yabancı vergi kararlarının uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin tartışmaları beraberinde getiren *United States of America v. Harden* davası, bu konuda literatürde üzerinde oldukça fazla yorum yapılmış bir davadır. Vergi borcu üzerine açılan davada Amerikan mahkemeleri davalının borcunu ödemesini hükme bağlamıştır. Akabinde davalı, ikametgahını İngiliz Kolombiyası’na taşımış, kendisi aleyhine ABD’de alınan mahkeme kararının uygulanmasından da böylece kaçınmıştır. Kanada Yüksek Mahkemesi, alt derece mahkemelerinin verdiği kararı onayarak

⁴⁷⁸ Milwaukee County v. M. E. White Co. 296 U.S. s. 268 (1935)

uygulanmazlık kuralının yabancı vergi yasalarını ve dolayısıyla da yabancı vergi mahkeme kararlarını da kapsadığını gerekçeli kararında belirtmiştir⁴⁷⁹. Kanada mahkemelerinde görülen davalarda, hiçbir aşamada ne Amerika'da davalı aleyhine çıkan kararın oldukça hafif olduğundan ne de davalının ülke değiştirerek egemen devletin meşru ve kabul edilmiş bir hakkını, vergi toplama hakkını, gasp ettiğinden bahsedilmemiştir.

ABD aleyhine çıkan bu karardan yaklaşık 15 yıl sonra, *British Columbia v. Gilbertson*⁴⁸⁰ ABD mahkemeleri mütekabil uygulamaya bir göndermede bulunmuşlardır. İngiliz Kolombiyası eyaleti dört ABD mukiminin vergi ödemesini öngören bir mahkeme kararını uygulatmak istemiştir. Davalılar, İngiliz Kolombiyası vergi otoritesine daha önce itirazda bulunmuşlar ve ödeyecekleri miktar üzerinden önemli bir indirim almışlar ancak, yine de temerrüde düşmüşlerdir. Amerikan Temyiz Mahkemesi, İngiliz Kolombiyası'sının açtığı davayı reddetmiş ve uygulanmazlık kuralının hem yabancı vergi yasalarını hem de bu yasaların uygulanmasını yansıtan mahkeme kararlarını kapsadığını hükme bağlamıştır. Mahkemeye göre, mütekabiliyet ilkesi işlemesi halinde de İngiliz Kolombiyası mahkemesinin *Harden* kararı⁴⁸¹ dolayısıyla yine yabancı mahkemenin vergi mükellefiyeti üzerine verdiği karar uygulanamayacağının altını çizmiştir.

Gerçek kişilerin yükümlülüklerinden kaçınmalarına yol açması dolayısıyla bu kararların adalet duygusunu tatmin ettiğini söylemek oldukça zordur, kanaatimiz devletlerin uygulamaları düzeyinde meselenin tamamen politik çıkarlar doğrultusunda ilerlediği yönündedir. Örnekte ele alınan *Harden* ve *Gilbertson* davalarında kronoloji farklı olsa idi, sonuç kuvvetle muhtemel ki daha farklı olabilecekti. Ancak mevcut veriler ışığında, devletlerin uygulamalarından, yabancı vergi yasalarının uygulanmadığı gibi, yabancı devletin kendi mahkemelerinde vergi yasalarına dayanarak aldığı kararların da, neredeyse diğer tüm yabancı mahkeme

⁴⁷⁹ United States v. Harden, (1963) S.C.R. 366, 1963 S.C.R. LEXIS 37 (Sup. Ct. Can.)

⁴⁸⁰ British Columbia v. Gilbertson, 597 F.2d 1161; 1979 U.S. App. LEXIS 15993

⁴⁸¹ A.e.

kararlarının tanındığı bir uluslararası ortamda, tanınmadığı ve bu konuda (eğer özel bir andlaşma yoksa) ayrıca direnç gösterildiği anlaşılmaktadır.

Yabancı vergi yasalarının veya bunlara dayanan yabancı mahkeme kararlarının andlaşmalar aracılığı ile doğrudan uygulanır kılınması muhtemelen uzunca bir süre daha kuraldansa istisnayı oluşturmaya devam edecekken, çifte vergilendirmeyi önleme andlaşmaları gerekli bilgilerin paylaşılmasını ve andlaşmaya taraf devletlerin hazine ve/ veya maliye bakanlıklarının bu amaçla birlikte çalışmalarını öngörmektedir. Böylelikle ülkede ikamet eden yabancıların ticari faaliyetlerinden elde ettikleri gelir ve ödedikleri vergi, vatandaşı oldukları devlet ile herhangi bir bürokratik işlemler zincirine gerek olmadan paylaşılacak; hem yabancı girişimcilerin anavatanlarında ödeyecekleri vergi miktarı düzenlenecek, böylelikle mağduriyet yaşamaları önlenecek; hem de andlaşmaya taraf devletlerin çeşitli dolandırıcılık faaliyetleri ya da yasalardaki boşluklardan faydalanan gerçek veya tüzel kişiler dolayısıyla hazinenin en önemli gelirinden mahrum kalması engellenmiş olacaktır.

Kaynağında beyan edilmemiş ve ülke dışındaki bankalara yatırılmış mevduatlar ise ayrıca sorun oluşturmaktadır. Devletlerin geliri vergilendirmek için mevduatın yatırıldığı ülkenin yasal yardımına ihtiyaç duyduğu açıktır. Yabancı vergi yasalarının ülke dışında dolaylı yoldan etki doğurmasının bir başka örneği olan bu bilgi paylaşımı devletler açısından uluslararası hukukun getirdiği bir zorunluluk mudur? Bu konuda düzenlenen en kapsamlı hukuki belgelerden biri olan Medeni ve Ticari Konularda Yabancı Ülkede Delil Toplanmasına İlişkin 18 Mart 1970 tarihli Lahey Sözleşmesi⁴⁸² dahi Kıta Avrupa'sı ülkelerini yabancı ülkede bulunan mevduatlara ilişkin herhangi bir işlemi yapmaya zorlayamamaktadır. Kıta Avrupa'sı devletleri, ki daha sonra Avrupa Birliği de sözleşmenin taraflarından biri olacaktır, vergi alacaklarının medeni ve ticari meseleler içerisinde sayılamayacağını iddia etmekte ve sözleşmeyi buna göre yorumlamaktadırlar. Hem Birleşik Krallık hem de

⁴⁸² Hague Conference on Private International Law, "Hague Convention on the Taking of Evidence Abroad in Civil and Commercial Matters", (adopted 18 March 1970- entry into force 7 October 1972), The Netherlands, 847 UNTS 241

ABD buna karşı görüş beyan etmişlerdir⁴⁸³. Bu bağlamda, Lordlar Kamarası, Norveç'in kendi ülkesinde kendi vergi yasalarını uygulamak için İngiltere'den istediği yasal yardımı (bilgiyi) sağlamış, hem Norveç hem de Birleşik Krallıkta bu talep ve yerine getirilmesi sadece yasal yardım olarak ele alınmış ve Norveç yasalarının ne doğrudan ne de dolaylı olarak uygulanması olarak değerlendirilmemiştir⁴⁸⁴.

Devletin vergi alacaklarının ülke dışına uzanmasının farklı diğer iki yolu da veraset ve intikal vergisi ile, iflas eden kuruluşların vergi ödemelerinin takibidir. Vasiyet tenfiz memuru (eğer atandıysa) ve iflas sonrası yediemin yurt dışındaki malların takibinde bu sebeple, az ya da çok, devletin vergi toplamasını destekleyen, yardımcı olan bir görev ifa etmektedirler. İrlanda'da oldukça ses getiren *Buchanan v. McVey* davasında⁴⁸⁵, İskoç şahıs şirketinin nakit elde etmek amacı ile şirketin bazı mallarını satması üzerine İskoç devleti adına çalışan tasfiye memuru, tasfiye işlemini gerçekleştirememiştir. Şirket, nakde çevirdiği şirket mallarının karşılığını da ülke dışında, İrlanda'da bir hesaba yatırmıştır. Tasfiye memurunun İrlanda'da açtığı davada mahkeme, tasfiye memurunun devlet adına vergi toplama işlemini gerçekleştirmek için çalıştığını dolayısıyla da burada yabancı vergi yasasının dolaylı da olsa uygulanması amacı görüldüğünü belirterek davayı reddetmiştir⁴⁸⁶. *Buchanan v. McVey* davası bugün kuralın istisnasını teşkil etmektedir. Özellikle yabancı ülkedeki mal varlığından alacak tahsil edilmesinde devlet görevlilerinin başarılı olabildikleri görülmektedir⁴⁸⁷. Devletler arasında, devlet görevlileri aracılığı ile miras ve iflas konularında, mütekabiliyet esasına göre yardımlaşmalar her geçen yıl artmaktadır.

⁴⁸³ Bruno A. Ristau, **International Judicial Assistance: Civil and Commercial**, Washington, International Law Institute, Volume I, 2000, s. 426

⁴⁸⁴ Norway's Application, 2 W.L.R. 477- 478

⁴⁸⁵ Peter Buchanan Ltd. v. McVey (1954) I.R. 89, 106 (Ir. H. Ct. 1950), (1954) I.R. 110 (Ir. S.C. 1951)

⁴⁸⁶ **A.e.**

⁴⁸⁷ Matter of Tucker, 1988 Fleet St. R. 154 (Manx High Court); Priestley v. Clegg, 1985 3 S.A. 955; Ayres v. Evans, 56 Fed.L.R. 235 (1981)

C. DEVLETLER ARASINDAKİ İLİŞKİLERİN SONUCU OLARAK YABANCI KAMU HUKUKUNUN UYGULANMASI

Önceki bölümlerde incelendiği üzere özel bağlama noktası, mahkemenin kanunlar ihtilafı kurallarının işaret ettiği yasalar yerine yabancı devletin emredici yasalarının istisnai olarak uygulanmasıdır. Burada en önemli etken yabancı devletin uyuşmazlıkla olan özel ilişkisi sebebiyle onu düzenlemekte üstün gelen çıkarıdır. Bu teoriye göre hareket edildiğinde, yabancı devletin emredici yasasının hükümlerinin, mahkemenin kanunlar ihtilafı kurallarına göre geçerli veya uygulanabilir olan bir işlemi, geçersiz ve uygulanamaz kılması sonucu doğabilmektedir.

Özel bağlama noktasının olumlu olarak uygulandığı bir örnek ise “tercihli uygulama”dır. Normal şartlar altında, benzer davalarda, mahkemenin kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanması söz konusu olmayan kamu hukuku yasaları, yabancı kamu yararının gözetilebilmesi için istisnai olarak uygulanmaktadır. Aşağıda bu doğrultuda incelenecek örnekleri sıralamak gerekirse; Sovyetler Birliği’nin millileştirme tasarrufları uyarınca imzalanan *Litvinov* Anlaşması ve uygulanması, çeşitli örnek davalarda savaş zamanı menkul ve gayrimenkullerin el değiştirmesi ve döviz kontrol yasalarının uygulanması sayılabilir. Döviz kontrol yasalarının uygulanması daha önce incelendiğinden, aşağıda SSCB’nin *Litvinov* Anlaşması doğrultusundaki uygulamaları ile savaş zamanı mal varlıklarının durumu incelenecektir.

1. ABD’NİN SSCB’Yİ TANIMASI ve MİLLİLEŞTİRMELERİN DURUMU

1918 yılında o zamanki adı ile Rusya Cumhuriyeti, Rus bankalarını, sigorta ağını ve sanayiye millileştirdi ve dolayısıyla önceden ipotek altındaki Rus kuruluşlarının yasal statüsünü de bozmuş oldu⁴⁸⁸, zira bunların tüm varlığı devlete geçecekti. Millileştirme tasarrufunun ülke dışındaki varlıklara etkisi, devletin bunlara

⁴⁸⁸ Lazard Bros. & Co. v. Midland Bank, 1933 A.C. 289

da el koyma niyetinin olası sonuçlarının öngörülemezliği dolayısı ile bir süre belirsizliğini korudu. Her durumda, kanunlar ihtilafının bilindik kurallarının millileştirme ve özellikle de el koymanın sınırlarını belirgin şekilde çizmesi (*lex rei sitae*, ülkesellik ve kamu düzeni) önce Rusya Cumhuriyeti'nin daha sonra da halefi Sovyetler Birliği'nin ülke dışındaki mal varlıklarına ilişkin iddialarda hareket alanını kısıtlıyordu. Buna ek olarak, hem Rusya Cumhuriyeti'nin hem de SSCB'nin tanınmasının gecikmesi özellikle Amerikan mahkemelerinde Sovyet yasalarının uygulanması önünde bir engeldi; ABD mahkemeleri uzunca bir süre bu devletlere ve yasalarına kapalı kalacaktı⁴⁸⁹. Nihayet 1933 yılında ABD, SSCB'yi tanıyacak ve SSCB Amerikan vatandaşları ve kuruluşlarının el koymuş olduğu varlıklarını iade edecekti⁴⁹⁰. Anlaşmanın bir gereği olarak SSCB, el koymuş olduğu menkul ve gayri menkulleri kendiliğinden iade etmeyecekti, bunun için dava açılması, talebin oluşması gerekiyordu. Ancak ABD, 1918 öncesi Rus kuruluşlarının ABD sınırlar içerisinde kalan mal varlıkları için de dava açtı, bunların da millileştirme vasıtasıyla Rusya Cumhuriyeti'nin malı olduğu iddiasındaydı. Mahkeme, ulusal egemenin açtığı bir dava olduğundan, yabancı devletin doğrudan egemenliğine dayanan haklarının arandığı gerekçesi ile bu davaları reddedemedi. Dahası, *Belmont* davasında karara bağlandığı üzere, *Litvinov* Anlaşması ile Sovyetler Birliği'nin tanınması, Rusya'daki millileştirme tasarrufunun ABD'nin veya onu oluşturan eyaletlerin kamu düzenlerine aykırı olduğu tartışmalarının da önünü kesmekteydi. Mahkemeye göre, en azından Rus vatandaşlarının veya işletmelerinin mal varlıkları söz konusu olduğunda, durum herhangi bir tartışmaya açık değildi⁴⁹¹. Diğer taraftan 1918'deki millileştirmeler, Rusya Cumhuriyeti açısından ülke dışındaki mal varlıklarını da kapsıyordu. Soru bu tasarrufun ABD'de, ve özellikle New York'ta *lex rei sitae* kuralı gereği uygulanabilir olup olmadığı idi⁴⁹².

⁴⁸⁹ Louis L. Jaffe, **Judicial Aspects of Foreign Relations**, Cambridge, Harvard University Press, 1933, s. 178- 220

⁴⁹⁰ Mark B. Feldman & Robert Dole & John Glenn, "Legal Aspects of the Normalization Process: Selected Issues (and Comments)", **Maryland Journal of International Law**, Volume 5, Issue 1, July 2013, s. 58- 60

⁴⁹¹ United States v. Belmont, 301 U.S. 324 (1937)

⁴⁹² Kenneth S. Carlston, "Concession Agreements and Nationalization", **The American Journal of International Law**, Volume 52, No. 2, Apr. 1958, s. 268- 269

United States v. Pink davasında, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi yukarıda sorulan tüm sorulara olumlu yanıt verecekti. Yüksek Mahkeme'ye göre, Birleşik Devletler artık Sovyet millileştirmelerini sorgulamayacaktı⁴⁹³. Bir anlamda, bu özel konuda Sovyet millileştirme tasarrufu, mahkemenin kamu düzeninin, Rus kararnamelerinin ülke dışı etkilerini yok sayan ulusal kanunlar ihtilafı kurallarının ve ayrıca millileştirilen Rus kuruluşlarının ayrı bir hukuki kişiliğe sahip olduğunu belirten kavramlaştırmanın yerine geçmiştir. Diğer taraftan, Yargıç Stone, mahkeme kararına muhalif görüşünde, *Litvinov* Anlaşması'nın kanunlar ihtilafı kurallarının yerine geçmediğini, devletlerin tanınmasının bunların tasarruflarına sınır aşan etki verilmesi anlamına gelmediğini ve *Pink* davasında yabancı devletin mülkiyet üzerindeki tasarrufuna federasyona üye bir devletin yasalarından daha üst bir etki tanınmasının Amerikan Anayasası'nın "tam inanç ve güven" şartına aykırı olduğunu belirtmiştir⁴⁹⁴.

2. MÜTTEFİK DEVLETLERİN VATANDAŞLARININ MAL VARLIKLARININ DURUMU

II. Dünya Savaşı esnasında, bazı müttefik sürgünde hükümetler işgal altındaki diğer ülkelerde bulunan vatandaşlarının ve kuruluşlarının mal varlıklarını kendi kontrollerine geçiren yasalar yayımladılar. Bahse konu yasaların amacı, işgalci kuvvetlerin, bu mal varlıklarını cebren transferini engellemektir. 24 Mayıs 1940 tarihli Hollanda Kraliyet Kararnamesi bu tarz düzenleme yapan hukuki belgelerin bir örneğidir. Koruma amacı dahilinde, Hollanda'nın bu ve benzeri savaş zamanı ve savaş sonrası yasaları İsviçre'de, Hollanda yasası kamu hukuku niteliğinde olmasına rağmen, uygulanabilir kabul edilmiştir⁴⁹⁵. Hollanda yasası uygulanan kanunlar ihtilafı kurallarına göre *lex causae* olduğundan, savaş sonrası çıkarılan bu ve benzeri kararnameler ancak diğer ülkelerde *lex rei sitae* kuralına istisna getirilerek sınır aşan nitelikte uygulanırsa amaçlarına ulaşabilecekti.

⁴⁹³ *United States v. Pink*, 315 U.S. 203, 62 S. Ct. 552 (1942)

⁴⁹⁴ **A.e.**

⁴⁹⁵ *Ammon v. Royal Dutch Company*, Swiss Federal Tribunal, 2 February 1954

Hollanda, ABD’de de 24 Mayıs 1940 kararına dayanarak, kendi vatandaşlarının ve kuruluşlarının bu ülkedeki mal varlığı üzerindeki hakları savunabilmiştir. *Anderson* davasında, Hollanda, açıkça kamu hukuku niteliği bulunan kararnameyi, işgal altındaki topraklarındaki devredilen menkul kıymetlere ilişkin davasında, üçüncü bir ülkeye karşı ileri sürmüştür⁴⁹⁶. Davada alınan kararda, bir devletin kendi vatandaşlarının mallarına mahkemenin kamu düzeni ile çelişmeyen bir amaçla el koyması durumunda, “*situs*” kuralının özellikle Anglo Amerikan hukukunda kullanılan “*mobilia sequuntur personam*” kuralı lehine terk edilmesi benimsenmiştir⁴⁹⁷. *Anderson* kararını takiben, *State of Netherlands v. Federal Reserve Bank of New York* davasında⁴⁹⁸, Hollanda, aynı kararnameye istinaden, davalı tarafından New York Bankası’nda tutulan ve işgal altındaki Hollanda’da Hollanda vatandaşlarından yağma ile elde edildiği anlaşılan menkul değerler üzerinde ileri sürdüğü hakları da tazmin edilebilmiştir. *Ad hoc* bir kanunlar ihtilafı kuralına dayanan *Anderson* davasındaki kararlar karşılaştırıldığında, bu son karar genel kabul gören *situs* kuralına dayanmaktadır⁴⁹⁹.

İngiliz mahkemeleri de Hollanda’nın A- 1 kararını ve Norveç sürgünde hükümetinin buna benzer bir yasasını *situs* kuralının bir istisnası olarak uygulamışlardır⁵⁰⁰. İngiliz mahkemeleri açısından, genel kabul gören kanunlar ihtilafı kurallarından ayrılmanın arkasında yatan gerçek neden, *Bank voor Handel en Scheepvaart v. Slatford* davasının kararında belirtildiği üzere, “İngiltere ve Norveç’in birlikte var olma savaşı içerisinde buldukları ve bu ağır şartlar altında kamu düzeninin yabancı devletin kamu hukuku yasalarına etki verilmesini gerektirmesi” idi. Öte yandan aynı davada, Hakim Devlin muhalif görüşünde, “İngiltere’de menkul ve gayri menkullere İngiliz yasaları uygulanır, başka bir yasa uygulanmaz” demiş ve ABD’deki *Anderson* davasını “tehlikeli bir örnek” olarak nitelemişti. Devlin’e göre,

⁴⁹⁶ *Anderson v. N.V. Transandine Handelmaatschappij*, 289 NY 9 (NY 1942)

⁴⁹⁷ **A.e.**

⁴⁹⁸ *Netherlands v. Federal Reserve Bank*, 201 F.2d 455 (2d Cir. 1953)

⁴⁹⁹ **A.e.**

⁵⁰⁰ *O/Y Wasa Steamship Co. V. Newspaper Pulp & Wood Export Ltd.* 82 Lloyd’s List L. Rep. 936 (1949); *Lorentzen v. Lydden & Co.* (1942) 2 K.B. 202

kamu düzeninin aslında geçersiz bir yabancı tasarrufa geçerlilik veren olumlu bir güç olarak yeniden tanımlanması kabul edilemezdi⁵⁰¹.

D. YABANCI KAMU HUKUKUNUN UYGULANMASI AMACIYLA DÜZENENLENEN YASA ve ANDLAŞMALAR

Yabancı ceza ve vergi yasalarının günümüz şartlarında artık yok sayılmayacak olması bunların devletlerin yasama organları tarafından ele alınmasını ve akabinde özellikle ikili andlaşmalar yapılması sonucunu doğurdu. Birleşik Krallık'ta 1933 tarihli *Foreign Judgments (Reciprocal Enforcement) Act*⁵⁰² vergi ödemelerini ve cezai müeyyide kapsamında değerlendirilebilecek diğer nakit ödemeleri kapsam dışı bıraksa da⁵⁰³ önemli bir adımdı. ABD'de benimsenen *Uniform Foreign Judgments Recognition Act*⁵⁰⁴ yabancı mahkeme kararlarını tanımayı değerlendirirken, vergi ödeme kararlarını ve para cezalarına ilişkin kararları yine çerçeveye almamış ancak andlaşma yapılması ihtimalini göz ardı etmemiştir⁵⁰⁵. Avrupa Birliği'nin içinde devletlerin birbirlerinin mahkeme kararlarını tanımasını ve uygulamalarını düzenleyen Brüksel Sözleşmesi⁵⁰⁶ de sadece hukuk ve ticaret davaları ile sınırlı idi ve “özellikle vergi, gümrük ve idari meselelere ilişkin davalar” kapsama alınmamıştı⁵⁰⁷. Öte yandan, bu ve benzer yasalar ve sözleşmeler yabancı kamu hukukuna dayanan mahkeme kararlarının uygulanmasını gerektirmediği gibi yasaklamıyordu da. Dolayısıyla, özellikle dış ticarete söz sahibi, devletler yabancı yargı kararını uygulayıp uygulamama kararını kendileri verecekti.

⁵⁰¹ Bank Voor Handel En Scheepvaart N.V. v. Slatford, (1953) 1 Q.B. 248

⁵⁰² Foreign Judgments (Reciprocal Enforcement) Act, 23 Geo. 5 Ch. 13, UK, 1933 (Çevrimiçi) http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1933/13/pdfs/ukpga_19330013_en.pdf 12 Şubat 2013

⁵⁰³ A.e., Pt. I, Provison 2, Paragraph b

⁵⁰⁴ Uniform Foreign Judgments Recognition Act, USA, 1986 (Çevrimiçi)

<http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Foreign%20Money%20Judgments%20Recognition%20Act> 21 Eylül 2013

⁵⁰⁵ A.e., Section 3

⁵⁰⁶ European Economic Community, “The Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters”- Brussels I, (adopted 27 September 1968- entry into force 1 February 1973), Brussels, 1262 UNTS 153; 8 ILM 229

⁵⁰⁷ A.e., Article 1

Kamu hukukunun sınır aşan etkisi 21. yüzyılda andlaşmalar ile oldukça artmıştır. Rekabet yasalarına dayanan mahkeme kararlarının uygulanmasına ilişkin andlaşmalar, vergi yasalarının uygulanmasına ilişkin vergi andlaşmaları, hükümlünün cezasını iade edildiği ülkede çekmesini sağlayan ve dolayısıyla ceza yasalarının dolaylı olarak uygulanmasını gerektiren mahkum değişimi andlaşmaları ve adli yardımlaşma kapsamında bulunan diğer meseleleri ayrıntılı olarak düzenleyen yasal yardım andlaşmaları bu tarz akitleşmelere örnek olarak verilebilir. Bu gelişmeler, işbirliğinin kârlı olduğu ve andlaşmaların mütekabiliyeti garanti edebildiği durumlarda, devletlerin yabancı kamu hukukuna etki tanıma isteğini göstermektedir.

1. YABANCI KAMU HUKUKUNUN UYGULANMASINA İLİŞKİN İNGİLTERE ve ABD'DEKİ ÇALIŞMALAR

Sayıları çok fazla olmasa da bir grup ülke, ki bu ülkelerin özellikle uluslararası ticarete öne çıkan ihracatçı ülkeler olduğu tespitini yapmak yanlış olmaz, genel olarak yabancı mahkeme kararlarının uygulanması ve bazen de özellikle bir konudaki yabancı mahkeme kararlarının kesinlikle uygulanmamasına ilişkin iç hukuklarında düzenlemelere gittiler. Bu düzenlemelerin ortak özelliği, hemen hepsinin vergi, para cezası ve diğer mahkumiyet kararlarını dışarıda bırakmasıdır ancak bu yabancı kamu hukukunun topyekûn reddedildiği anlamına da gelmemektedir. Örnek düzenlemelerin hiç biri yukarıda anılan konulardaki yabancı mahkeme kararların uygulanmasını yasaklamamaktadır. Yabancı rekabet ve vergi yasalarının uygulanmamasına ilişkin bazı devletler yasalar çıkartmış olsalar da, bu yasaların kapsamının genellikle yabancı devletin davacı olduğu uyuşmazlıklarla sınırlı olduğu, bunun dışında yargı organlarının uygulama serbestisine sahip olduğu söylenebilir. Öte yandan özellikle 1970'lerden itibaren vergi meselelerinde işbirliği amacıyla yapılan andlaşmaların hız kazandığı, iç hukuktan kaynaklanan engellerin bu sayede aşıldığı belirtilmelidir.

a. İNGİLTERE'DEKİ UYGULAMA

İngiltere'de Parlamento 1933 yılında, *Foreign Judgments (Reciprocal Enforcement) Act- Yabancı Mahkeme Kararlarının Karşılıklı Uygulanması Yasası*⁵⁰⁸ başlıklı belgeyi kabul etti. 1933 tarihli yasadan önce, yabancı mahkeme kararlarının uygulatılabilmesi için, yabancı mahkemede dava sonuçlandıktan sonra onun sonucunu işletebilmek amacıyla yeni bir davanın açılması gerekiyordu⁵⁰⁹. Bu prosedür genelde etkin olsa da, Kıta Avrupası ülkeleri kendi mahkeme kararlarının sonuç etkisinin desteklenmediği ve yine Kıta Avrupası'nda yabancı yargı kararlarına uygulanan tanınma prosedüründen (tanınmanın bir kararla tasdik edilmesi) oldukça farklı olması dolayısıyla İngiltere'deki uygulamaya temkinli yaklaşılmaktaydılar⁵¹⁰. Kıta Avrupası ülkelerinin pek çoğu yabancı yargı kararlarının uygulanması için mütekabiliyet esasını şart koştuğundan, bu, İngiliz mahkemelerinin kararlarının nadiren uygulanması sonucunu doğurmaktaydı. Zira 1933 tarihli yasadan önceki yasalara dayanarak Birleşik Krallık mahkemelerinin yabancı yargı kararlarına mütekabiliyet esasını uygulayacağını garanti bulunmamaktaydı⁵¹¹. 1933 yasası, tanınma belgesine benzer bir yöntem ile yabancı yargı kararlarını uygulamayı ve böylelikle “İngiliz mahkemelerinin kararlarının yabancı ülkelere tanınmasını ve uygulanmasını güvence altına almayı⁵¹²” amaçlamaktaydı. İngiliz yönteminde yabancı mahkemenin kararı Yüksek Mahkeme'ye kaydediriliyor ve uygun bulunursa sanki karar o mahkemece alınmış gibi sonuç doğuruyordu⁵¹³. Yasada ayrıca, “ancak Birleşik Krallık mahkeme kararlarına aynı şekilde mütekabiliyetle muamele edebilecek devletlerin yargı kararları uygulanır⁵¹⁴” denmekteydi. Bu yasanın kapsamının dışında kalan yabancı mahkeme kararları yine de ayrı bir dava açılarak

⁵⁰⁸ Foreign Judgments (Reciprocal Enforcement) Act, 23 Geo. 5 Ch. 13, UK, 1933 (Çevrimiçi) http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1933/13/pdfs/ukpga_19330013_en.pdf 12 Şubat 2013

⁵⁰⁹ Collins vd., *Dicey, Morris, Collins: The Conflict of Laws*, s. 474- 475

⁵¹⁰ A.e., 476

⁵¹¹ A.e., 477

⁵¹² H.L.Ho, “Policies Underlying the Enforcement of Foreign Commercial Judgments”, *International and Comparative Law Quarterly*, Volume 46, Issue 2, April 1997, s. 455- 457

⁵¹³ Foreign Judgments (Reciprocal Enforcement) Act, 23 Geo. 5 Ch. 13, UK, 1933, Pt. I, Provison 2, Paragraph a (Çevrimiçi) http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1933/13/pdfs/ukpga_19330013_en.pdf 12 Şubat 2013

⁵¹⁴ A.e.

uygulanabilir kılınabiliyordu, bunu engelleyen, kısıtlayan herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır⁵¹⁵.

İngiltere’de çıkan 1933 tarihli yasanın 1. kısım 2. madde b paragrafında açıkça, “vergi ödemeleri ve diğer maddi ceza kapsamına girebilecek ödemelere ilişkin yabancı mahkeme kararları kapsam dışındadır⁵¹⁶” denmektedir. Öte yandan, kapsam dışında olması bu davaların ve yasaların uygulanmasının yasak olduğu anlamına gelmemekte, 1933 tarihli yasa ne yabancı vergi ne de ceza yasalarının, ne de bunlara dayanılarak verilen yabancı mahkeme kararlarının uygulanmasını yasaklamamaktadır. Bunların uygulanması önündeki yasağın kaynağı teamül hukukudur. Lordlar Kamarası da, *Government of India v. Taylor* davasındaki kararında bu yönde bir tespitte bulunmuştur. Bahse konu davada Hindistan hükümeti, vergi alacaklarına ilişkin kendi mahkemelerinin aldığı bir kararı İngiltere’de uygulamak istemekteydi⁵¹⁷. Hakim Gavin Turnbull Simonds, karara, yabancı vergi yasalarının uygulanmaması gereğinin, 1933 yasası ile Parlamento tarafından da tanındığı notunu düşmüştür⁵¹⁸ ancak kanaatimizce bu, bahse konu yasanın fazlaca geniş yorumlanmasından başka bir şey değildir. Kısacası, 1933 Yasası’ndaki herhangi bir madde, İngiliz mahkemelerinin yabancı vergi veya ceza yasalarını ya da bunlara dayanan yabancı mahkeme kararlarını uygulamasına engel teşkil etmemektedir.

Diğer taraftan, yukarıda çizdiğimiz esnek tablo zararı katlayan tazminat kararında ve özellikle de rekabet yasalarına dayanan kararlarda geçerli değildir. Bu kararlar ve dayandıkları yabancı yasalar (ki burada özellikle rekabet yasaları öne çıkmaktadır) hem *Protection of Trading Interests Act (PTIA)*- *Ticari Çıkarların Korunması Yasası*, hem 1933 tarihli *Yabancı Mahkeme Kararlarının Karşılıklı Uygulanması Yasası*, hem de mahkemelerin içtihatları sonucu uygulanamaz

⁵¹⁵ Collins vd., **Dicey, Morris, Collins: The Conflict of Laws**, s. 476- Foreign Judgments (Reciprocal Enforcement) Act, 23 Geo. 5 Ch. 13, UK, 1933, Pt. II Provision 9 Paragraph 1 (Çevrimiçi) http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1933/13/pdfs/ukpga_19330013_en.pdf 12 Şubat 2013

⁵¹⁶ **A.e.**, Pt. I, Provision 2, Paragraph b

⁵¹⁷ *Government of India v. Taylor* (1955) A.C. 491 (H.L.)

⁵¹⁸ **A.e.**

addedilmiştir⁵¹⁹. *PTIA*, Amerikan rekabet yasalarının sınır aşan uygulamalarına cevaben çıkartılmışsa da⁵²⁰, zararı katlayan tazminat kararları uygulanamaz kılan maddesinin kapsamı sadece rekabet yasalarına dayanan mahkeme kararları ile sınırlı değildir⁵²¹. Şunu tekrar belirtmek gerekir ki, kağıt üzerinde, ne 1933 yasası ne de *PTIA*, İngiliz mahkemelerinin önlerindeki uyuşmazlığı çözmek için yabancı ceza, vergi veya diğer yabancı kamu hukuku yasalarının uygulamasını yasaklamamaktadır. İngiliz mahkemelerini, yabancı kamu hukukunu uygulamaktan alıkoyan, daha önce de belirtildiği üzere, teamül hukukunun kurallarıdır ve elbette bu kurallar da her kural gibi değişime tâbi tutulabilirler.

b. ABD: ÜLKE İÇİNDEKİ DÜZENLEMELER ve İKİLİ ANDLAŞMALAR

(1) İÇ HUKUKTA YABANCI YASALARIN KONUMU

Bir federasyon olan ABD’de yabancı mahkeme kararlarının uygulanması eyalet yasalarına göre düzenlenmektedir. Eyaletlerin çoğunluğu *the Uniform Money Judgments Recognition Act* başlıklı yasayı benimsemiştir. Bu yasaya göre, yabancı devletlerin mali kararları “eyaletlerin birbirlerinin mahkeme kararlarını tanımalarının temel dayanağı olan anayasanın tam inanç ve güven şartı ile aynı mantıkla uygulanacaktır”⁵²². Ancak *the Uniform Act* “vergiler ve para cezaları ile diğer cezalara ilişkin kararları⁵²³” kapsam dışında bırakmıştır. *The Uniform Act*, kanunlar ihtilafı alanında hatırı sayılır üne sahip Profesör Kurt Nadelmann tarafından, yine

⁵¹⁹ Brendan J. Sweeney, **The Internationalisation of Competition Rules- The Approach of European States**, USA, Routledge, 2010, s. 266- 268

⁵²⁰ A.V.Lowe, “Blocking Extraterritorial Jurisdiction: The British Protection of Trading Interests Act”, *The American Journal of International Law*, Volume 75, No. 2, Apr. 1981, s. 257- 261; Andreas B. Lowenfeld, “Sovereignty, Jurisdiction, and Reasonableness: A Reply to A.V.Lowe”, **The American Journal of International Law**, Volume 75, No. 2, Apr. 1981, s. 629- 632

⁵²¹ Sweeney, **The Internationalisation of Competition Rules**, s. 268

⁵²² Uniform Foreign Judgments Recognition Act, USA, 1986 (Çevrimiçi)

<http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Foreign%20Money%20Judgments%20Recognition%20Act> 21 Eylül 2013

⁵²³ A.e.

aynı alanda önemli eserleri bulunan Profesör Willis Reese'in yardımları ile kaleme alınmıştı. İngiliz 1933 Yasası'nın tasarısında olduğu gibi, Nadelmann'ın da amacı Amerikan yargı kararlarının ülke dışında, özellikle yabancı mahkeme kararlarının uygulanmasının mütekabiliyet esasına dayandığı Kıta Avrupası ülkelerinde, uygulanmasını sağlamaktı⁵²⁴. Ne yasanın kendisinden, ne de Nadelmann'ın eserlerinden yabancı ceza ve vergi kararlarının uygulanmamasını savunduğuna ilişkin bir emare bulunmamaktadır. Öte yandan yardımcısı Willis Reese yabancı kamu hukukunu uygulamama kuralını açıkça keyfi bularak, karşı çıkmıştır⁵²⁵. *The Uniform Act*'te ceza ve vergi yasalarının dışarıda bırakılması Amerikan mahkeme kararlarının ülke dışında tanınmasını teşvik etmek amacıyla eyaletlerin geniş katılımını sağlamak düşüncesi ile açıklanabilir, dolayısıyla da yasa muhafazakar kalmıştır. Diğer taraftan, *The Uniform Act*'in 7. bölümü, "bu yasa, bu yasa ile tespit edilmiş durumların dışında kalan yabancı mahkeme kararlarının tanınmasını engellemez⁵²⁶" demektedir. Önsözde ayrıca, "mahkemeler, yabancı bir ülkenin mahkeme kararlarına bu yasanın hükümlerinin gerektirdiğinden daha geniş etki tanıma ayrıcalığına sahiptirler⁵²⁷" denerek açık kapı bırakılmıştır. Halen Amerikan mahkemelerinin bir kısmı bu yasayı tamamen yanlış biçimde yabancı vergi ve ceza kararlarına teamülen uygulanan yasakların kabulü olarak okumakta ve uygulamaktadır. *British Columbia v. Gilbertson* davasında, 9. Daire, vergi kararlarının *the Uniform Act*'in dışında bırakılması ve bunun Oregon'da uygulanış şekli üzerine; "Oregon'un vergi kuralını uygulamaya devam ettiği⁵²⁸" yorumunu yapmıştır. *Chase Manhattan Bank, N.A. v. Hoffman*⁵²⁹ davasında, Bölge Mahkemesi Massachusetts'in *the Uniform Act*'i kabul etmesinin, "mali konulardaki yargı kararlarının uygulanmasına ilişkin mevcut teamül kuralının yerine geçtiğini⁵³⁰" tespit

⁵²⁴ Peter Winship, "The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws and International Unification of Private Law", **University of Pennsylvania Journal of International Business Law**, Volume 13, 1992- 1993, s. 255- 273

⁵²⁵ Reese, "The Status in this Country ...", s.783- 797

⁵²⁶ Uniform Foreign Judgments Recognition Act, USA, 1986 (Çevrimiçi)

<http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Foreign%20Money%20Judgments%20Recognition%20Act> 21 Eylül 2013

⁵²⁷ A.e.; Ronald A. Brand, "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments", **Federal Judicial Center International Litigation Guide**, April 2012, s. 7- 8

⁵²⁸ *British Columbia v. Gilbertson*, 597 F.2d 1161; 1979 U.S. App. LEXIS 15993

⁵²⁹ *Chase Manhattan Bank v. Hoffman*, 665 F. Supp. 73 (1987)

⁵³⁰ A.e.

etmiştir. Diğer bir deyişle, yabancı kamu hukukunun uygulanmamasının artık bir teamül kuralından çok yasa hükmü olarak güçlendiği iddia edilmektedir. *The Uniform Act*'in 7. bölümü ışığında, mahkemenin tespiti tamamen yanlıştır. *The Uniform Foreign Money- Judgments Recognition Act*'te ceza ve vergi kararlarının kapsam dışında bırakılması , yabancı kamu hukukunun reddi anlamına gelmemektedir. Aksine, 7. Bölüm mahkemelerin, yasanın kapsamına girmeyen konulardaki yabancı mahkeme kararlarını uygulamakta serbest olduklarını belirtmektedir.

(2) VERGİ ANDLAŞMALARI

ABD'nin yaptığı pek çok vergi andlaşması- Kanada, Danimarka, Fransa, Hollanda ve İsveç ile- Amerikan iş çevrelerinin sert tepkisi ile karşılanmışsa da⁵³¹, bu andlaşmalar yabancı vergilerin uygulanmayacağı kabulünü ortadan kaldıran vergi toplama yardımı hükümlerini içermektedir⁵³². 1939 yılında, Amerika ile İsveç vergilendiren ülkenin vatandaşları tarafından borçlanılan vergilerin toplanmasında diğerine yardım etmeyi akde bağlayan bir andlaşma imzaladılar⁵³³. Bundan kısa bir süre sonra, Amerika ile Fransa vergi toplamada karşılıklı yardımı vergilendirme yapan ülkenin vatandaşları ve üçüncü ülkelerin vatandaşlarına doğru genişleten, ancak yardımın talep edildiği ülke vatandaşlarını dışarıda bırakan benzer bir andlaşma akdettiler⁵³⁴. II. Dünya Savaşı andlaşmanın onaylanmasının ertelenmesine sebep oldu ve bahse konu andlaşma 1945'e kadar yürürlüğe giremedi.

1946 yılında ABD, Fransa ile yeni bir andlaşma imzaladı. Yeni andlaşmanın 12. maddesi, vergi toplama yardımı hükmünü yardımı talep eden devletin vatandaşlarına doğru genişletiyordu⁵³⁵. Bu, ABD'nin, Amerikan vatandaşları ve şirketlerinin Fransa'ya borcu olan Fransız vergilerinin toplanmasında Fransa'ya

⁵³¹ Henry J. Louie & David Rousslang, "Host- Country Governance, Tax Treaties and US Direct Investment Abroad", **International Tax and Public Finance**, Volume 15, 2008, s. 259- 262

⁵³² **A.y.**

⁵³³ **A.e.**, s. 263

⁵³⁴ **A.e.**, s. 264

⁵³⁵ Harold G. Maier, "Interest Balancing and Extraterritorial Jurisdiction", **The American Journal of International Law**, Volume 13, No 4, Autumn 1983, s. 586- 588

yardım etmesi anlamına geliyordu. Hüküm, Amerikan iş çevrelerinin güçlü muhalefetine neden oldu, Amerikan vergi mükelleflerinin mal varlıklarına, anayasaya aykırı şekilde adil yargılanmadan mahrum bırakılarak, müdahale edileceği endişesi hakimdi⁵³⁶, tepkiler üzerine andlaşmanın kapsamı daraltılmıştır. Benzer vergi toplama yardımlarına ilişkin hükümler (vergilendirmeyi yapan ülkenin ve üçüncü ülkelerin vatandaşları ile sınırlı kalmak koşulu ile) Danimarka ve Hollanda ile yapılan andlaşmalara da eklendi⁵³⁷. ABD iş çevreleri bu andlaşmalara da tepki göstermiştir ancak hükümet, Yunanistan, Norveç ve Güney Afrika ile⁵³⁸ genel vergi toplama yardımı hükümlerini içeren yeni andlaşmaları da gündeme alacaktı. ABD iş çevrelerinin tepkisi bu kez uluslararası arenada genel kabul gördüğünü iddia ettikleri “yabancı vergilerin uygulanmaması kuralı” üzerine inşa edilmiştir⁵³⁹. Amerikan Gelir Dairesi, tepkilerin incelenmesi üzerine verdiği sonuç raporunda, asıl vergi kuralı dolayısıyla bu tarz andlaşmalara ve hükümlere gerek duyulduğunu belirtmiştir⁵⁴⁰. Ancak, Senato Alt Komitesi, Yunanistan, Norveç ve Güney Afrika ile imzalanan andlaşmaların “bir devletin diğerinin vergilerini ancak muafiyet ve vergi indirimlerinin, andlaşmalarla verilen hakları kullanabilecek kişilere verildiğini ve bunlardan yararlanamayacak kişilere sağlanmayacağını garanti edebildiği durumda⁵⁴¹” onaylanmasını önermiştir. Alt Komite, nedenini belirtmemekle birlikte, “genel bir kural olarak, bir devletin diğerinin vergilerini toplaması akıllıca değerlendirilmemektedir⁵⁴²” notunu düşmüştür. Senato, Alt Komite’nin raporuna uymuş ve bahse konu andlaşmaları önerilen sınırlamalara dikkat ederek onaylamıştır⁵⁴³. Her durumda mevcut vergi andlaşmaları vergi toplanmasında devletlerin birbirlerine yardım etmelerini öngörmekte ve bu da yabancı vergi yasalarının uygulanmayacağı kabulünü ortadan kaldırmaktadır.

⁵³⁶ A.e., s. 588

⁵³⁷ Ronald B. Davies, “Tax Treaties and Foreign Direct Investment- Potential versus Performance”, **International Tax and Public Finance**, Volume 11, 2004, s. 787- 789

⁵³⁸ A.e., s. 790

⁵³⁹ A.e., s. 791

⁵⁴⁰ Hugh J. Ault, “Corporate Integration, Tax Treaties and the Division of the International Tax Base: Principles and Practices”, **Tax Law Review**, Volume 47, 1992, s. 594- 595

⁵⁴¹ Louie & Rousslang, “Host- Country Governance ...”, s. 264

⁵⁴² A.y.

⁵⁴³ A.y.

(3) CEZA YASALARINA İLİŞKİN ANDLAŞMALAR

Ticari ağı dolayısıyla vatandaşlarının ve şirketlerinin ülke dışındaki yasal düzenlemelerle karşılaşmaması neredeyse imkansız olan ABD, yabancı ceza yasalarının uygulanmasına ilişkin iki farklı tip andlaşmayı yürürlüğe sokmuştur; (1) mahkum değişimi andlaşmaları; (2) karşılıklı yasal yardım andlaşmaları. Türkiye ile de bu konuda oldukça kapsamlı andlaşmalar yapan ABD, ceza meselelerinde sınır komşuları ile olan andlaşmalarına özel önem atfetmektedir. ABD ile komşusu Meksika ile ilk mahkum değişim andlaşması 1976 yılında yürürlüğe sokmuştur⁵⁴⁴. O zamandan bu yana ABD, başta Kanada, Bolivya, Panama, Fransa, Peru ve Tayland gibi ülkelerle olmak üzere pek çok ikili mahkum değişim andlaşması imzalamış ve hem Hükümlülerin Nakledilmesi Hakkında Avrupa Sözleşmesi'ni⁵⁴⁵, hem de Hapis Cezalarının Ülke Dışında Çekilmesi Hakkında Amerika Kıtası Sözleşmesi'ni⁵⁴⁶ imzalamıştır. Bu andlaşmalar hem ülke dışında hapis cezasına mahkum olmuş Amerikan vatandaşlarına cezalarını vatanlarında doldurma kolaylığı sağlayacak, hem de Amerikan hapisane sistemini yabancı mahkumları hapsetme yükünden kurtaracaktı. Ancak her şeyden önemlisi, bu andlaşmalar devletlerin birbirlerinin ceza yasalarını tanıyacaklarının ve uygulayacaklarının garantisini vermektedir.

ABD ayrıca bir dizi karşılıklı yasal yardım andlaşmasını da hayata geçirmiştir. Burada amaç, öncelikli olarak ceza davalarında mahkemelerin delil elde etmesini kolaylaştırmaktır. ABD, karşılıklı yasal yardım andlaşmalarının bir diğerini de 1985 yılında Kanada ile imzalamış⁵⁴⁷, bu andlaşmada yasal yardımın içeriğine mallara el koyma, hesapları dondurma ve tazminat ödemeleri gibi işlemler de dahil edilmek istenmiştir. Kanada ile yapılan andlaşmanın XVII. maddesinin 2. fıkrası bu

⁵⁴⁴ Alex Glashauser, "The Treatment of Foreign Country Convictions as Predicates for Sentence Enhancement under Recidivist Statutes", **Duke Law Journal**, Volume 44, 1994, s. 159, 161

⁵⁴⁵ Council of Europe, "Convention on the Transfer of Sentenced Persons", (adopted 21 March 1983- entry into force 1 July 1985), 35 UST 2867, 22 ILM 530, ETS 112

⁵⁴⁶ The Twenty- Third Regular Session of the Organisation of American States General Assembly, "Inter- American Convention on Serving Criminal Sentences Abroad", (adopted 9 June 1993- entry into force 12 April 1996), Nicaragua, OASTS 76

⁵⁴⁷ Alan Ellis & Robert L. Pisoni, "The United States Treaties on Mutual Assistance in Criminal Matters: A Comparative Analysis", **International Lawyer**, Volume 19, s. 193

konuyu ayrıntılı olarak düzenlemektedir⁵⁴⁸. Benzer hükümler Arjantin, Macaristan, Meksika, Nijerya, Filipinler, Birleşik Krallık ve Uruguay ile yapılan andlaşmalara da konmuştur⁵⁴⁹. Pek çok yasal yardım andlaşması benzer hükümleri, “çifte suç” şartı ile, içermektedir. Burada “çifte suç” kavramı ile bahse konu eylemin andlaşmaya taraf her iki devlette de suç niteliği taşıyor olması kastedilmektedir. Yukarıda sayılanlardan başka pek çok yasal yardım andlaşması daha sınırlı kapsamda hükümler içermektedir. Tüm bu hükümler yasal yardımı ancak iç hukukun izin verdiği ölçüde sağlayabilmekteyse de, yasal yardım andlaşmaları yabancı ceza yasalarının uygulanması için işbirliği isteğinin bir göstergesi olarak değerlendirilebilir.

Hem mahkum değişimi andlaşmalarında hem da yasal yardım andlaşmalarında, taraflar, *The Antelope*⁵⁵⁰ kararının öne sürdüğü ilkeyi dikkate almadan, yabancı ceza yasalarını uygulamayı kabul etmiş bulunmaktadır. Bu, açıkça siyasi organların bir kararı ve başarısıdır, aynı zamanda da bu kararı vermek yine sadece bir devletin siyasi organlarının yetkisindedir ve öyle de kalmalıdır. 2. Daire’de görülen bir davada, mahkum değişimi ile ülkeye gelmiş bir hükümlünün ABD’nin kendisine ceza verme yetkisi olmadığı iddiası üzerine Mahkeme Başkanı Kaufman, “*The Antelope* davasında bildirilen doktrinin hiçbir noktası egemen gücün seçtiği bir alanda diğerinin ceza yasalarını tanımamasını engellememektedir. Yine, *The Antelope* davasında Mahkeme Başkanı Marshall’ın mütalaasında egemen milletlerin birbirlerinin ceza yasalarını uygulamak yükümü ile andlaşma yapmasını kısıtlayan herhangi bir ilke de bulunmamaktadır” diye cevap vermiştir⁵⁵¹.

⁵⁴⁸ A.e., s. 194

⁵⁴⁹ <http://www.state.gov/j/inl/rls/nrcrpt/2012/vol2/184110.htm> (Çevrimiçi) 28 Mayıs 2013

⁵⁵⁰ *The Antelope*, 23 U.S. 66 (1825) “Hiçbir devletin mahkemeleri diğerinin ceza yasalarını uygulamaz...”

⁵⁵¹ *Rosado v. Civiletti*, 621 F.2d 1179, 1192 (2d Cir. 1980)- 449 U.S. 856 (1980)

2. YABANCI KAMU HUKUKUNA DAYANAN MAHKEME KARARLARININ UYGULANMASINA İLİŞKİN ULUSLARARASI DÜZENLEMELER

Pek çok ülkede, yabancı mahkeme kararlarının uygulanması sadece ulusal yasaların değil, aynı zamanda o devletin taraf olduğu bir takım anlaşmaların da konusudur. Avrupa’da, Brüksel ve Lugano Sözleşmeleri “hukuki ve ticari meselelerde” yargı kararlarının karşılıklı olarak uygulanmasını amaçlamakta, Lahey Sözleşmesi ise yargı kararlarının karşılıklı olarak tanınması uygulamasını ABD dahil Avrupa dışındaki diğer devletlere de yaymayı amaçlamaktadır. Ayrıca Roma ve Amerika Kıtası Sözleşmeleri, taraf devletlerin ve vatandaşlarının uluslararası sözleşmelerine uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarını düzenlemektedir. Bahse konu sözleşmelerin hiçbiri yabancı vergi, ceza ve diğer kamu hukuku yasalarının uygulanmasını yasaklamamaktadır. Aksine, Brüksel Sözleşmesi, özel tarafların açtığı davalardan çıkan rekabeti düzenleyeme ilişkin kararların uygulanmasını gerektirmekte; Lahey Sözleşmesi’nin ilk taslaklarında yabancı mahkemelerin yabancı rekabet yasalarına dayanarak verdikleri mahkeme kararlarının hem özel taraflar, hem de yabancı devletin lehine uygulanması kayıt altına alınmaktadır.

a. AB’NİN DÜZENLEMELERİ

Brüksel Sözleşmesi, AB üyeleri arasında yargı kararlarının tanınmasını ve uygulanmasını amaçlamakta⁵⁵², Lugano Sözleşmesi ise bu çemberi Avrupa Serbest Ticaret Birliği üyelerine doğru genişletmektedir⁵⁵³. Ayrıca yine Avrupa Birliği, yabancı yargı kararlarının tanınması üzerine 2001’de *Brussels I Regulation- Brüksel I Tüzüğü*⁵⁵⁴ ve 2007’de *The New Lugano Convention- Yeni Lugano Sözleşmesi*⁵⁵⁵ adı

⁵⁵² European Economic Community, “The Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters”- Brussels I, (adopted 27 September 1968- entry into force 1 February 1973), Brussels, 1262 UNTS 153; 8 ILM 229

⁵⁵³ European Economic Community, “Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters- Lugano Convention”, (adopted 16 September 1988- entry into force 1 January 1992), Lugano, 88/592/EEC 41988A0592

⁵⁵⁴ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:012:0001:0023:EN:PDF> (Çevrimiçi) 18 Haziran 2013

altında iki yeni belge daha kabul etmiştir. En nihayetinde 2012 yılında AB kurumları yeni şekliyle bir *Brussels I Regulation- Brüksel I Tüzüğü*⁵⁵⁶ kabul etmişlerdir. Bu yeni belge, 2015 yılında 2001 yılında kabul edilenin yerini alacaktır. 2001 tüzüğü ile arasındaki temel fark, 2001 tüzüğünün sadece AB sınırları içerisinde ikâmet eden kişileri kapsamaması idi. Yeni şekliyle, yabancı yargı kararlarının uygulanmasına ilişkin kurallar AB mukimi olmayan kimselere de uygulanabilecek, yani AB üyesi devletlerin mahkemelerine bu devletlerde ikâmet etmeyen bireylerle ilgili davalar da gelebilecek, böylece yabancı yargı kararlarının daha geniş kapsamlı olarak tanınması sağlanacaktır. Anılan hukuki belgelerin tümü kapsam ve uygulama bakımından hemen hemen aynıdır. Yukarıda da belirtildiği üzere sadece uygulandıkları sınırlar açısından farklılaşmaktadırlar. Bu sözleşme ve tüzükler temel olarak bireylerin ikamet ettikleri ülkede dava edilmeleri gerektiğini belirtmekle beraber bir dizi istisnai uygulamayı sıralamaktadırlar. Öte yandan, bu hukuki belgelerle, daha önce de belirtildiği üzere, yabancı yargı kararlarının tanınması amacı bir adım daha ileri taşınmıştır. Hukuki sonuçları ve kapsamaları açısından farklılaşmadıklarından biz incelememizi 1968 Brüksel ve 1988 Lugano Sözleşmeleri üzerinden sürdüreceğiz.

Bilindiği üzere hem 1968 Brüksel Sözleşmesi'nin hem de 1988 Lugano Sözleşmesi'nin kapsamı "hukuki ve ticari meseleler⁵⁵⁷" ile sınırlıdır. "Hukuki ve ticari" kavramlaştırması Brüksel Sözleşmesi'nin orijinal taslağında tanımlanmamıştır, ancak metnin kendisinden, yabancı mahkeme kararı, ister bir ceza mahkemesinden, isterse de bir idari mahkemeden çıkmış olsun, dava hukuki veya ticari bir uyuşmazlık üzerine ise tanınacağı ve uygulanacağı açıkça anlaşılmaktadır⁵⁵⁸. 1978 yılında İngiltere, İrlanda ve Danimarka Sözleşme'ye katıldıklarında, Konvansiyon'un 1. maddesine vergi, gümrük ve idari sorunlarla ilgili bir cümle eklenmiştir. Mevcut haliyle madde; "Bu Sözleşme, mahkemenin niteliğine bakılmaksızın hukuki ve ticari meselelere uygulanır. (Sözleşme) özellikle vergi,

⁵⁵⁵ http://www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/edazen/topics/intla/intrea/depch/misc/conlug2.Pa.r.0014.File.tmp/mt_090325_en.pdf (Çevrimiçi) 6 Ağustos 2013

⁵⁵⁶ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:351:0001:0032:EN:PDF> (Çevrimiçi) 18 Haziran 2013

⁵⁵⁷ Brussels Convention, 1968, Article 1; Lugano Convention, 1988, Article 1

⁵⁵⁸ James Fawcett & Janeen M. Carruthers, **Cheshire, North & Fawcett Private International Law**, Consultant Editor Sir Peter North, UK, Oxford University Press, 2008, s. 203- 253

gümrük ve idari meseleleri ele almamalıdır/ kapsamamalıdır⁵⁵⁹” şeklindedir. Maddenin revize edilmiş hali Lugano Sözleşmesi’ne de dahil edilmiştir⁵⁶⁰. Bu sebeple, he iki sözleşmenin de ceza ve vergi üzerine yabancı mahkeme kararlarını kapsam dışı bıraktığı açıktır.

Brüksel Sözleşmesi’nin rekabet yasalarına dayanan yabancı mahkeme kararlarına uygulanıp uygulanmayacağı sorusunun cevabı metinden pek net anlaşılamamaktadır. Avrupa Birliği Adalet Divanı- ABAD⁵⁶¹, “hukuki ve ticari meseleler” kavramının, kamu otoritesinin hükümet gücünü kullandığı davaları dışarıda bıraktığı yorumunu getirmiştir⁵⁶². Bu sebeple, ABAD’ın getirdiği yoruma istinaden Brüksel Sözleşmesi, devletlerin lehine, onların rekabet yasalarını uygulayan kararlar ve Avrupa Birliği’nin İşleyişi Hakkında Andlaşma’nın/ *The Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)* “Kısıtlayıcı ve Uyumlu Eylemler” başlıklı 101. maddesi (Avrupa Topluluğunu Kuran Andlaşma (ATA) / *Treaty Establishing the European Community (TEC)* eski madde 81)⁵⁶³ ile “Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması” başlıklı 102. maddesini (ATA eski madde 82)⁵⁶⁴ kapsam dışında bırakmaktadır. Diğer taraftan özel rekabet kararları Sözleşme kapsamında değerlendirilebilir. 1993 yılında, Avrupa Komisyonu görüşünde “rekabet hukukuna dayalı kararlar da hukuki ve ticari meselelere ilişkin davalarda ele alındıkları sürece Brüksel Sözleşmesi’nin ve onun halefi Brüksel Tüzüğü’nün kapsamına girerler⁵⁶⁵” demiştir.

⁵⁵⁹ Brussels Convention, 1968, Article 1

⁵⁶⁰ Lugano Convention, 1988, Article 1

⁵⁶¹ Brüksel Konvansiyonu yazıldığı sıradaki adı ile Avrupa Adalet Divanı

⁵⁶² Netherlands v. Ruffer, 1979 E.C.J. 814/ 79, Judgment of the Court 16 December 1980, 1980 E.C.R. 3807; LTU v. Eurocontrol, 1976 E.C.J. 29/ 76, Judgment of the Court 16 December 1980, 14 October 1976, 1976 E.C.R. 01541

⁵⁶³, **Rekabete İlişkin Müktesebat Rehberi**, Brüksel & İstanbul, 2012, s. 7- 12 (Çevrimiçi) <http://www.mess.org.tr/content/MESS%20Rekabet%20Rehberi%20Nisan%202012.pdf> 30 Ekim 2013

⁵⁶⁴ A.e., s. 12- 13

⁵⁶⁵ European Commission, “Notice on Cooperation Between National Courts and the Commission in Applying Articles 85 and 86 of the EEC Treaty”, 31993YO213 (01) OJ C 39, 13.02.1933

Brüksel Sözleşmesi, kapsamı dışında kalan yabancı yargı kararlarının tanınmasını ya da etki doğurmasını yasaklamamıştır⁵⁶⁶. Bu sebeple, örneğin İngiltere’de, Brüksel Sözleşmesi’nin kapsamı dışında kalan meseleler halen 1933 yasası ve teamül hukukuna göre uygulanmaktadır⁵⁶⁷. Kısacası, ceza, vergi ve devletlerin lehine rekabet kararlarının Brüksel ve Lugano Sözleşmeleri’nin dışında bırakılmış olması, üye devletlerin mahkemelerinin bu tarz yabancı yargı kararlarını, eğer yasaları izin veriyorsa, tanımalarını engellemeyecektir.

b. LAHEY, ROMA ve AMERİKA KITASI SÖZLEŞMELERİ

2000 yılında düzenlenen Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı, sadece Avrupa Birliği üyelerini değil, örgüt ile yakın ilişkileri olan diğer ülkeleri de kapsayacak çok taraflı bir yargı kararları sözleşmesi üzerinde uzlaşılmasını amaçlamıştı⁵⁶⁸. Brüksel ve Lugano Sözleşmeleri’nde olduğu gibi, Yargı Kararları Üzerine Lahey Sözleşmesi’nin Geçici Metni de “hukuki ve ticari meseleleri” ele almakta ve “işbu Sözleşme’nin kapsamı özellikle vergi, gümrük ve idari meselelerle ilgili davalara genişletilmemelidir⁵⁶⁹” demektedir. Brüksel ve Lugano Sözleşmeleri’nin aksine Lahey Geçici Metni açıkça rekabet konusuna ilişkin davaların Sözleşme kapsamı dışında tutulmasını önermiş⁵⁷⁰, ancak özel şahısların açtığı davaların da dışarıda tutulup tutulmayacağı netleştirilmemiştir⁵⁷¹. İlk tasarlarda, Sözleşme’nin özel şahıslar tarafından açılmış haksız rekabet davaları ile yabancı hükümetler tarafından açılmış hukuk davalarını da kapsamı dahiline alması öneriliyordu. Haksız rekabet davalarına ilişkin bu uygulama, müzakereler esnasında,

⁵⁶⁶ Joined Cases 9 & 10- 77, Bavaria Fluggesellschaft Schwabe and Germanair v. Eurocontrol, (1977) E.C.R. 1517 (E.C.J.)

⁵⁶⁷ Fawcett & Carruthers, **Cheshire, North & Fawcett Private International Law**, s. 201

⁵⁶⁸ Peter H. Pfund, “The Project of the Hague Conference on Private International Law to Prepare a Convention on Jurisdiction and the Recognition/ Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters”, **Brooklyn Journal of International Law**, Volume 24, Issue 1, 1998, s. 7- 8

⁵⁶⁹ Hague Conference on Private International Law, “Report on the Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters”, Report by Peter Nygh & Fausto Focar, August 2000 (Çevrimiçi) <http://www.hcch.net/upload/wop/jdgmpl11.pdf> 3 Nisan 2013

⁵⁷⁰ **A.e.**

⁵⁷¹ **A.e.**; Dodge, “Antitrust and the Draft Hague Judgment Convention”, s 375- 376

ABD'nin muhalefetine rağmen çoğunluğun desteği ile benimsenmiştir; Sözleşme'nin kişisel yetki üzerine hükümlerinin ABD'nin rekabet yasalarının sınır aşan uygulamasını etkin şekilde kısıtlayacağı öngörülüyordu⁵⁷². ABD, bugün de bu tarz düzenlemelere tepki göstermekte ve karşı çıkmaktadır.

Yabancı Yargı Kararlarının Tanınmasına İlişkin Lahey Sözleşmesi'nin yazım sürecinde kamu hukukuna ilişkin iki önemli değerlendirme bulunmaktadır. İlk olarak, Lahey müzakerelerindeki tarafların büyük çoğunluğu yabancı kamu hukukuna ilişkin mevcut uygulanmazlık duvarını yıkmak istemekte ve çıkarlarını gördükleri yerde yabancı haksız rekabet kararlarını dahi uygulamayı açıkça kabul etmektedirler. İkinci olarak, hem metnin yazılması sürecinde hem de metnin kendisinde ileri sürülen argümanlar, yabancı kamu hukukunun reddi anlamına gelmemekte, aksine, Sözleşme'nin taslak metnindeki hiçbir hüküm, eğer tarafların iç hukukları müsaade ediyorsa ve kendi kamu düzenlerine uygunsa, yabancı kamu hukukuna dayanan yabancı yargı kararlarını tanımayı ve uygulamayı yasaklamamaktadır⁵⁷³.

Brüksel, Lugano ve Lahey Sözleşmeleri'ne ek olarak özellikle yabancı emredici kuralların uygulanmasına izin veren iki kanunlar ihtilafı sözleşmesi daha bulunmaktadır. Önceki bölümlerde de değindiğimiz Roma Sözleşmesi'nde emredici kurallar, "sözleşme ile kaçınılamayacak hukuk kuralları" olarak tanımlanmıştır⁵⁷⁴. Roma Sözleşmesi'nin 7. maddesinin 1. fıkrasına göre, diğer ülkelerin yasalarının emredici kurallarına, eğer o ülkede sözleşmeye uygulanacak hukuk ne olursa olsun ihtilaf çözümünde bu kurallar uygulanacak ise, uyuşmazlıkla yakın bir bağlantısı olması halinde etki verilebilir⁵⁷⁵. Öte yandan, Uluslararası Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Üzerine Amerika Kıtası Sözleşmesi'nin 11. maddesi benzer

⁵⁷² Dodge, a.e., s. 364

⁵⁷³ Hague Conference on Private International Law, "Report on the Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters", Report by Peter Nygh & Fausto Focar, August 2000 (Çevrimiçi) <http://www.hcch.net/upload/wop/jdgmpl11.pdf> 3 Nisan 2013

⁵⁷⁴ European Economic Community, "Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations", (adopted 19 June 1980- entry into force 1 April 1991), Rome, 80/934/EEC- OJ L 266 of 9.10.1988, Article 3 Paragraph 3

⁵⁷⁵ A.e., Article 7 Paragraph 1

şekilde mahkemelerin yabancı emredici kuralları uygulamasına izin vermekte ve “sözleşme ile yakın bağları olan devletin yasasının emredici kurallarını ne zaman uygulayacağına karar vermek mahkemeye kalmıştır⁵⁷⁶” demektedir. Her iki sözleşmenin de en önemli özelliği, yabancı kamu hukukuna uygulanma olasılığı tanınmalarıdır⁵⁷⁷. Diğer bir deyişle, bahse konu sözleşmelere taraf olan devletler uyuşmazlığı çözeceğini düşündükleri zaman, yabancı rekabet ve sermaye piyasası yasalarını uygulamayı taahhüt etmektedirler.

3.TÜRK HUKUKUNDA YABANCI KAMU HUKUKUNUN UYGULANMASI

Yabancı özel hukukun sınır aşan uygulamasını düzenleyen kanunların mevcudiyetine rağmen, Amerikan, İngiliz ve Alman hukuklarında olduğu gibi, Türk hukuk sisteminde de yabancı kamu hukukunun ülke içerisinde uygulanmasına ilişkin herhangi bir kurallaşma bulunmamaktadır. Diğer taraftan, Türkiye'nin taraf olduğu ikili ve Avrupa Konseyi bünyesinde üretilen çok taraflı anlaşmalar yabancı kamu hukukunun özellikle ceza yasaları özelinde uygulanmasına izin vermektedir. Ceza yasalarına ek olarak, 2014 yılı itibariyle Türkiye Cumhuriyeti'nin 81 devlet⁵⁷⁸ ile çifte vergilendirmeyi önleme anlaşması bulunmakta, bu sayede kamu hukukunun sınır aşan uygulaması asla mümkün görünmeyen bir dalında daha uygulama olanağı doğmaktadır. Bunlara ek olarak karma bir hukuk dalı olan iş hukukunun altında

⁵⁷⁶ The Fifth Inter- American Specialized Conference on Private International Law, “The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts”, (adopted 17 March 1994-entry into force 15 December 1996), 33 ILM 732- OASTS 78, Article 11

⁵⁷⁷ Trevor C. Hartley, “Mandatory Rules in International Contracts: The Common Law Approach”, **Recueil des Cours**, Volume 266, 1997, s. 356- 359

⁵⁷⁸ Türkiye'nin vergi anlaşması imzaladığı devletler şunlardır; Avusturya, Norveç, Güney Kore, Ürdün, Tunus, Romanya, Hollanda, Pakistan, İngiltere, Finlandiya, KKTC, Fransa, Almanya, İsveç, Belçika, Danimarka, İtalya, Japonya, BAE, Macaristan, Kazakistan, Makedonya, Arnavutluk, Cezayir, Moğolistan, Hindistan, Malezya, Mısır, Çin Halk Cumhuriyeti, Polonya, Türkmenistan, Azerbaycan, Bulgaristan, Özbekistan, ABD, Beyaz Rusya, Ukrayna, İsrail, Slovakya, Kuveyt, Rusya Federasyonu, Endonezya, Litvanya, Hırvatistan, Moldova, Singapur, Kırgızistan, Tacikistan, Çek Cumhuriyeti, İspanya, Bangladeş, Letonya, Slovenya, Yunanistan, Suriye, Tayland, Sudan, Lüksemburg, Estonya, İran, Fas, Lübnan, Güney Afrika Cumhuriyeti, Portekiz, Sırbistan, Karadağ, Etiyopya, Bahreyn, Katar, Bosna- Hersek, Suudi Arabistan, Gürcistan, Umman, Yemen, İrlanda, Yeni Zelanda, Kanada, İsviçre, Brezilya, Avustralya, Malta (Çevrimiçi)

http://www.gib.gov.tr/fileadmin/mevzuat/uluslararası_mevzuat/VERGIANLASMALIST.htm 4 Eylül 2014

değerlendirilen sosyal güvenlik hukukunun da ülke dışında uygulanmasına ilişkin olarak Türkiye 29 devlet⁵⁷⁹ ile sosyal güvenlik sözleşmesi imzalamış ve yürürlüğe koymuştur. Uluslararası hukukun temel kaynağı olan andlaşmaların mevcudiyeti ile, yabancı kamu hukukunun uygulanmasında devletlerin 18. ve 19. yüzyıldan kalan endişe ve alışkanlıklarını yavaş yavaş terk ettikleri görülmektedir. Bu çerçevede aşağıda Türkiye'nin taraf olduğu ikili ve çok taraflı andlaşmalar bakımından yabancı kamu hukukunun uygulanması değerlendirilecektir.

a. TÜRKİYE'NİN TARAF OLDUĞU İKİLİ ANDLAŞMALARLA YABANCI KAMU HUKUKUNUN UYGULANMASI

Türkiye Cumhuriyeti'nde yabancı kamu hukukunun uygulanmasının yasalar çerçevesinde herhangi bir düzenlemeye konu olmadığına yukarıda değinilmişti. İç hukuk düzenlemelerinde hareket alanı kısıtlı iken, uluslararası andlaşmalar Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90. maddesinden de aldıkları kuvvet ile yabancı kamu hukukunun uygulama alanını arttırmaktadırlar. Türkiye'nin imzalamış olduğu hukuki, ticari ve cezai konularda işbirliğini öngören yaklaşık 70 kadar ikili andlaşma⁵⁸⁰ ile 81 vergi kaçakçılığını ve çifte vergilendirmeyi önleme anlaşması ve 29 sosyal güvenlik sözleşmesi genelde dolaylı olarak da olsa yabancı kamu hukukuna etki tanınmasını sağlamaktadır. Öte yandan, ilerleyen sayfalarda değineceğimiz, Türkiye'nin 1949'dan beri üyesi olduğu Avrupa Konseyi bünyesinde imzaladığı 15 kadar sözleşme ve ek protokol de dikkate alındığında özellikle adli ve cezai konularda işbirliğinin ileri düzeye taşındığı ve kamu hukukunun ceza hukuku

⁵⁷⁹ Türkiye'nin taraf olduğu sosyal güvenlik sözleşmeleri şu devletler ile akdedilmiştir; Avusturya, Almanya, Arnavutluk, Azerbaycan, Belçika, Bosna- Hersek, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Fransa, Gürcistan, Hollanda, İngiltere, İsveç, İsviçre, KKTC, Kanada, Quebec, Libya, Lüksemburg, Makedonya, Norveç, Romanya, Hırvatistan, İtalya, Sırbistan, Karadağ, Slovakya, Güney Kore (Çevrimiçi) <http://www.mfa.gov.tr/yurtdisinda-yasayan-turkler.tr.mfa> 4 Eylül 2014

⁵⁸⁰ Bahse konu sözleşmeler şu devletler ile imzalanmıştır; ABD, Almanya, Arnavutluk, Avustralya, Avusturya, Azerbaycan, Bosna- Hersek, Bulgaristan, Cezayir, Çin, Fas Krallığı, Gürcistan, Hırvatistan, Hindistan, Irak, İngiltere, İran, İsviçre, İtalya, KKTC, Kanada, Karadağ, Kazakistan, Kırgızistan, Kuveyt, Libya, Litvanya, Lübnan, Macaristan, Makedonya, Mısır, Moğolistan, Moldova, Özbekistan, Pakistan, Polonya, Romanya, Sırbistan, Slovakya, Slovenya, Suriye, Suudi Arabistan, Tacikistan, Tunus, Türkmenistan, Ukrayna, Umman, Ürdün. (Çevrimiçi) <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/ikili.html> 28 Nisan 2014

özelinde sınır aşan etkiye kavuştuğu söylenebilir. Ceza hukuku alanındaki kadar ayrıntılı olmasa da, yukarıda da belirttiğimiz, 81 devlet adet çifte vergilendirmeyi önleme anlaşması, tek bir vergilendirme konusu üzerinden birden fazla vergi alınmasını engellemek amacını taşımakta ve bu çerçevede yabancı vergi yasalarına diğer devletlerin ülkelerinde etki tanınmaktadır. Diğer taraftan göç veren bir ülke olarak Türkiye, 1959 yılından beri vatandaşlarının çalışmak amacıyla yoğun olarak ikamet ettikleri 29 devlet ile de sosyal güvenlik üzerine ikili anlaşmalar imzalamış ve yürürlüğe koymuştur. Böylelikle Türk hukukunda, yasalar bakımından değilse de, özel anlaşmaların mevcudiyetinde kamu hukukunun belirli alanlarına sınır aşan etki tanıma imkanı doğmuştur.

(1) ADLİ YARDIM ve CEZA MESELELERİNDE İŞBİRLİĞİ ANLAŞMALARI

Türkiye'nin karşılıklı adli yardımlaşmaya ilişkin imzaladığı 70 kadar ikili işbirliği anlaşmasının eskilerinden biri 28 Ekim 1931 tarihinde Ankara'da imzalanmış olan "Türkiye Cumhuriyeti ile Amerika Müttehit Devletleri Arasında İkamet Mukavelenamesi"⁵⁸¹dir. İki maddeden oluşan bu sözleşmenin ilk maddesinde ABD ve Türkiye'nin birbirlerinin topraklarında bulunan vatandaş ve kuruluşlarına aynı şekilde muamele edecekleri ve özellikle vergi meseleleri konusunda birbirlerine "en çok gözetilen ulus kaydı"⁵⁸² uygulayacakları imza altına alınmıştır⁵⁸³. Bu sözleşme, Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluş yıllarında yabancı bir ülkenin doğrudan kamu hukuku olan vergi yasalarını tanıma taahhüdü altına girmesi ve buna karşılık olarak kendisinin de vergi yasalarının tanınmasını sağlaması açısından önem taşımaktadır.

⁵⁸¹ Türkiye- ABD, "Türkiye Cumhuriyeti ile Amerika Müttehit Devletleri Arasında İkamet Mukavelenamesi", (imza 28 Ekim 1937-yürürlük 15 Şubat 1933), Ankara, TS 859

⁵⁸² En çok gözetilen ulus kaydı- en ziyade müsaadeye mazhar millet kaydı: Bir anlaşmada tarafların belirli bir konuda üçüncü devletlere ya da yurttaşlarına tanıdıkları ya da tanıyacakları en iyi muameleyi, birbirlerine ya da birbirlerinin yurttaşlarına karşı da uygulamayı kabul ettiklerini açıklayan bir hükümdür. (Hüseyin Pazarcı, **Uluslararası Hukuk**, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, 2005, s. 88)

⁵⁸³ Türkiye- ABD, "Türkiye Cumhuriyeti ile Amerika Müttehit Devletleri Arasında İkamet Mukavelenamesi", (imza 28 Ekim 1937-yürürlük 15 Şubat 1933), Ankara, USTS 859, Madde 1

Türkiye Cumhuriyeti'nin yine Amerika Birleşik Devletleri ile 7 Haziran 1979 tarihinde imzalamış olduğu ve 5 Kasım 1980 tarihli Bakanlar Kurulu kararı ile onaylanması uygun bulunarak 20 Kasım 1980 tarih ve 17166 sayılı resmi gazetede yayınlanan “Türkiye Cumhuriyeti ile Amerika Birleşik Devletleri Arasında Suçluların Geri Verilmesi ve Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardım Andlaşması”⁵⁸⁴, kapsam ve uygulama usulleri bakımından imzacı tarafların ceza yasalarını karşılıklı uygulama ve tanımalarını gerektirmektedir. Andlaşma, “Suçluların Geri Verilmesi” ve Ceza İşlerinde Karşılıklı Yardım” başlıklarını ayrı iki bölümde düzenlemiştir. Andlaşmanın “Suçluları Geri Verme Yükümlülüğü” başlıklı 1. maddesi şu şekildedir; “(1) Sözleşen Taraflar, istenilen taraf ülkesi içinde bulunup da bir suçtan ötürü hakkında kovuşturma yapılan veya bir suçla itham edilmiş veya bir suçtan hüküm giymiş olan veya isteyen taraf ülkesinde işlenmiş bir suç nedeniyle, adli yargı organlarınca verilmiş bir cezanın yerine getirilmesi amacıyla diğer tarafça istenilen tüm kişileri, bu andlaşmada yer alan hüküm ve koşullara uygun olarak birbirlerine teslim etmeyi üstlenirler. (2) Suç, isteyen taraf ülkesi dışında işlenmiş olduğu takdirde, istenilen taraf (a) kendi yasaları benzer koşullarda işlenmiş böyle bir suçun cezalandırılmasını öngörüyorsa veya (b) suç, isteyen tarafın bir uyuşuğundan işlenmiş olup da, anılan tarafın kendi yasalarına göre bu kişiyi yargılama yetkisi varsa, bu andlaşmada belirtilen hükümlere bağlı olarak, suçlunun geri verilmesini kabul edecektir”⁵⁸⁵.” Maddeden açıkça anlaşıldığı üzere suçluların iadesi konusunu değerlendirirken her iki devletin de ceza yasalarının ayrıntılı olarak incelemesi gerekmekte ve özellikle istenilen tarafın, isteyen tarafın ceza hukukunu doğrudan tanıma yükümlülüğü doğmaktadır. Andlaşmanın, “geri verme konusu olabilecek suçlar”ı düzenleyen 2. maddesinde, hem zaman hem de konu bakımından sınıflandırmaya gidilmiş ve yapılan düzenlemeler ile yine Türkiye Cumhuriyeti ve Amerika Birleşik Devletleri'nin birbirlerinin ceza hukuku sistemlerini tanıma ve herhangi bir suçlunun iadesinin istenmesi durumunda da uygulama yükümü altına

⁵⁸⁴ Türkiye- ABD, “Türkiye Cumhuriyeti ile Amerika Birleşik Devletleri Arasında Suçluların Geri Verilmesi ve Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardım Andlaşması”, (imza 7 Haziran 1979- yürürlük 1 Ocak 1981), Ankara, RG 1980/17166- 32 USTS 3111

⁵⁸⁵ a.g.e., Madde 1

girmeleri sağlanmıştır⁵⁸⁶. Andlaşmanın, Türkiye ya da ABD'nin, karşı tarafın istediği suçlunun iadesini reddedebileceği durumları düzenleyen 3. maddesi ise özellikle dikkat çekicidir. Siyasi suçlar, askeri suçlar, zamanaşımı, istenilen devlette aynı suçtan beraat etmiş ya da mahkum olmuş olma⁵⁸⁷ gibi durumlar taraf devletlerin iadeyi reddedebilme halleri olarak sıralanmıştır. Daha ayrıntılı olarak açıklamak gerekirse; Türkiye, ABD'den X'in iadesini işbu andlaşmaya dayanarak istenmiş olsun. Yapılan incelemeler sonucu, ABD, bu kişinin, Türkiye tarafından, sosyal medyada paylaştığı fikirleri sebebiyle Türk Ceza Kanunu'nun 329. maddesine⁵⁸⁸ istinaden yargılanmak üzere istendiği tespit etmiş ve iadeyi, andlaşmanın doğası gereği reddetmiş olsun. ABD makamları burada, açıkça Türk kamu hukukunun bir parçası olan Türk Ceza Kanunu'nu derinlemesine incelemiş ve ona göre karar vermiş olmalıdır. Örnekte ele alınan red kararının her aşamasında ABD makamları Türk kamu hukukunu uygulamaktadırlar. Aynı senaryo elbette Türkiye için de geçerlidir. Andlaşma bir kere daha taraf devletlerin birbirlerinin kamu hukukunu dikkate almasını ve onun ötesinde uygulamasını zorunlu kılmıştır. Öte yandan, andlaşmanın "istemin içeriği" başlıklı 7. maddesinde, isteyen tarafın ceza yasalarına ilişkin ayrıntılı bilgi ve belgelerin iade istemi esnasında eklenmesi gerektiği belirtilmektedir⁵⁸⁹. Anlaşılmaktadır ki, ABD veya Türkiye, iade taleplerini değerlendirirken karşı tarafın ceza yasalarını usul açısından da oldukça dikkatli ve ayrıntılı bir incelemeye tâbii tutacak ve iadeye ilişkin nihai kararını ona göre verecektir.

"Türkiye Cumhuriyeti ile Amerika Birleşik Devletleri Arasında Suçluların Geri Verilmesi ve Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardım Andlaşması"nın ikinci

⁵⁸⁶ a.g.e., Madde 2

⁵⁸⁷ a.g.e., Madde 3

⁵⁸⁸ Siyasi suçlar kavramının tam bir tanımı yapılamamaktadır. Devlet varlığı aleyhindeki cürümlerin siyasi suç niteliği kabul edilmekte ancak bu iki kavram aynı anlama gelmemektedir. Siyasi suç kavramı daha geniş bir anlamda kullanılmakta ve sübjektif esaslara dayanılarak da suçun siyasi karakteri tespit edilmektedir. (Sulhi Dönmez & Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Umumi Kısım, Cilt II, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961, s. 1213; Çetin Özek, "Devletin Şahsiyeti Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri", **İÜHF**, Cilt XXXII, Sayı 2- 4, 1966, s. 622; Ümit Hassan, "Siyasi Suç Kavramı", **AÜSBFD**, Cilt XXVI, Sayı 1, 1971, s. 198)

⁵⁸⁹ Türkiye- ABD, "Türkiye Cumhuriyeti ile Amerika Birleşik Devletleri Arasında Suçluların Geri Verilmesi ve Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardım Andlaşması", (imza 7 Haziran 1979- yürürlük 1 Ocak 1981), Ankara, RG 1980/17166- 32 USTS 3111, Madde 7

bölümü, “Ceza İşlerinde Karşılıklı Yardım” başlığını taşımaktadır. Bu bölümde yer alan “istemlerin yerine getirilmesi” başlıklı 25. maddede yabancı kamu hukukunun uygulanmasına ilişkin mevcut bir önyargı yıkılmaktadır. 25. maddenin 1. fıkrası açıkça, “Bu bölümde başka türlü hükme bağlanmış olmadıkça, istemler, istenilen tarafın yasalarına göre mutad olan usullere uygun olarak yerine getirilecektir⁵⁹⁰” demektedir. Konu ceza işlerinde yardım olduğuna göre, hükümden anlaşılan Amerika, Türkiye’den adli yardım talep ettiğinde, bu talebin yerine getirilmesi sırasındaki tüm işlemler 2004 yıl ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu⁵⁹¹’na göre yapılacak ve Türk ceza usullerine göre yapılmış işlemler Amerikan mahkemelerinde bir hükme sahip olacaktır.

Türkiye, ABD ile imzaladığı anlaşmaların bir benzerini 1995 tarihinde Arnavutluk ile düzenlemiş ve bu belge de 1998’de yürürlüğe girmiştir. “Türkiye Cumhuriyeti ile Arnavutluk Cumhuriyeti Arasında Hukuki, Ticari ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma Sözleşmesi⁵⁹²”, başlığından da anlaşılabilceği üzere, Türkiye ve Arnavutluk devletlerinin hukuki ve ticari meselelerin yanı sıra, cezai konularda da işbirliği yapmalarını öngörüyordu. Sözleşmenin “Hukuki ve Ticari Konulardaki Kararların Tanınması ve Tenfizi” başlıklı 5. bölümünün 19. maddesinin 1. fıkrası, imzacı tarafların birbirlerinin ülkesinde verilmiş bir takım kararların, işbu sözleşmede öngörülen şartlar altında tanınacağını ve tenfiz edileceğini bağıtladıktan sonra, tanınacak ve tenfiz edilebilecek kararlar arasında aynı hükmün b bendinde, “zararın tazmini konusuna ilişkin olarak cezai konularda verilmiş adli kararlar⁵⁹³” da sayılmıştır. Öte yandan sözleşmenin, “Ceza Alanında Adli Yardımlaşma” başlıklı 6. bölümünün 25. maddesinin 2. fıkrası “Ceza alanında adli yardımlaşma özellikle belgelerin tevdi, arama, delil teşkil eden belge ve eşyalara el konulması ve teslimi, bilirkişilerin dinlenmesi ve keşif yapılması gibi usul işlemlerinin yerine getirilmesini

⁵⁹⁰ a.g.e, Madde 25 Fıkra 1

⁵⁹¹ Ceza Muhakemesi Kanunu, Kanun Numarası 5271, Kabul Tarihi 04. Aralık. 2004, RG 17. Aralık. 2004/ 25673

⁵⁹² Türkiye- Arnavutluk, “Türkiye Cumhuriyeti ile Arnavutluk Cumhuriyeti Arasında Hukuki, Ticari ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma Sözleşmesi”, (imza 15 Mart 1995-yürürlük Ocak 1998), Tiran, RG 1997/ 23165

⁵⁹³ a.g.e, Madde 19 Fıkra 1Bend b

kapsar⁵⁹⁴” demektedir. ABD ile yapılan anlaşma incelenirken ele alındığı üzere, Türkiye Cumhuriyeti’nde bu konular Ceza Muhakemesi Kanunu ile düzenlenmiştir. Bu durumda Arnavutluk Cumhuriyeti herhangi bir adli yardım talebinde Türkiye’nin ceza usul yasalarına göre yapılmış işlemleri tanıyacak ve kendi davalarına uygulayacaktır. Aynı konu 27. maddenin 1. fıkrasında da ele alınmış; “Bir adli yardım talebinin yerine getirilmesi için *istenilen makamın*⁵⁹⁵ kendi devletinde yürürlükte bulunan kanuni hükümler uygulanacaktır⁵⁹⁶” ifadesi ile önceki hükme hem açıklama getirilmiş hem de pekiştirilmiş olmaktadır. Öte yandan, aynı fıkranın devamında, “Bununla birlikte, istenilen makam isteyen makamın talebi üzerine, istenilen tarafın kanunlarına aykırı olmadığı ölçüde diğer Akit tarafın usul hükümlerini uygulayabilir⁵⁹⁷” diyerek, yardım talep edilen tarafın da diğer tarafın ceza usul kanunlarını uygulamasının önünü açmıştır.

Arnavutluk ile yapılan sözleşmenin 7. bölümü “Suçluların İadesi” başlığını taşımaktadır. Bu bölümün ilk üç maddesi olan 34, 35 ve 36. maddeler sırayla hangi konularda iade talep edilebileceğini, hangi konularda iade yapılamayacağını ve iade esnasında izlenecek usulü düzenlemektedir⁵⁹⁸. Bahse konu maddeler ile çizilen çerçevede özellikle suçlunun iadesi talebinin reddini düzenleyen 35. maddede⁵⁹⁹, zamanaşımı gibi konular ele alınırken taraf devletlerin birbirlerinin ceza yasalarını dikkate almaları kaçınılmaz hale gelmektedir. Böylelikle Arnavutluk ve Türkiye suçluların iadesi konularında mevcut sözleşme ile bir fayda sağlarken, yabancı ceza hukukunu yani yabancı kamu hukukunu uygulamak ve tanımak yükümlülüğü altına girmiş bulunmaktadır. Sözleşmenin “Cezalarının Vatandaşı Oldukları Devlette İnfazı Amacıyla Hükümlülerin Nakli” başlıklı 8. bölümünün 50. maddesi, taraf devletlerin birbirlerinin vatandaşları hakkında vermiş oldukları kesinleşmiş bir mahkeme kararının hürriyeti bağlayıcı ceza içermesi durumunda, hüküm devletinin talebi üzerine, cezanın hükümlünün vatandaşı olduğu diğer taraf devlette

⁵⁹⁴ a.g.e, Madde 25 Fıkra 2

⁵⁹⁵ Vurgu yazar tarafından eklenmiştir.

⁵⁹⁶ a.g.e, Madde 27 Fıkra 1

⁵⁹⁷ a.g.e, Madde 27 Fıkra 2

⁵⁹⁸ a.g.e, Madde 34- 36

⁵⁹⁹ a.g.e, Madde 35

doldurulmasını düzenlemektedir⁶⁰⁰. Bu madde ile açıkça, taraflar vatandaşlarının kendi ülkelerinde cezalarını çekmeleri amacı ile, yabancı bir devletin ceza mahkemelerinin verdiği kararın icracısı olmaktadır, Türk hukukundaki deyim ile yabancı mahkemenin vermiş olduğu ceza tenfiz edilmektedir. Öte yandan 50. maddenin şartı niteliğinde bir hüküm olarak 52. maddede, “Hükümlünün nakli ancak, mahkumiyetine neden olan fiil infaz devletinin ceza mevzuatı açısından da bir suç teşkil etmesi halinde yapılacaktır⁶⁰¹” denmekte ve Arnavutluk ile Türkiye’nin mevcut sözleşme ile birbirlerinden yardım talep ederken, karşılıklı olarak ceza yasalarının benzer hükümlerinin bulunmasının, sözleşmenin uygulamasını kolaylaştıracağına vurgu yapılmaktadır.

Türkiye’nin ceza meselelerinde yapmış olduğu ikili işbirliği anlaşmalarından öne çıkan örnekler olarak yukarıdakilerden başka Suriye ile 1983’te yürürlüğe giren “Türkiye Cumhuriyeti ile Suriye Arap Cumhuriyeti Arasında Suçluların Geri Verilmesi ve Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardımlaşma Anlaşması⁶⁰²” ve Pakistan ile yapılmış olan ve 1984’te yürürlüğe giren “Türkiye Cumhuriyeti ile Pakistan İslam Cumhuriyeti Arasında Suçluların Geri Verilmesi Anlaşması⁶⁰³” sayılabilir. Pakistan ile yapılan anlaşmanın “Suçluların Geri Verme Yükümlülüğü”, “Geri Verme Konusu Olabilecek Suçlar”, “Geri Verme İstemini Reddetme Nedenleri” ve “Geri Verme İstemi ve Lüzumlu Belgeler” başlıklı sırasıyla 1, 2, 3 ve 4. maddeleri⁶⁰⁴, imzacı devletlerin birbirlerinin ceza ve ceza usul yasalarını tanıma ve uygulamalarını gerektirmektedir. Diğer taraftan Suriye ile yapılan anlaşmanın da “Geri Vermeyi Gerektiren Fiiller” başlıklı 2. maddesi ile “Geri Vermenin Reddi Halleri” başlıklı 3. maddesi, taraf devletlerin birbirlerinin ceza yasalarına doğrudan etki vermeleri

⁶⁰⁰ a.g.e, Madde 50

⁶⁰¹ a.g.e, Madde 52

⁶⁰² Türkiye- Suriye, “Türkiye Cumhuriyeti ile Suriye Arap Cumhuriyeti Arasında Suçluların Geri Verilmesi ve Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardımlaşma Anlaşması”, (imza 15 Haziran 1981- yürürlük 30 Nisan 1983), Ankara, RG 1983/ 19991

⁶⁰³ Türkiye- Pakistan, “Türkiye Cumhuriyeti ile Pakistan İslam Cumhuriyeti Arasında Suçluların Geri Verilmesi Anlaşması”, (imza 30 Ağustos 1983-yürürlük 20 Kasım 1984), Ankara, RG 1984/ 18508

⁶⁰⁴ a.g.e, Madde 1- 4

sonucunu doğurmaktadır⁶⁰⁵. Anlaşmanın, “Gerekli Belgeler” başlıklı 8. maddesi, taraf devletlerin birbirlerinin ceza usul yasalarını dikkate almaları ve bu yasalar gereğince yapılmış işlemleri kendi mahkemelerinde geçerli saymaları ve bunlara göre işlem yapmalarını gerektirmektedir⁶⁰⁶. Son olarak yine Suriye ile yapılan anlaşmanın, “Yardımlaşmanın Reddi Halleri”ni düzenleyen 23. maddesi, siyasi, askeri suçlar ile ilgili adli yardımlaşma isteminin reddedilmesi gerektiğini ve buna ek olarak istenilen tarafın ülkesinin egemenlik, güvenlik, kamu düzeni veya diğer özel çıkarlarına hanel getirmesi halinde de yardımlaşmanın reddedilebileceğini belirtirken⁶⁰⁷, taraf devletlere açıkça birbirlerinin kamu hukuklarını işaret etmektedir.

(2) ÇIFTE VERGİLENDİRMEYİ ÖNLEME ANDLAŞMALARI

Beyan edilmiş bir gelir, mal veya mali işlemin birden fazla vergilendirilmesine “çifte vergilendirme” denmektedir. Çifte vergilendirmeyi önleme andlaşmalarının ilki 1872 yılında Büyük Britanya ile İsviçre – Vaud Kantonu arasında akdedilmişti ve veraset intikal vergileri gibi kısıtlı bir alanı düzenliyordu⁶⁰⁸, yine de çok önemli bir adım olduğu açıktır. Günümüzdeki gibi geniş kapsamlı vergi andlaşmaları, yukarıda belirtilen çifte sorumluluğu ortadan kaldırmak amacıyla 1970’lerden itibaren daha sıklıkla imzalanır olmuştur. Gelişmekte olan devletler çifte vergilendirme andlaşmalarını yabancı yatırımı ülkelerine çekmek amacıyla bir cazibe aracı olarak kullanmaktadırlar⁶⁰⁹. Çifte vergilendirme bazen federal sisteme sahip bir devlet içerisinde farklı yetki bölgelerinin mevcudiyeti dolayısıyla da sorun olabilmektedir. Öte yandan Türkiye’yi de ilgilendiren şekli ile çifte vergilendirme birden fazla devletin aynı vergi konusunu vergilendirmesi şeklinde ortaya

⁶⁰⁵ Türkiye- Suriye, “Türkiye Cumhuriyeti ile Suriye Arap Cumhuriyeti Arasında Suçluların Geri Verilmesi ve Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardımlaşma Anlaşması”, (imza 15 Haziran 1981- yürürlük 30 Nisan 1983), Ankara, RG 1983/ 19991, Madde 2- 3

⁶⁰⁶ a.g.e, Madde 8

⁶⁰⁷ a.g.e, Madde 23

⁶⁰⁸ Sunita Jogarajan, “The Conclusion and Termination of the ‘First’ Double Taxation Treaty”, **British Tax Review**, Vol. 3, University of Melbourne Legal Studies Research Paper, No. 604, 2012, s. 283

⁶⁰⁹ Eric Neumayer, “Do Double Taxation Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?”, **Journal of Development Studies**, Vol. 43, No. 8, 2007, s. 1501

çıkılmaktadır. Böyle bir uyumsuzlukta genelde devletlerden biri kazancın elde edildiği yer iken, diğeri ise kazanç sahibinin mukim olduğu yer olmaktadır. Çifte vergilendirme genelde çok uluslu şirketlerin bir sorunu imiş gibi görünse de, ülke dışında herhangi bir mali işlemde bulunmuş/ bulunacak herhangi bir bireyin de karşısına çıkabilir. Çifte vergilendirmenin önlenmesi için bir devletin ülkesinde ödenen vergilerin, gelirlerin başka bir ülkede de toplanması halinde ödenecek vergiden düşülmesi gerekir⁶¹⁰. Kamu hukukunun en önemli parçalarından biri olarak vergi yasalarının ülke dışında kendiliğinden sonuç doğurması mümkün olmadığı ve devletlerin iç hukukları da günümüz itibarıyla buna izin vermediğinden, vergiden düşme işleminin yapılabilmesinin yegane yolu devletlerin aralarında bu konuyu düzenleyen anlaşmalar yapmalarıdır. OECD, üye devletlerin vergi anlaşmaları akdetmelerini ve zamanın gereklerine uygun olarak zaman zaman bunları revize etmelerini bir örgüt politikası olarak benimsemiş, hatta buna istinaden bir model vergi anlaşması geliştirmiştir⁶¹¹. Hem bir OECD üyesi hem de yabancı sermayeyi ülkesine çekmek isteyen bir devlet olarak Türkiye'nin de 81 devlet ile çifte vergilendirme anlaşması imzaladığı daha önce belirtilmişti.

Türkiye ilk çifte vergilendirme anlaşmasını 3 Kasım 1970 tarihinde Avusturya ile imzalamış⁶¹², bu anlaşma 2008 yılında revize edilmiştir⁶¹³. Çifte vergilendirme anlaşmaları dünya genelinde, çok özel bir durum söz konusu değilse, kişiler ve kapsam bakımından benzerlik göstermektedir. Diğer taraftan, zaman zaman devletler bazı devletlerle olan vergi anlaşmalarına özel önem atfetmekte, bunda devletler arası ticari ilişkiler, göç sorunu gibi konular belirleyici olmaktadır. İlerleyen sayfalarda değineceğimiz sosyal güvenlik sözleşmelerinde olduğu gibi, yoğun olarak Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının yaşadığı bir ülke olarak Almanya ile olan vergi

⁶¹⁰ <http://www.mfa.gov.tr/cifte-vergilendirmeyi-onleme-anlasmalari-ve-turkiye.tr.mfa> (Çevrimiçi) 23 Ağustos 2014

⁶¹¹ <http://www.oecd.org/tax/treaties/oecdmtcavailableproducts.htm> (Çevrimiçi) 23 Ağustos 2014

⁶¹² Türkiye- Avusturya, “Türkiye Cumhuriyeti ile Avusturya Cumhuriyeti Arasında Gelir ve Servet Vergilerinde Çifte Vergilendirmenin Önlenmesine ve Diğer Bazı Hususların Düzenlenmesine İlişkin Anlaşma”, (imza 3 Kasım 1970- yürürlük 24 Eylül 1973- uygulama 01 Ocak 1974), Viyana, RG 1 Ağustos 1973/ 14612

⁶¹³ Türkiye- Avusturya, “Türkiye Cumhuriyeti ile Avusturya Cumhuriyeti Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşması”, (imza 28 Kasım 2008- yürürlük 1 Ekim 2009- uygulama 01 Ocak 2010), Viyana, RG 26 Haziran 2009/ 27270

andlaşmasının özellikle ayrıntılandırılmasına çalışılmış, böylelikle Türklerin artık hem işçi hem de artık işveren konumunda buldukları⁶¹⁴ bu ülkede ekonomik ilişkileri dolayısıyla yaşayabilecekleri aksaklıkların önüne geçilmeye çalışılmıştır. Anılan sebeplerden ötürü Türkiye'nin taraf olduğu vergi andlaşmalarının en ayrıntılısı, en kapsamlısı Almanya ile imzalanmış olandır. Dolayısıyla incelememizi Almanya ile mevcut andlaşma üzerinden sürdüreceğiz.

Türkiye, Almanya (o zamanki adı ile Federal Almanya) ile 16 Nisan 1985'te "Türkiye Cumhuriyeti ile Federal Almanya Cumhuriyeti Arasında Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşması"⁶¹⁵’ni imzalamış fakat bahse konu anlaşma, 21 Temmuz 2009 tarihinde, yenilenmesi ile ilgili müzakereler sürerken, Almanya tarafından feshedilmiştir⁶¹⁶. Almanya, mevcut anlaşmanın OECD model vergi andlaşması ile uyumlu hale getirilmesine ilişkin isteğini müzakerelere yansıtmıştır⁶¹⁷. Müzakereler sonunda, 1 Ocak 2011 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere, 19 Eylül 2011 tarihinde Berlin’de "Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Federal Cumhuriyeti Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi ve Vergi Kaçakçılığını Önleme Anlaşması"⁶¹⁸’ni imzalanmıştır. Bundan sonraki inceleme güncel anlaşma üzerinden yapılacaktır.

Türkiye ile Almanya arasındaki 2011 tarihli anlaşmanın 1. maddesinde "Kapsanan Kişiler" başlığı altında akit devletlerden birinin ya da her ikisinin mukimi olan kişilerin bu anlaşmanın kapsamında buldukları tespit edilirken⁶¹⁹, 2. maddede

⁶¹⁴ Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı'nın verilerine göre Avrupa'daki Türk işletmelerinin sayısı 140.000 civarındadır ve bunların 70.000'i Almanya'da bulunmaktadır. Almanya'ki mevcut işletmeler 330.000 kişiye istihdam sağlamakta ve yıllık olarak 32.7 milyar Avro ciro sağlamaktadırlar. (Çevrimiçi) http://www.mfa.gov.tr/yurtdisinda-yasayan-turkler_tr.mfa 4 Eylül 2014

⁶¹⁵ Türkiye- Almanya, "Türkiye Cumhuriyeti ile Federal Almanya Cumhuriyeti Arasında Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşması", (imza 16 Nisan 1985- yürürlük 31 Aralık 1989- uygulama 01 Ocak 1990- 1 Ocak 2011), Bonn, RG 9 Temmuz 1986/ 19159

⁶¹⁶ Emrah Ferhatoğlu, "Almanya- Türkiye Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşması'nda Bağlama Kuralları", **Maliye Dergisi**, Sayı 161, Temmuz- Aralık 2011, s. 106

⁶¹⁷ Ferhatoğlu, **a.g.y.**

⁶¹⁸ Türkiye- Almanya, "Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Federal Cumhuriyeti Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi ve Vergi Kaçakçılığını Önleme Anlaşması", (imza 19 Eylül 2011- yürürlük 1 Ağustos 2012- uygulama 1 Ocak 2011), Berlin, RG 24 Ocak 2012/ 28183

⁶¹⁹ **a.g.e.**, Madde 1

anlaşma kapsamındaki vergiler oldukça geniş biçimde tanımlanmıştır⁶²⁰. Buna göre, Türkiye Cumhuriyeti'nde gelir vergisi ve kurumlar vergisi ile, Almanya Federal Cumhuriyeti'nde gelir vergisi, kurumlar vergisi ve ticaret vergisi anlaşma kapsamına alınmıştır⁶²¹. Almanya'da mukim Türk vatandaşları değerlendirildiğinde, özellikle Türkiye'nin Alman kamu hukukunun temel bir parçası olan Alman vergi yasalarını kendi ülke sınırları içerisinde uygulamak ve tanımak durumunda kalacağı açıktır. Anlaşmanın geneli, Türkiye ile Almanya'nın karşılıklı olarak birbirlerinin vergi yasalarını tanımalarını ve ileri düzeyde işbirliği çerçevesinde tarafların birbirlerinin vergi toplamasına yardım etmelerini, son noktada birbirlerinin vergi yasalarını uygulamalarını gerektirmektedir. Diğer taraftan anlaşmanın her aşaması, her maddesi vergi yasalarının yanı sıra, imzacı devletlerin birbirlerinin yasal sistemlerini bir bütün olarak tanınması sonucunu doğurmaktadır. Örneğin anlaşmanın "Gayrimenkul Varlıklarından Elde Edilen Gelir" başlıklı 6. maddesi, "Bir Akit Devlet mukiminin diğer Akit Devlette bulunan gayrimenkul varlıklarından elde ettiği gelir (tarım ve ormancılıktan elde edilen gelir dahil), bu diğer Devlette vergilendirilebilir⁶²²" demektedir ve bu hüküm halihazırda uluslararası özel hukukta da yerleşmiş olan *lex rei sitae* kuralı ile de tamamen örtüşmektedir. Kural, aynı maddenin 2. fıkrasında da pekiştirilmekte; "*Gayrimenkul varlık*⁶²³ terimi, söz konusu varlığın bulunduğu Akit Devlet mevzuatına göre tanımlanacaktır" ifadesi ile akit devletler Türkiye ve Almanya'nın vergi kaçakçılığının ve çifte vergilendirmenin önlenmesi amacıyla birbirlerinin hangi yasalarını dikkate almaları gerekirse bunun gereğini yerine getireceklerinin de altı çizilmektedir. Genelde özel hukuk hükümlerini ilgilendirse de devletlerin birbirlerinin yasalarına karşılıklı saygı ve uygulama yükümlülüğünü vurgulaması bakımından anlaşmanın bu tarz hükümlerinin önemi açıktır.

Türkiye- Almanya arasındaki vergi anlaşması, vergi kaçırılmasını önlemek ve her iki devletin de mukimlerinin aynı gelir için birden fazla vergi ödeyerek mağdur olmamalarını sağlamak için oldukça ayrıntılı olarak yapılandırılmıştır. Bu çerçevede devlet teşebbüslerinin durumu da düzenlenmiş, vergi sistemlerinin tam olarak

⁶²⁰ a.g.e., Madde 2

⁶²¹ a.g.y.

⁶²² a.g.e., Madde 6 Fıkra 1

⁶²³ Vurgu yazar tarafından eklenmiştir.

etkililiği amacıyla herhangi bir boşluk kalmamasına özen gösterilmiştir. Anlaşmanın “Ticari Kazançlar” başlıklı 7. maddesi “Bir Akit Devlet teşebbüsüne ait kazanç, söz konusu teşebbüs diğer Akit Devlette yer alan bir işyeri vasıtasıyla ticari faaliyette bulunmadıkça, yalnızca bu Devlette vergilendirilecektir. Eğer teşebbüs yukarıda bahsedilen şekilde ticari faaliyette bulunursa, teşebbüsün kazançları bu diğer Devlette, yalnızca bu işyerine atfedilebilen miktarla sınırlı olmak üzere vergilendirilebilir⁶²⁴” demektedir. Almanya’da bir devlet teşebbüsünün Türkiye’deki bir işyeri vasıtasıyla bulunduğu faaliyetler dolayısıyla elde edeceği gelirin Almanya’da tekrar vergilendirilmemesi için Türk vergi yasalarının tanınması gerektiği açıktır. Özel olarak Türkiye- Almanya vergi anlaşması ve genel olarak da tüm vergi kaçakçılığı ve çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları ile yabancı vergi yasalarının ulusal mahkemelerde uygulanmasının mahkeme devletinin egemenliğinin ihlali olduğunu savunan eski görüşün terk edilmesi mümkün kılınmaktadır. Andlaşmaların uluslararası hukukun temel kaynağını teşkil etmeleri dolayısıyla, uluslararası hukuk açısından da bu tarz andlaşmaların varlığı ile yabancı vergi yasalarının başka bir devlette hiçbir şekilde uygulanmayacağına ilişkin kabulün ortadan kalktığı söylenebilir. İç hukuk sistemlerinde yabancı kamu hukukunu uygulamaya yönelik düzenlemelerin eksikliği, zamanın gereklerine istinaden, devletler arasındaki ikili zaman zaman da uluslararası örgütler bünyesindeki çok taraflı andlaşmalar ile giderilmektedir.

Türkiye ile Almanya arasındaki vergi anlaşması bir akit devlette doğan bir gelirin diğer akit devlette vergilendirilmesine müsaade etmekte, taraf devletler birbirleri lehine, bazı gelirlerin vergilendirilmesinden vazgeçmektedirler. Şüphesiz ki, böyle bir vergilendirme durumunda Almanya ve Türkiye birbirlerinin vergi yasalarına istinaden yapılmış mali işlemleri tanımak durumunda kalacaklar ve bazı noktalarda birbirlerinin vergi yasalarını doğrudan uygulamaları gerekecektir. Örneğin “Faiz” başlıklı 11. maddede yukarıda bahsettiğimiz gibi, bir akit devlette doğan ancak diğer akit devlet mukimine ödenen faizin bu diğer devlette

⁶²⁴ a.g.e., Madde 7 Fıkra 1

vergilendirilmesine izin verilmektedir⁶²⁵. Aynı maddenin 2 fıkrası bahse konu faizin, elde edildiği akit devlette ve o devletin mevzuatına göre de vergilendirilebileceğini belirtmekte ancak faizin gerçek yararlanıcısı diğer akit devletin bir mukimi ise, o durumda bu şekilde alınacak verginin, faizin gayrisafi tutarının %10'unu aşmamasını karara bağlamaktadır⁶²⁶. Benzer şekilde bu maddeyi takip eden "Gayrimaddi Hak Bedelleri" başlıklı 12. maddede de, bir akit devlette doğan ve diğer akit devletin bir mukimine ödenen gayrimaddi hak bedelinin, mukimi bulunulan devlette vergilendirilmesine izin verilmekte⁶²⁷, maddenin devamında ise gayrimaddi hak bedelinin doğduğu akit devlette vergilendirilmesi halinde de, bu şekilde alınacak verginin, gayrimaddi hak bedelinin gayrisafi tutarının %10'unu aşamayacağı belirtilmektedir⁶²⁸. Görüldüğü üzere hem 11. hem de 12. maddelerde taraf devletlerin (mukimleri söz konusu olduğunda) birbirleri lehine vergilendirme haklarından feragat etmeleri mümkün kılınmakta, bir kaynaktan doğan bir gelirin başka bir yerde vergilendirilmesi sonucu yapılması gereken mahsuplaşmalar ya da matrah dışında bırakmalar da Almanya ve Türkiye'nin birbirlerinin vergi yasalarını tanımaları zorunlu kılmaktadır.

"Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Federal Cumhuriyeti Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi ve Vergi Kaçakçılığını Önleme Anlaşması" her gelir kalemi üzerinde yaptığı ayrıntılı düzenleme ile vergi kaçakçılığı ve çifte vergilendirmenin önlenmesini ve bu doğrultuda işbirliğini en üst düzeye taşımayı amaçlamaktadır. Anlaşmanın "Çifte Vergilendirmenin Önlenmesi" başlıklı 22. maddesinde konu ayrı ayrı hem Türkiye, hem de Almanya mukimler açısından düzenlenmiştir. Türkiye mukimleri için, Türkiye Cumhuriyeti ülkesi dışında ödenen verginin Türk vergisinden mahsubuna ilişkin Türk mevzuatı hükümleri saklı kalmak üzere, "bir Türkiye mukiminin, Almanya'daki kaynaklardan elde ettiği gelir (kazançlar ve vergiye tabii gelirler dahil) üzerinden, Almanya mevzuatı gereğince ve bu Anlaşmaya uygun olarak ödenecek Alman vergisinin, söz konusu gelir üzerinden alınacak Türk vergisinden mahsubuna izin verilecektir. Bununla birlikte bu mahsup,

⁶²⁵ a.g.e., Madde 11 Fıkra 1

⁶²⁶ a.g.y., Fıkra 2

⁶²⁷ a.g.e., Madde 12 Fıkra 1

⁶²⁸ a.g.y., Fıkra 2

söz konusu gelire atfedilebilen, mahsuptan önce hesaplanan Türk vergisi miktarını aşmayacaktır.⁶²⁹” Almanya mukimleri için ise, Türkiye’de doğan ve bu anlaşma uyarınca Türkiye’de vergilendirilebilen herhangi bir gelir unsuru, Alman vergisinin hesaplanmasına esas olan matrahın dışında tutulacaktır⁶³⁰. Her iki devlet açısından da verginin mahsup edilmesine izin verme ya da matrahın dışında tutma işleminin yapılabilmesi için karşı tarafın vergi yasalarını ve bunlara göre yapılmış işlemleri tanıma yükümlülüğü doğmaktadır. Anlaşmanın “Bilgi değişimi” başlıklı 25. maddesi ise ayrıca önemlidir. Bu maddenin 1. fıkrasına göre, “Akit Devletlerin yetkili makamları, bu anlaşma hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili veya Anlaşma ile uyumsuzluk göstermediği sürece bir Akit Devlet, eyaleti, politik alt bölümleri veya mahalli idareleri adına alınan her tür ve tanımdaki vergilerle iç mevzuat hükümlerinin uygulanması veya idaresi ile ilgili olduğun öngörülen bilgileri değişime tabi tutacaklardır. Bilgi değişimi 1. ve 2. madde ile sınırlı değildir.⁶³¹” Vergi yasalarının uygulanması ve idaresi ile ilgili bilgi değişimi yapmayı taahhüt eden Almanya ve Türkiye, bunun sadece Almanya ve Türkiye mukimlerine ilişkin olmayacağını ve hakkında bilgi istenen vergilerin de sadece Alman ve Türk vergileri ile sınırlı kalmayacağını belirtmektedirler. Devletler bilgi değişimi konusunda işbirliğini geniş bir alana yaymaktadırlar, diğer vergi anlaşmalarında böylesi geniş düzeyde bir yardımlaşma olmadığını belirtmeliyiz. Öte yandan, kendisinden bilgi talep edilen devlet, kendi vergi amaçları yönünden bu bilgilere ihtiyacı olmasa bile, talep edilen bilgiyi sağlamak için kendi bilgi toplama yöntemlerini kullanacak ve devletler yalnızca ulusal çıkarları olmadığı gerekçesi ile bilgi sağlamayı reddedemeyeceklerdir⁶³². “Bilgi Değişimi” başlığı altında akit devletlerin birbirlerinin vergi yasalarını doğrudan uygulamasına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmasa da, bu madde ile vergi kaçakçılığının ve çifte vergilendirmenin önlenmesi amacıyla Türkiye ve Almanya, anlaşmanın diğer tarafı için bilgi edinmeyi yükümlenmiş olmaktadır.

⁶²⁹ a.g.e., Madde 22 Fıkra 1 (a) Bendi

⁶³⁰ a.g.e., Madde 22 Fıkra 2 (a) Bendi

⁶³¹ a.g.e., Madde 25 Fıkra 1

⁶³² a.g.e., Madde 25 Fıkra 4

Türkiye- Almanya vergi anlaşmasının belki de en önemli maddesi, vergi yasalarının sınır aşan uygulamasına ilişkin mevcut önyargılara oldukça radikal düzenlemeler ile karşı çıkan “Vergi Tahsilatında Yardımlaşma” başlıklı 26. maddedir. Bu maddeye göre, taraflardan birinin alacağı o tarafın mevzuatı uyarınca icra yoluyla istenebildiği ve borçlunun, o esnada (o taraf) devletin mevzuatı uyarınca alacağı tahsilatını engelleyemediği durumda, bu alacak, alacaklı taraf devletin makamının talebi üzerine diğer akit devletin yetkili makamınca tahsil edilmek üzere kabul edilecektir⁶³³. Vergi alacağı diğer akit devlet tarafından sanki kendi alacağıymış gibi, kendi vergilerinin icrası ve tahsilatına uyguladığı mevzuata göre tahsil edilecektir⁶³⁴. Böylelikle imzacı devletler, Alman veya Türk vergi yasalarına göre doğmuş vergi borçlarını takip ve daha da önemlisi tahsil etmeyi yükümlenmektedirler. Diğer bir deyişle, Alman vergi yasaları Türkiye’de, Türk vergi yasaları da Almanya’da doğrudan sonuç doğurmakta ve uygulanmaktadır. Aynı maddenin devamında sadece tahsilat aşamasında değil, alacağa karşılık koruma tedbirleri alma konusunda da yabancı vergi yasalarının sözde “uygulanamazlığını” ortadan kaldıran bir düzenleme yapılmıştır. Anlaşmanın taraflarından birinin alacağı, bu devletin kendi mevzuatına göre tahsilatını sağlamak için koruma tedbirleri alabileceği bir alacak olması durumunda, söz konusu alacak, bu devletin yetkili makamının talebi üzerine, koruma önlemleri almak amacıyla diğer akit devletin yetkili makamlarınca kabul edilecektir⁶³⁵. Taraf devletler bir kez daha birbirlerinin vergi yasalarını doğrudan uygulamayı yükümlenmektedirler zira, örnek olsun, Almanya’nın vergi alacağını tahsil etmek için koruma tedbirleri alabileceği bir durumda Türk makamlarına bu tedbirleri yerine getirmeleri için başvurması ve Türkiye Cumhuriyeti ülkesinde bu koruma tedbirlerinin yerine getirilmesi Türk vergi kanunu hükümlerine göre değil, Alman vergi mevzuatına göre gerçekleştirilecek bir işlemdir. Böylelikle Alman vergi yasalarının Türkiye’de yetkili makamlarca doğrudan uygulanması, işbu anlaşma ile taahhüt altına alınmış olmaktadır. Anlaşmanın vergi yasalarının ülke dışında uygulanamazlığına ilişkin tüm kabulleri yıkan düzenlemelerinin yanı sıra yine 26. maddenin 6. fıkrasında “Bir Akit Devletin

⁶³³ a.g.e., Madde 26 Fıkra 3

⁶³⁴ a.g.y.

⁶³⁵ a.g.e., Madde 26 Fıkra 4

alacağının varlığı, geçerliliği veya tutarıyla ilgili davalar, diğer Akit Devletin mahkemeleri veya idari kuruluşlarına getirilemez.⁶³⁶” hükmü ile hem vergi yasalarının diğer devlette uygulanmasına ilişkin üst sınırı çizilmiş, hem de tezimizde daha önce değindiğimiz hükümet tasarrufları doktrininin bu anlaşma çerçevesinde de benimsendiğine dikkat çekilmiştir.

OECD’nin en son 2014’te yenileyerek tekrar üyelerin onayına sunduğu model vergi anlaşması⁶³⁷, devletlerin akdettikleri vergi anlaşmalarına şeklen ve bir noktaya kadar da içerik olarak bir örneklik gelmesini sağlamıştır. Anlaşmaları farklı kılan devletlerin ikili anlaşma imzalanması esnasındaki öncelikleri ve elbette iç hukuk mevzuatlarıdır. Örneğin Türkiye’nin İngiltere ile imzaladığı “Türkiye Cumhuriyeti ile Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı Arasında Gelir ve Sermaye Değer Artış Kazançları Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme ve Vergi Kaçakçılığına Engel Olma Anlaşması⁶³⁸”nın “Bilgi Değişimi” başlıklı 26. maddesi, Almanya ile imzalanan anlaşmanın aksine, söz konusu anlaşmanın dışında kalan kişi ve vergileri kapsamamakta, tarafların kamu düzenine aykırılık hariç her durumda bilgi sağlamalarını gerektiren herhangi bir yükümlülük de getirmemektedir⁶³⁹. Türkiye’nin Amerika Birleşik Devletleri ile imzalamış olduğu “Türkiye Cumhuriyeti ile Amerika Birleşik Devletleri Hükümeti Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme ve Vergi Kaçakçılığına Engel Olma Anlaşması⁶⁴⁰” ise iç hukuk düzenlemelerindeki farklılıklara ek olarak ABD’nin kendi vatandaşlarını, vatandaşlık ilişkileri dolayısıyla sanki işbu anlaşma yürürlüğe girmemiş gibi vergilendirebilmek hakkını saklı tutması ile de diğer anlaşmalardan ayrılmaktadır.

⁶³⁶ a.g.y., Fıkra 6

⁶³⁷ <http://www.oecd.org/tax/treaties/oecdmtcavailableproducts.htm> (Çevrimiçi) 1 Eylül 2014

⁶³⁸ Türkiye- İngiltere, “Türkiye Cumhuriyeti ile Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı arasında Gelir ve Sermaye Değer artış Kazançları Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme ve Vergi Kaçakçılığına Engel Olma Anlaşması”, (imza 19 Şubat 1986- yürürlük 25 Ekim 1988- uygulama 1 Ocak 1989), Londra, RG 25 Ekim 1988/ 19964

⁶³⁹ a.g.e., Madde 26

⁶⁴⁰ Türkiye- ABD, “Türkiye Cumhuriyeti ile Amerika Birleşik Devletleri Hükümeti Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme ve Vergi Kaçakçılığına Engel Olma Anlaşması”, (imza 28 Mart 1996- yürürlük 19 Aralık 1997- uygulama 1 Ocak 1998), Ankara, RG 31 Aralık 1997/ 23217, Madde 1 Fıkra 3

Yukarıda da belirtildiği üzere halihazırda Türkiye'nin taraf olduğu 81 vergi andlaşmasının en kapsamlısı Almanya ile akdedilmiş olandır. Türkiye Almanya vergi andlaşmasında bulunan ve daha önce de değindiğimiz “Vergi Tahsilatında Yardımlaşma” başlıklı 26. madde kapsamında devletlerin birbirlerinin mevzuatlarını kendi ülkelerinde diğer devletin vergilerini tahsil etmek amacıyla uygulaması taahhüdü Türkiye'nin taraf olduğu diğer vergi andlaşmalarının hiç birinde bulunmamaktadır. Türkiye, vergi andlaşması imzaladığı 81 devletten sadece Avusturya, Belçika, Cezayir, Finlandiya, Lübnan, Lüksemburg, Norveç, Yemen ve Yeni Zelanda ile vergi tahsilatında yardımlaşma başlığı altında bir düzenleme yapmış, Danimarka, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Romanya ve Ürdün ile vergi tahsilatında idari yardımlaşmada bulunulacağına dair akitleşmiş ve Japonya ile de, koşulları pek belirsiz olarak, andlaşmanın diğer tarafının uygulanan vergilerinin tahsil etmeye çalışılacağı imza altına alınmıştır. Bahse konu andlaşmalardaki işbirliği düzeyi Almanya ile revize andlaşma ile ortaya konan noktaya yaklaşmasa da, Türkiye özelinde incelediğimiz vergi kaçakçılığı ve çifte vergilendirmeyi önleme andlaşmaları en temel haliyle bile yabancı vergi yasalarının ülke dışında etki doğurmayacağına ilişkin 18. yüzyıldan kalan kabulleri yıkmaktadır. Devletler arasındaki vergi andlaşmaları artttıkça ve bu andlaşmalara özellikle vergi tahsilatında yardımlaşmaya ilişkin ayrıntılı hükümler konuldukça, yabancı vergi yasalarının uygulanmasına ilişkin engeller de yavaş yavaş ortadan kalkacaktır.

(3) SOSYAL GÜVENLİK SÖZLEŞMELERİ

İşçi işveren ilişkileri, bir özel hukuk ilişkisi olmakla beraber, günümüzde devletin iş hayatını emredici kurallarla düzenlemesi, iş hukukunu özel hukuk alanından kamu hukuku alanına kaydırmaktadır⁶⁴¹. Devletin, iş sözleşmelerinin zayıf tarafını oluşturan işçileri korumak üzere yaptığı düzenlemeler, özellikle sosyal güvenlik hukukunu devletin doğrudan müdahalesi dolayısıyla kamu hukukuna daha yakın hale getirmektedir. Karma hukuk özelliği dolayısıyla da bu alandaki yasaların diğer devletlerin ülkelerinde daha kolay uygulama imkanı buldukları da bir gerçektir.

⁶⁴¹ Şeref Gözübüyük, **Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005, s. 38- 39

II. Dünya Savaşı sonrası Türkiye savaştan görece etkilenmemiş genç nüfusu ile potansiyel işgücü iken, özellikle Batı Avrupa’da işgücü açısından bir boşluk söz konusu idi. Bu konuyu Türkiye’yi de ilgilendiren yönü ile ilk kez 1961 yılında Almanya ile bir işgücü anlaşması imzalanması ile çözülmüştür⁶⁴². Almanya ile imzalanan anlaşmayı 1964’te Avusturya, Belçika ve Hollanda, 1965’te Fransa ve 1967’de de Avustralya ile imzalanan anlaşmalar izlemiştir⁶⁴³. Geçici işgücü olarak değerlendirilen Türk işçilerin durumu 1970’lerin başında farklı bir hal almış, yurtdışında çalışan toplulukta aynı ülkede yerleşme eğilimi ortaya çıkmıştır. Göçmen işçilerin daimi statüsü, tezimizin konusu dışında kalan birçok kültürel ve politik sorunun yanı sıra, bu kimselerin ve geride bıraktıkları ailelerinin tâbi olacakları sosyal güvenlik rejiminin tayini bakımından da ihtilaflara neden olmuştur. Ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümü amacıyla, yurtdışına çalışmak üzere giden Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları ve bunların bakmakla yükümlü oldukları kimselerin sosyal güvenlik haklarını elde edebilmeleri ve çalıştıkları ülkede elde ettikleri haklarından Türkiye’de yararlanabilmeleri amacıyla sosyal güvenlik sözleşmeleri tanzim edilmiştir. Halen 29 devlet ile yürürlükte bulunan sosyal güvenlik sözleşmeleri, bu sözleşmelerde belirtilen haklardan, sözleşmeyi imzalayan akit tarafların vatandaşları ve bunlara eşit sayılan kimseler ile bunların geçindirmekle yükümlü oldukları aile bireyleri ve ölümleri halinde geride kalanlardan hak sahibi olabilecek kimselerin yararlanabileceğini hükme bağlamıştır.

Ülke dışında çalışan Türk vatandaşlarının sayısı göz önünde bulundurulduğunda, Türkiye bugüne kadar Avusturya, Almanya, Arnavutluk, Azerbaycan, Belçika, Bosna- Hersek, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Fransa, Gürcistan, Hollanda, İngiltere, İsveç, İsviçre, KKTC, Kanada, Quebec, Libya, Lüksemburg, Makedonya, Norveç, Romanya, Hırvatistan, İtalya, Sırbistan,

⁶⁴² Türkiye- Almanya, “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Federal Almanya Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Türk İşçilerin Almanya’da İşe Yerleşmesine Dair Anlaşma”, (imza 30 Eylül 1961- yürürlük 1 Ekim 1961), Sayı 505-83 SZV/3-92-42, Bad Godesberg

⁶⁴³http://www.casgem.gov.tr/Casgem/content/conn/casgem/path/Contribution%20Folders/Casgem/AnaSayfa/Yay%C4%B1n_ve_Dokumantasyon/6-%C4%B0%C5%9EG%C3%9CC%C3%9C%20ANLA%C5%9EMALARI.pdf;jsessionid=TPbrTsHZFy2PV28Glf2KtWND22cwKj0QpgK9mf2G2LILJxCv10yS!-962447794 (Çevrimiçi) 5 Eylül 2014

Karadağ, Slovakya ve Güney Kore ile toplamda 29 adet sosyal güvenlik sözleşmesi imzalanmış ve böylelikle ülke dışında çalışan Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının ve mukimlerinin emeklilik sonrası dahil sosyal güvenlik hakları garanti altına alınmaya çalışılmıştır. Türkiye'nin taraf olduğu sosyal güvenlik sözleşmelerinin en eskisi 9 Eylül 1959 tarihinde İngiltere ile imzalanmış olup, bu sözleşme 1 Haziran 1961'de yürürlüğe girmiştir⁶⁴⁴. Öte yandan Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının yoğun olarak çalıştıkları, yurt dışında en çok Türk nüfusunun ikamet ettiği ülke olan Almanya ile (o zamanki adı ile Federal Almanya) sosyal güvenlik sözleşmesi 30 Nisan 1964'te imzalanmış ve 1 Kasım 1965'te yürürlüğe girmiştir⁶⁴⁵. Kalkınma Bakanlığı'nın raporuna göre yurtdışında yaşayan Türk kökenlilerin yaklaşık 6 milyonu Avrupa'da, bunların 3 milyonu da Almanya'da yaşamaktadır⁶⁴⁶. Bu sebeple, Almanya ile yapılan sosyal güvenlik sözleşmesi özel bir öneme sahiptir ve bu sebeple taraflar zaman zaman bir araya gelerek bu sözleşmenin güncel kalması için çalışmalar yapmaktadırlar.

Türkiye ile Almanya arasında 1 Kasım 1965 tarihinde yürürlüğe giren "Türkiye Cumhuriyeti ile Federal Almanya Cumhuriyeti Arasında Sosyal Güvenlik Hakkında Sözleşme"⁶⁴⁷ karma bir sosyal güvenlik sistemi düzenlemekte, akit devletlerin birbirlerinin ülkesinde ikamet eden vatandaşları ile bunların geçindirmekle yükümlü oldukları kimseler söz konusu olduğunda⁶⁴⁸, sanki iki devletin tek bir sosyal güvenlik sistemi varmış gibi ortak işlem yapılmasını gerektirmektedir. Sözleşme'ye göre, Sözleşme'nin konusunu teşkil eden meselelerde, her iki akit tarafın vatandaşları hak ve yükümlülükler bakımında eşit sayılmaktadırlar⁶⁴⁹. Türkiye ve Almanya'nın Sözleşme ile bağitlandıkları sisteme

⁶⁴⁴ Türkiye- İngiltere, "Türkiye Cumhuriyeti ile İngiltere Arasında Sosyal Güvenlik Sözleşmesi", (imza 09 Eylül 1959- yürürlük 1 Haziran 1961), Ankara, RG 21 Aralık 1960/ 10686

⁶⁴⁵ Türkiye- Almanya, "Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Federal Cumhuriyeti Arasında Sosyal Güvenlik Sözleşmesi", (imza 30 Nisan 1964- yürürlük 1 Kasım 1965), Bonn, RG 10 Nisan 1965/ 11976

⁶⁴⁶ Kalkınma Bakanlığı, **Onuncu Kalkınma Planı 2014- 2018 "Göç"- Özel İhtisas Komisyonu Raporu**, Ankara, 2014, s. 45

⁶⁴⁷ Türkiye- Almanya, "Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Federal Cumhuriyeti Arasında Sosyal Güvenlik Sözleşmesi", (imza 30 Nisan 1964- yürürlük 1 Kasım 1965), Bonn, RG 10 Nisan 1965/ 11976

⁶⁴⁸ a.g.e., Madde 3

⁶⁴⁹ a.g.e., Madde 4 Fıkra 1

göre, imzacı devletlerden birinin mevzuatına göre gelir veya aylık almakta olan veya gelir veya aylık bağlanması isteğinde bulunan bir kimse eğer diğer devlette ikamet ediyorsa, bu kimsenin hastalık sigortası bakımından hak ve yükümlülükleri, gelir veya aylık sahibi olduğu akit devletin mevzuatına göre, o devlette ikamet ediyormuş gibi geçerli olacaktır⁶⁵⁰. Böylelikle devletler, vatandaşlarının sosyal güvencesini sağlamak amacıyla birbirlerinin sosyal güvenlik mevzuatlarını uyguladıkları karma bir sistem geliştirmiş bulunmaktadırlar. Karma sisteme örnek teşkil edecek bir hüküm de Sözleşme'nin "İş Kazaları ile Meslek Hastalıkları Sigortası" başlıklı IV. Bölümü'nün ilk maddesi olan 20. maddedir. buna göre, hastalık halinde sigortalının ve aile bireylerinin, diğer akit taraf ülkesinde buldukları sırada da sağlık yardımlarından yararlanmaları öngörülmektedir⁶⁵¹. Sağlık yardımları, yardıma hak kazanan kimseye ikamet mahallindeki sosyal sigorta merciine bağlı sigortalı imiş gibi, bu kurum tarafından sağlanacaktır. Sağlık hizmetinde bulunmak üzere Almanya da Türk Sosyal Sigortalar Kurumu ile sözleşme yapmış olan kimseler ve tesisler de aynı yükümlülük altına sokulmuşlardır⁶⁵². Böylelikle Türkiye'ye tatile gelen ancak Almanya'da ikamet edip çalışan bir Türk vatandaşı tatili esnasında herhangi bir hastalık geçirmesi durumunda Almanya'da sahip olduğu tüm tedavi haklarına Türkiye'de de, elbette Türk Sosyal Güvenlik Kurumu aracılığıyla, kavuşabilecektir.

Sağlık hizmetlerin tedarik edilmesi ve giderlerinin karşılanmasının yanı sıra, yurtdışında çalışan Türk vatandaşları için bir başka önemli sorun da emeklilik aylıklarının durumudur. Özellikle emekliliğe hak kazanılabilmesi için doldurulması gereken çalışma/ prim günlerinin bir kısmını Almanya'da tamamladıktan sonra Türkiye'ye kesin dönüş yaparak kalan süreyi burada dolduranların emeklilik hakkını kazanmaları özel önem arz etmektedir. Bu mesele de Sözleşme'nin "Malûllük, Yaşlılık ve Ölüm Sigortaları (Aylıklar)" başlıklı V. Bölümü'nde yer alan 27. maddesi ile düzenlenmiş ve akit taraflardan birinin sosyal sigortalar kurumunun, bir kimsenin yardım hakkının doğması, idamesi, ihyası ve gerekli şartların yerine getirip getirmediğini tayin ederken, diğer akit taraf mevzuatına göre geçen ve bu mevzuata

⁶⁵⁰ a.g.e., Madde 14 Fıkra 1

⁶⁵¹ a.g.e., Madde 20 Fıkra 2

⁶⁵² a.g.y., Fıkra 5

göre hakkın doğmasında, idamesinde ve ihyasında dikkate alınan sigortalılık sürelerinin, bu süreler kendi ülkesinde geçen sürelerle aynı zamana rastlamamak kaydıyla dikkate almasını karara bağlamıştır⁶⁵³. Diğer bir deyişle, emekli aylığı için gerekli yaşı, diğer akit taraf ülkesine döndükten sonra tamamlayan sigortalıya, sigortalılık süreleri birleştirilerek, emekli aylığı bağlanmasının önü açılmış olmaktadır. Sigortalılık sürelerinin eşitliği ile ilgili Sözleşme'nin 30. maddesi de "Alman Sosyal Sigorta mercileri bakımından, Türk mevzuatına göre geçen ve yardıma hak kazanılması için dikkate alınması gereken sigortalılık süreleri Alman mevzuatına göre geçen ve muteber sayılan sigortalılık süreleri ile eşit sayılırlar⁶⁵⁴", demektedir. Bu maddeyi takip eden 31. madde ise aynı konuyu Türk Sosyal Sigortalar mercileri adına düzenlemiş ve Alman mevzuatına göre geçen süreleri Türk mevzuatına göre geçen sürelerle eşit tutmuştur⁶⁵⁵. Bunlara ek olarak, akit taraflardan birinin mevzuatına göre geçmiş olmamakla birlikte, bir akit taraf mevzuatına göre dikkate alınması gereken sigortalılık süreleri diğer akit taraf mevzuatına göre de sigortalılık süresi kabul edilecektir⁶⁵⁶. Sigortanın ödendiği yer- ikamet edilen yer ayrımını ortadan kaldıran bu sisteme göre, aile bireylerinin de başka diğer ülkede ikamet etseler dahi, aile yardımlarından, çocuk paraları ve zamları da dahil, yararlanmaları da karara bağlanmıştır⁶⁵⁷.

Almanya ile imzalanan Sözleşme özelinde incelediğimiz sosyal sigortalar sözleşmeleri ile amaçlanan çalışmak amacıyla ülkeler arası hareket eden kimselerin sosyal haklardan mahrum kalmamalarını sağlamaktır. Bu çerçevede, sözleşmeciler devletlerin birbirlerinin mevzuatlarını tanımaları ve uygulamaları, birbirlerinin ülkesinde kazanılan haklardan da kendi ülkelerinde hak sahiplerini yaralandırmaları sonucu doğmaktadır. Sosyal güvenlik hukuku tam olarak kamu hukuku özellikleri taşımasa da, devletin müdahaleci ve koruyucu tasarrufları dolayısıyla karma hukuk skalasının kamu hukukuna yakın kısmında değerlendirilmektedir. Bu sebeple artan sayıda sosyal güvenlik sözleşmesi ile bu hukuk dalına ilişkin mevzuatın ülke dışında

⁶⁵³ a.g.e., Madde 27 Fıkra 1

⁶⁵⁴ a.g.e., Madde 30 Fıkra 3

⁶⁵⁵ a.g.e., Madde 31 Fıkra 5

⁶⁵⁶ a.g.e., Madde 32

⁶⁵⁷ a.g.e., Madde 33 Fıkra 1

etki doğurması, yabancı kamu hukukunun sınır aşan uygulaması meselesi açısından da önemlidir. Diğer taraftan, sözleşmelerin yokluğunda da, Anglo- Amerikan hukuk sistemini benimseyen Amerika ve İngiltere gibi devletlerin mahkemelerinin yabancı sosyal güvenlik hukukunu uyguladığı örneklerin mevcudiyetine tezimizin ilk bölümlerinde değinilmişti. Ancak sayısı oldukça az olan bu örneklerin yabancı sosyal güvenlik hukukunun uygulanacağı tespitini yapmak için sözleşmeler kadar güçlü bir kanıt olmayacağı açıktır. Günümüzde sosyal güvenlik sözleşmelerinin artan sayısı ile bu alandaki yasaların ülke dışında uygulanmasına ilişkin tartışmalar da azalmakta, sosyal güvenlik hukuku işgücünün hareketliliği dolayısıyla sınırları aşan bir etkiye kavuşmaktadır.

b. TÜRKİYE’NİN AVRUPA KONSEYİ BÜNYESİNDE İMZALADIĞI ÇOK TARAFLI ANDLAŞMALAR

Türkiye, kuruluşundan beri üyesi olduğu Avrupa Konseyi bünyesinde oldukça fazla sayıda ve farklı konularda çok taraflı andlaşmaya imza atmıştır. Bunların önemli bir kısmı üye devletlerin/ yüksek sözleşmeci tarafların yasal düzenlemelerini belirli bir ölçüde benzer kılmayı ve işbirliğini pekiştirmeyi amaçlamaktadır. Bu çerçevede, Avrupa Konseyi bünyesinde imzalanan andlaşmalar, yukarıda incelenen ikili andlaşmalar gibi yabancı kamu hukukunun belirli ölçüde uygulanmasına olanak tanımaktadır. Avrupa Konseyi’nde bu alanda yapılmış en kapsamlı ve en ilerici çalışma olarak nitelendirebileceğimiz 1970 tarihli “Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi⁶⁵⁸” son nokta olarak taraf devletlerin birbirlerinin ceza yasalarını ve bunlara dayanan mahkeme kararlarını doğrudan uygulamalarını öngörmekte ve bu konuda oldukça serbest bir işbirliği sistemini kayıt altına almaktadır.

⁶⁵⁸ Council of Europe, “European Convention on the International Validity of Criminal Judgments”, (adopted 28 May 1970- entry into force 26 July 1974), The Hague, ETS 70

(1) SUÇLULARIN İADESİNE DAİR AVRUPA SÖZLEŞMESİ

Avrupa Konseyi bünyesinde üretilen, 1957 tarihli “Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi⁶⁵⁹” ve bu belgede değişiklikler öngören 1987 tarihli 12 maddelik “Ek İkinci Protokol⁶⁶⁰”, imzacı devletler arasında suçluların iadesi esnasında izlenecek prosedürü düzenlerken, devletlerin birbirlerinin ceza yasalarını ve bu yasalara dayanarak verdikleri ceza mahkemesi kararlarını tanımalarını gerektirmektedir. Sözleşmenin, “Suçluların İadesini Gerektiren Fiiller” başlıklı 2. maddesinde hem iade talep eden hem de iade işlemini gerçekleştirmesi öngörülen devletin ceza yasalarında karşılık bulan suçların Sözleşme’nin kapsamına girdiği ve cezası 1 yıldan az olmayan fiilleri işlemiş hükümlülerin iadesinin istenebileceği belirtilmektedir⁶⁶¹. Böylelikle iadeyi talep eden de, istenilen devlet de diğer tarafın ceza yasalarını incelemek ve kendi açısından değerlendirmek yükümlülüğü ile karşı karşıya kalmıştır. Diğer bir ifade ile, Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi’nin 2. maddesi kapsamında devletlerin karşılıklı olarak birbirlerinin ceza yasalarını tanımaları bir gereklilik haline gelmiştir. Sözleşme’nin 3. maddesinde ise, Türkiye’nin taraf olduğu ve daha önce incelemiş bulunduğumuz ikili anlaşmalarla benzer şekilde, siyasi suçlar iade kapsamı dışında bırakılmıştır⁶⁶². Böylelikle yine talep edilen devletin, isteyen devletin ceza yasaları üzerinde kapsamlı bir incelemeye gitme ihtiyacı doğmakta, zaten tanımı belirsiz olan siyasi suçları, karşı tarafın genelde hukuk, özelde de ceza sistemini inceleyerek diğer suçlardan ayırt etmesi ve yardım talebini kabul etme veya reddetme noktasında bir karar vermesi gerekmektedir. Yine bu maddenin 2. fıkrasında, daha önce incelenen diğer anlaşmalardan farklı olarak, ırk, din milliyet temelli ayrımcılık ile siyasi düşünceler temelli ayrımcılık yapmak suretiyle verilen mahkumiyet kararları da kapsam dışı

⁶⁵⁹ Council of Europe, “European Convention on Extradition”, (adopted 13 December 1957- entry into force 18 April 1960), Paris, ETS 24

⁶⁶⁰ Council of Europe, “Second Additional Protocol to the European Convention on Extradition”, (adopted 17 March 1978- entry into force 5 Haziran 1983), Strasbourg, ETS 98

⁶⁶¹ Council of Europe, “European Convention on Extradition”, (adopted 13 December 1957- entry into force 18 April 1960), Paris, CETS 24, Article 2

⁶⁶² a.g.e., Article 3

bırakılmıştır⁶⁶³. Aslen maddenin yorumu ve detayı da, Avrupa Konseyi'nin kuruluş amaçları ile birebir örtüşmekte, Sözleşme'ye taraf olan devlet bir diğerinin ceza yasalarında olabilecek ayrımcı muamelelere karşı kendi yargı yetkisinde kalan bireyleri bu yöntem ile bir kez daha koruma altına almaktadır.

Sözleşme'nin 4. maddesi önceki örneklere benzer şekilde askeri suçları iade kapsamı dışında bırakırken⁶⁶⁴, 5. maddede mali suçlar taraf devletlerin bu yönde kararı ve iradesi mevcut ise kapsama alınmakta⁶⁶⁵ ve böylelikle yabancı vergi yasalarının da başka bir devletin ülkesi bakımından uygulanır olmasına bu Sözleşme ile de cevaz verilmektedir. Öte yandan, "Non Bis İdem" başlıklı 9. madde talep edilen devlette iade talebine konu olan bir nihai karar mevcut ise ya da bu konuda kovuşturma yapılmasına gerek görülümüşse iade talebinin reddedilmesini uygun bulmaktadır⁶⁶⁶. Yine dava veya cezanın, talep eden ya da talep edilen devletin mevzuatına göre zamanaşımına uğramış olması halinde, iade talebinin reddedileceği madde 10'da belirtilmiştir⁶⁶⁷. Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi'nin şüphesiz en önemli maddesi ölüm cezasının tatbik edileceğine ilişkin bir kanaatte iade işleminin gerçekleşmeyeceğini bildiren 11. maddesidir⁶⁶⁸. Bu madde ile yine Avrupa Konseyi'nin kuruluş hedefleri açısından en önemli görevlerinden birinin yerine getirilmesi amaçlanmakta, insanın temel hak ve hürriyetleri garanti altına alınmaktadır. Sözleşmeciler ayrıca Sözleşme'nin 28. maddesinin 1. fıkrası ile bu belgenin uygulandığı ülkeler bakımından, iki sözleşmeciler taraf arasındaki sözleşme veya andlaşmaların aynı konulu hükümlerinin ilga edildiğini imza altına almakta⁶⁶⁹ ve böylelikle kendi aralarında Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi'ni en üst evrak olarak bağtılamaktadırlar.

⁶⁶³ a.g.e., Article 3, Paragraph 2

⁶⁶⁴ a.g.e., Article 4

⁶⁶⁵ a.g.e., Article 5

⁶⁶⁶ a.g.e., Article 9

⁶⁶⁷ a.g.e., Article 10

⁶⁶⁸ a.g.e., Article 11

⁶⁶⁹ a.g.e., Article 28, Paragraph 1

(2) CEZA İŞLERİNDE KARŞILIKLI ADLİ YARDIM ve CEZA KOVUŞTURMALARININ AKTARILMASI KONUSUNDA AVRUPA SÖZLEŞMELERİ

Avrupa Konseyi bünyesinde yapılan çok taraflı andlaşmalardan bir diğeri olan 1959 tarihli “Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardım Avrupa Sözleşmesi⁶⁷⁰” ile 1978 tarihli “Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardım Sözleşmesine Ek Protokol⁶⁷¹”, Avrupa Konseyi’ne üye devletlerin karşılıklı olarak ceza yasalarını uygulamalarının önünü açan bir başka örnektir. Adli Yardım Avrupa Sözleşmesi’nin, adli yardımın reddedilebileceği durumları düzenleyen ve Ek Protokol ile değişik 2. maddesi (a) bendi ⁶⁷², benzerlerinde olduğu gibi, siyasi suçları kapsam dışı bırakmıştır. Daha önce de belirtildiği gibi, bu maddenin uygulanması, talep eden tarafın ceza yasalarının ayrıntılı olarak değerlendirilmesini, dikkate alınmasını gerektirmektedir. Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi’nde olduğu gibi, Adli Yardım Sözleşmesi de tarafların bundan önce akdettikleri aynı konulu andlaşmaların hükümlerini ilga ettiğini belirtmektedir⁶⁷³. Diğer taraftan, Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardım Sözleşmesine Ek Protokol’ün 2. ve 3. maddeleri Sözleşme’nin kapsamını mali suçlar ile para cezalarının tahsili ve şartlı tahliye kararlarına doğru genişletmektedir⁶⁷⁴.

Öte yandan, 1972 yılında Strasbourg’da imzalanan “Ceza Kovuşturmalarının Aktarılması Konusunda Avrupa Sözleşmesi⁶⁷⁵”, kamu hukukunun bir dalı olarak

⁶⁷⁰ Council of Europe, “European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters”, (adopted 20 April 1959- entry into force 12 June 1962), Strasbourg, CETS 30

⁶⁷¹ Council of Europe, “Additional Protocol to the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters”, (adopted 17 March 1978- entry into force 5 January 1980), Strasbourg, ETS 99

⁶⁷² **a.g.e.**, Article 1; Council of Europe, “European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters”, (adopted 20 April 1959- entry into force 12 June 1962), Strasbourg, CETS 30, Article 2, Line a

⁶⁷³ **a.g.e.**, Article 26, Paragraph 1

⁶⁷⁴ Council of Europe, “Additional Protocol to the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters”, (adopted 17 March 1978- entry into force 5 January 1980), Strasbourg, ETS 99, Article 2- 3

⁶⁷⁵ Council of Europe, “European Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters”, (adopted 15 May 1972- entry into force 30 March 1978), Strasbourg, ETS 73

ceza hukukunun uygulanmasında Avrupa Konseyi coğrafyasında cezai adaletin mümkün olan en iyi şekilde gerçekleştirilmesini amaçlamakta ve bu saikle hangi devlet daha uygun konumda ise kovuşturmanın bu devlette tamamlanmasını düzenlemektedir. Avrupa Konseyi'nin kuruluş amacının temel insan haklarını garanti altına almak olduğu ve bunun için de üye devletlerin hep birlikte Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve ona ek protokollerle Avrupa kamu düzenini sağlamayı yükümlendikleri değerlendirildiğinde, hem kovuşturma hem de yargı aşamalarında bir örnek uygulama getirme isteği oldukça yerindedir.

Türkiye'nin de 1 Mart 1977 tarih ve 2080 sayılı kanunla⁶⁷⁶ onaylamayı uygun bulduğu Sözleşme'nin yetki meselesini düzenleyen 2. maddesinde kendi ülkesinde ceza yasalarına göre suç teşkil eden bir eylemde bulunulan Sözleşme'ye taraf bir devletin talebi halinde, Sözleşme'ye taraf bir diğer devletin kendi ceza yasalarına göre de suç teşkil etmesi halinde bu eylemi yine kendi ceza yasalarına göre kovuşturabileceği belirtilmektedir⁶⁷⁷. Böylelikle, esas olarak isteyen devletin ceza yasalarının, usulen ise istenilen devletin mevzuatının izleneceği karmaşık bir yetki düzenlemesi yapılmakta, Avrupa kamu düzeninin oluşturulmasında devletlerin birlikte çalışması bir zorunluluk haline getirilmektedir. İşbirliğinin özellikle özendirildiği Sözleşme'nin 6. maddesinin 2. fıkrasında da açıkça anlaşılmakta, Sözleşme ile Yüksek Sözleşmeciler tarafından, Sözleşme'nin şartlarına uygun olarak bir başka devletten kovuşturma yapmasını talep edebilecekleri hallerde bunu göz önünde bulundurmaları istenmektedir⁶⁷⁸. Bu sayede devletlere Avrupa Konseyi çerçevesinde ceza işlerinde karşılıklı yardımın olağan bir mekanizma haline getirilmesi hem teoride hem de pratikte kabul ettirilmeye çalışılmaktadır. Kovuşturma isteğinin şartlarını düzenleyen 7. maddenin 1. fıkrasında, kovuşturulması istenen suçun hem istenilen devlette de suç teşkil etmesi hem de failin bu devletin de yargı yetkisinde olması gerekliliğinin altı çizilmektedir⁶⁷⁹. Maddenin devamında, Avrupa Konseyi'nin bir Avrupa kamu düzeni oluşturma

⁶⁷⁶ Bakanlar Kurulu Karar Sayısı 7/14153 Kanun No. 2080/ 1 Mart 1977 RG 27 Aralık 1977/16152

⁶⁷⁷ Council of Europe, "European Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters", (adopted 15 May 1972- entry into force 30 March 1978), Strasbourg, ETS 73, Article 2

⁶⁷⁸ a.g.e., Article 6 Paragraph 2

⁶⁷⁹ a.g.e., Article 7 Paragraph 1

amacı çerçevesinde, isteyen devlet açısından kamusal nitelikte bir suçun kovuşturulmasının istendiği durumlarda, istenilen devlette de bahse konu suçun bu kapsamda değerlendirileceği belirtilmektedir⁶⁸⁰. Amaçlanan, sadece sözleşmecî devletlerin ceza yasalarının uygulanmasında değil, kamu hukuklarında da yakınlaşma, daha ileri aşamalarda ise bir örneklik sağlamaktır.

(3) CEZA YARGILARININ MİLLETLERARASI DEĞERİ KONUSUNDA AVRUPA SÖZLEŞMESİ

Çok taraflı andlaşmalara giriş yaparken en kapsamlı çalışmanın “Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi⁶⁸¹” olduğu söylenmişti. Günümüz için bile oldukça tartışmalı bir alanı düzenlemesi sebebiyle bu sözleşmenin imzalandığı 1974 yılı için oldukça ileri bir projeksiyon çizdiğini söylemek yerinde bir tespit olacaktır. Uluslararası ticaretin giriftleşen ağı nasıl uluslararası özel hukuk alanında ilerlemeyi ve özel hukuk yasalarının kanunlar ihtilafı kuralları aracılığıyla ülke dışında uygulanır kılınmasını gerektirdi ve sağladıysa, ulus ötesi örgütlerin artan sayısı, uluslararası insan hakları standartlarına duyulan istek ve ihtiyaç da kamu hukuku alanında belirli bir uyum yakalanmaya çalışılması gerekliliğini beraberinde getirdi. Avrupa Birliği içerisindeki çalışmaları, örgütün nevi şahsına münhasır karakteri dolayısıyla dışarıda bırakırsak, bu alandaki çalışmaların en kapsamlısı Ceza Yargılamalarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi’dir. Bu sözleşme ile, daha önce incelediğimiz andlaşma ve sözleşmelerdeki yabancı ceza yasalarını tanıma yükümü, yabancı ceza yasalarını uygulama yükümüne dönüşmüştür. Devletler elbette kamu düzeni çekinceleri doğrultusunda bahse konu sözleşmenin bazı maddelerine çekince koyabilirler ancak Avrupa Konseyi üyelerinin karşılıklılık esası gözeterek, sözleşmeyi neredeyse hiç çekince koymadan imzaladıkları görülmektedir. Sözleşmenin 1. maddesi (a) bendinde kullanılan “*Avrupa ceza yargısı* terimi, bir ceza davası açılması üzerine

⁶⁸⁰ a.g.e., Article 7 Paragraph 2

⁶⁸¹ Council of Europe, “European Convention on the International Validity of Criminal Judgments”, (adopted 28 May 1970- entry into force 26 July 1974), The Hague, ETS 70

Sözleşen Devletlerden birinin ceza yargılama makamları tarafından verilen ve yargı halini alan kararları ... belirlemek için kullanılmıştır⁶⁸²” ifadesi ile, Sözleşen Devletlerin ceza yargılarını bir tutulduğu anlaşılmaktadır. Keza, Sözleşme’nin, “Avrupa Ceza Yargılarının Yerine Getirilmesi” başlıklı II. Kesim’inin, “Genel Hükümler” başlıklı I. Bölümü’nde yer alan 2. maddesi, Avrupa ceza yargılarının yerine getirilmesinin hürriyeti bağlayıcı müeyyidelere, para cezalarına veya müsaderelelere ve yasaklamalara⁶⁸³ da uygulanacağını ifade etmektedir⁶⁸⁴. Sözleşmeci Devletlerin birbirlerinin ceza yargılarını, işbu Sözleşme kapsamında nasıl uygulayacakları 3. maddede açıklanmıştır; “(1) Sözleşen devletlerden her biri, bu Sözleşmede belirtilen hallerde ve belirtilen şartlarla, bir diğer Sözleşen Devlette verilen ve orada yerine getirilebilir olan bir müeyyideyi yerine getirme hakkına sahiptir. (2) Bu yetki , ancak sözleşen diğer devlet tarafından yerine getirilmenin istenmesi üzerine kullanılabilir.⁶⁸⁵” Örnek olsun, imzacı devletlerden Türkiye’de A kişisi hakkında 10 yıl hapis cezası verilmiştir. A’nın, imzacı bir diğer devlet olan İtalya’da bulunduğu tespitini üzerine, Sözleşme’ye göre Türkiye, İtalya’dan, İtalya devleti ülkesinde, Türk mahkemelerinde Türk Ceza Kanunu’na göre verilmiş olan hürriyeti bağlayıcı müeyyidenin yerine getirilmesini isteyebilir. İstenilen devletin, müeyyideye konu olan suç kendi ceza yasalarına göre de cezalandırılabilir ise (suç teşkil ediyorsa) müeyyideyi yerine getirmeyi kabul edeceği de 4. maddenin 1. fıkrasında düzenlenmiştir⁶⁸⁶. Temel teşkil eden bu şartın yanı sıra aranacak diğer koşullar Sözleşme’nin 5. maddesinde sıralanmıştır; “(a) Hükümlünün mutlak olarak diğer devlette oturması, (b) müeyyidenin diğer devlette yerine getirilmesinin, hükümlünün topluma yeniden katılma imkanlarını arttırması, (c) hürriyeti bağlayıcı bir ceza söz konusu ise ve bu ceza hükümlünün diğer devlette çekmekte olduğu veya çekeceği hürriyeti bağlayıcı bir cezadan sonra yerine getirilebilmesi, (d) diğer devletin hükümlünün asıl devleti olması ve bu devlet yerine getirmeyi üstüne almaya

⁶⁸² a.g.e., Article 1, Line (a)

⁶⁸³ Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi’nde “yasaklamalar” terimi “herhangi bir haktan yoksunluğu ya da onu kullanamamayı, herhangi bir şeyi yapmaktan yasaklanmayı veya yapma yeteneğini kaybetmeyi” ifade etmektedir. [Council of Europe, “European Convention on the International Validity of Criminal Judgments”, (adopted 28 May 1970- entry into force 26 July 1974), The Hague, ETS 70, Article 1, Line (e)]

⁶⁸⁴ a.g.e., Article 2

⁶⁸⁵ a.g.e., Article 3

⁶⁸⁶ a.g.e., Article 4, Paragraph 1

hazır olduğunu bildirmesi ve (e) hüküm devletinin, suçlunun geri verilmesi yoluna başvurarak dahi müeyyideyi yerine getiremeyeceği, buna karşılık diğer devletin yerine getirebileceği mütalaasında olması.⁶⁸⁷” Yukarıdaki şartlardan en az birinin, müeyyideye konu olan fiilin her iki devlet yasaları bakımından da suç sayılması koşuluna ek olarak bulunması, ceza yargısının bir başka devlette yerine getirilmesi için yeterlidir. Öte yandan İstenilen Devletin hangi durumlarda Hüküm Devleti’nin talebini reddedebileceği ise bir sonraki maddede düzenlenmiştir. Sadece İstenilen Devletin yasalarını ilgilendiren koşulların yanı sıra, Sözleşme’nin 6. maddesinin (b) ve (c) bentlerinde yapılan düzenleme çerçevesinde, daha önce incelediğimiz sözleşmelerdekilere benzer hükümler ile, siyasi suçlar, askeri suçlar ve ayrımcı saikle verilen cezalar kapsam dışı bırakılmıştır⁶⁸⁸. Yüksek Sözleşmeciler Devletlerin birbirlerinin ceza yargısını uygulamasını gerektiren bu sözleşme aynı zamanda talebin reddedilebilmesi için de Hüküm Devleti’nin ceza hukukunun ayrıntılı bir incelenmesini ve tanınmasını gerektirmektedir. Öte yandan Sözleşme’nin 10. maddesi, Sözleşme’nin uygulanması esnasında kullanılacak yetki konusunu düzenlemektedir. Buna göre; “(1) Hüküm, İstenilen Devlet kanununa göre yerine getirilecektir. Yerine getirme bakımından gerekli kararları ve özellikle şartla salıverme ile ilgili olanları verme konusunda sadece bu devlet yetkili olacaktır. (2) Mahkumiyete karşı muhakemenin yenilenmesi için başvurulduğunda kanun yoluyla ilgili kararları verme hakkı sadece İsteyen Devlet’e aittir. (3) Her iki devlet de genel ve özel af yetkilerini kullanabileceklerdir⁶⁸⁹.” Yetki meselesini düzenleyen 10. maddede cezanın elbette Hüküm Devleti kanunlarına göre verildiği ancak ceza uygulanırken İstenilen Devlet yasalarında belirtilen usullerin izleneceği belirtilmektedir. Diğer bir deyişle, ceza Hüküm Devleti kanunlarına göre usulü ise İstenilen Devlet kanunlarına göre yerine getirilmektedir. Diğer taraftan davanın yeniden görülmesi istemi durumunda yine İsteyen Devlet yasaları geçerli iken (ki aksi bir uygulama hakkaniyet ve adalete aykırı olurdu, zira mahkumiyet kararı bu devlet yasalarına göre verilmişti), istisnai biçimde hem Hüküm Devleti’nin hem de İstenilen Devlet’in genel ve özel af yetkilerini kullanabileceklerine

⁶⁸⁷ a.g.e., Article 5

⁶⁸⁸ a.g.e., Article 6 Line (b)- Line (c)

⁶⁸⁹ a.g.e., Article 10

hükmedilmektedir. Özellikle madde 10'a göre, Sözleşmeciler Tarafından ceza kanunları ve bunlara dayanan mahkeme kararlarının tanınması ve uygulanması noktasındaki sınır ve çekincelerin ortadan kalktığı görülmekte, işbu Sözleşme'nin imzacıları açısından hem ceza yasalarının hem de onlara dayanan kesinleşmiş hükümlerin uygulanmasında bir standart oluşturma çabası öne çıkmaktadır.

Ceza Yargılamalarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi'nin "Gıyabi Hükümler ve Ceza Kararnameleri" başlıklı 3. Bölümü'nün 26. maddesinin 3. fıkrasında yapılan düzenlemeye göre gıyabında karar verilmiş bir hükümlünün İstenilen Devlet kanunlarına göre usulünce itiraz etmesi durumunda, fiil bu devlette işlenmiş gibi ve ceza davası zamanaşımına uğramamış olmak kaydıyla, yargılama yapılır⁶⁹⁰. Bu noktaya kadar sanki Hüküm Devleti'ndeki yargılama bir iç meseleymiş gibi olağan biçimde İstenilen Devlet'e aktarılıyor görünmektedir. Ancak 26. maddenin 3. fıkrasının son cümlesindeki "İsteyen Devlette verilmiş olan hüküm verilmemiş sayılır⁶⁹¹" ibaresi yargının aktarılmasından çok, diğer devlette yargılamanın yenilenmesi isteğini işaret etmektedir. Yine oldukça ileri bir projeksiyon ile 26. maddenin devam eden fıkrası, "Hüküm Devleti'nde bu devletin kanun ve tüzüklerine uygun olarak yapılmış kovuşturma ve soruşturma işlemleri, İstenilen Devlet'te bu devletin makamları tarafından yapılmış işlemler gibi sayılır. Ancak bu sayma, bu işlemlere İsteyen Devlet'teki ispat kuvvetinden fazlasını vermeyecektir.⁶⁹²" diyerek Sözleşme'nin tarafları bakımından yabancı kamu hukukunun uygulanmaması yönündeki genel kabul görmüş eğilimi en azından ceza yasaları ve ceza usul yasaları bakımından ortadan kaldırmıştır. Diğer taraftan, Sözleşme'nin "Müeyyidelerin⁶⁹³ Yerine Getirilmesi" başlıklı 5. Bölüm'ünün 37. maddesi, Hüküm Devleti'nde çıkan bir müeyyidenin, istenilen devlette yerine getirilmesinin ancak bu devletin bir mahkemesinin karar vermesi ile mümkün

⁶⁹⁰ a.g.e., Article 26 Paragraph 3

⁶⁹¹ a.g.y.

⁶⁹² a.g.e., Article 26 Paragraph 4

⁶⁹³ Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi'nde "müeyyide" terimi "bir kişiye bir suç işlediği için bir Avrupa ceza yargısı ile veya bir ceza kararnamesi ile uygulanan her türlü tedbir"i ifade etmektedir. (Council of Europe, "European Convention on the International Validity of Criminal Judgments", (adopted 28 May 1970- entry into force 26 July 1974), The Hague, ETS 70, Article 1, Line (d))

olabileceğini belirtmektedir⁶⁹⁴. Demek ki yabancı mahkeme kararı aynı Türk hukukundaki tenfiz işlemi gibi bir ek işleme tâbi tutulacaktır. Yine Sözleşme'nin 5. Bölüm'ünün "(b) Sadece Hürriyeti Bağlayıcı Müeyyidelerin Yerine Getirilmesine İlişkin Hükümler" başlıklı alt bölümünde 44. madde Hüküm Devleti'nde karara bağlanan hürriyeti bağlayıcı ceza yerine İstenilen Devlet'in kendi yasalarında aynı fiil için öngörülen cezayı uygulaması gerektiği ancak eğer Hüküm Devleti'nde verilen ceza daha çok ise o hükmün de uygulanabileceği ele alınmıştır⁶⁹⁵. Aynı tarz uygulama para ve müsadere cezalarını ele alan 45. ve 46. maddeler için de öngörülmüştür⁶⁹⁶. Açıkça görülmektedir ki, Avrupa Konseyi Sözleşme'yi hazırlarken A devletinin ceza mahkemelerinin verdiği kararın hükmünün B devletinin ceza yasalarına göre yerine getirilmesinde herhangi bir sakınca görmemiştir.

Çalışmamızın son bölümünde yabancı ceza ve vergi yasalarının uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukuk olarak ulusal mahkemelerde konumunu inceledik. Diğer bir deyişle kamu hukukunun çekirdeği olarak da adlandırılabilir ceza ve vergi hukuklarının diğer devletlerin nazarında bir sonuç doğurup doğurmadığını değerlendirdik. Şüphesiz devletler başka devletlerin ceza ve vergi yasalarına doğrudan etki tanımaktan kaçınmaktadırlar. Ancak özellikle vergi yasalarının uygulanmasının devlet için yadsınamaz önemi, devletleri bu yasaların uygulanması için ikili anlaşmalar yapmaya teşvik etmiştir. Öte yandan yabancı kamu hukukunun Türk hukukundaki yeri kapsamında incelediğimiz Avrupa Konseyi bünyesinde yapılan sözleşmeler de özellikle yabancı ceza yargı kararlarının ülke dışında uygulanmasını sağlamaya yönelik önemli adımlardır. Yine de, yapılan anlaşmaların uluslararası özel hukukta olduğu gibi yabancı yasanın doğrudan uygulanması yerine genelde o yasaya dayanan mahkeme kararlarının uygulanmasını düzenlemesi, yabancı kamu hukukunun özünü uygulamak ve diğer devletlerin egemenliklerinden kaynaklanan haklarını kendi ülkelerinde korumak noktasında devletlerin oldukça temkinli adımlar attıklarını göstermektedir. Türkiye'nin Almanya ile imzaladığı vergi anlaşmasında bulunan ve devletlerin birbirlerinin vergi yasalarına göre kendi

⁶⁹⁴ a.g.e., Article 37

⁶⁹⁵ a.g.e., Article 44

⁶⁹⁶ a.g.e., Article 45- 46

lkelerinde vergi tahsilatında yardımlaşmaları hükmüne benzer hükümle andlaşmalara girdikçe, hızla küreselleşen dünyada bu eşiğin de aşılması kuşkusuz an meselesidir. 21. yüzyıl itibariyle devletler vergi ve ceza yasalarını ülke dışında etkin kılma mecburiyetini kabullenmiş görünmektedirler, kendilerinin bu alanlardaki çıkarlarını korumak için diğer aktörlere de aynı hakları tanımaya razı oldukları noktada yabancı kamu hukukuna ilişkin mevcut engeller de ortadan kalkacaktır.

SONUÇ

Yabancı kamu hukuku yasaları, kanunlar ihtilafı kurallarının kapsamı dışında ve sadece istisnai durumlarda uygulanabilecek yasalar olarak değerlendirilmiştir. Uygulanmazlık kuralı dört temel üzerine inşa edilmiştir:

1. Roma hukukuna dayanan arka planına rağmen kamu hukuku, bugün kullanılan anlamı ile “kamu hukuku” olarak anılmaya 18. yüzyılda ve ayrı bir akademik disiplin olarak değerlendirilmeye de 19. yüzyılda başlanmıştır. Kanunlar ihtilafı kuralları ve teorileri özel hukukçular tarafından geliştirilmişti; uluslararası ticaret dolayısı ile özel hukuk kamu hukukundan çok önce bir sistematığe oturmuş ve dolayısıyla da artan ticari ilişkilerin nedeni ve sonucu olarak da uyuşmazlıklar çıkmaya başlamıştı. Tamamı özel hukuk meseleleri olan bu uyuşmazlıklar, ticaret uluslararasılaştıkça küresel platforma taşındı ve farklı özel hukuk sistemleri arasındaki ihtilafları çözmek için bir üst sisteme duyulan ihtiyaç arttı. Bunun bir sonucu olarak uluslararası özel hukuk, kanunlar ihtilafı sisteminin üzerine inşa olmuştur.
2. 18. ve 19. yüzyılda uluslararası ticaretin o zamana kadar görülmemiş biçimde ivme kazanması ile, bu ağı yöneten dönemin güçlü devletleri hukuki meselelerin değerlendirilmesinde bir trend oluşturdular. Örneğin İngiltere, yabancı kamu hukuku niteliğindeki yasaların uygulanmasına serbest ticaretin devamı için karşı çıkıyordu. İngiltere'nin başlattığı bu trendi, 20. yüzyılda güç dengelerinin değişimi ile ABD belirler olmuştur.
3. Yabancı kamu hukukunun uygulanması, ülkesinde münhasıran egemen olan devlet için temel teşkil eden “meşru güç kullanma tekeli” ile uyumlu bir fikir değildi.
4. Kıta Avrupa'sında pek yaygın olmasa da Anglo- Amerikan hukukunda gelişen *act of state* doktrininden de anlaşıldığı üzere, devletler yabancı devlet tasarruflarını yargılamaktan, bunları hukuken bir değerlendirmeye tâbi tutmaktan özellikle kaçınıyor, “yüksek politika”yı hükümet organlarına bırakmayı tercih ediyorlardı. Bu eğilim, diğer devletlerin

yetki alanındaki meselelere karışmadaki belirgin isteksizlik ve kamu hukukunun sınır aşan uygulanmasına en baştan itibaren var olan çekincelerle beraber oldukça güçleniyordu.

Modern dünyada yukarıda çizilen çerçeve önemini yitirmeye başlamıştır. Bugün, önde gelen sanayileşmiş devletler hukuki mücadeleyi eskiden çekinilen alanlara doğru ister istemez taşımışlardır. 21. yüzyıl itibariyle sıklıkla yabancı devletlerin ceza yasalarının (özellikle mülteciler ve “siyasal” suçlar söz konusu olduğunda), ekonomik planlama ve teşvik yasalarının ve özellikle de uluslararası şirketlerin mevcudiyetinden dolayı da vergi yasalarının dikkate alınması, hatta uygulanması gereken davalar mahkemelerde sıklıkla görülmektedir. Daha da önemlisi, mahkeme *lex fori* kuralına göre uygulanır addedilmiş bir yabancı özel hukuk yasasını uygularken dahi, yabancı devletin bu yasayı kullandığı şekli ile, yabancı hukuk sistemini bütün bir yasal düzen halinde düşünerek uygulamak durumundadır. Bu, yabancı kamu hukuku yasasına atıfta bulunulmasını gerektirse dahi, pratikte yukarıda belirtilen ilkedен sapılması yabancı yasanın yanlış uygulanması anlamına gelecektir. Ulusal mahkemenin yabancı kamu hukukunu değerlendirmekten kaçınmak için *act of state* doktrinine başvurması halinde ise, bu sefer, diğer ülkenin yabancı kamu hukuku yasasını tespit etmek durumunda kalacaktır. Mahkemenin hukuki değerlendirmesi dışında bırakılmak istenen tasarrufun bir hükümet tasarrufu olduğunu iddia eden tarafın ispat yükümlülüğü, yabancı kamu hukuku ile kaçınılmaz olarak karşılaşılmasını gerektirmektedir. Özellikle 1970’lerin ikinci yarısından itibaren dile getirilmeye başlanan ılımlı yaklaşımlar öncülüğünde, bugün yabancı kamu hukuku yasaları üzerindeki “uygulanamaz” kaydı yerini en son noktada yabancı kamu hukukunun seçmeli şekilde *lex causae* olarak uygulanmasına bırakmıştır. Önemli olan, yabancı kamu hukukunun hangi tip ilişkiyi düzenlediği ve onun uygulanması ile kimin fayda göreceğidir. Yabancı kamu hukuku niteliğindeki yasanın *lex causae* olarak uygulanmasında temel belirleyici bu ayrım olacaktır.

Çalışmanın genelinde yer alan örneklerin sıklığından da anlaşılacağı üzere, 20. yüzyılın ikinci yarısı itibariyle yabancı kamu hukuku, mahkemelerin kanunlar

ihtilafı kurallarının görmezden geldiği bir kategori olmaktan çıkmıştır. Yabancı kamu hukuku niteliğindeki yasalar, mahkeme önündeki uyuşmazlık gerektirdiğinde, önmesele, yardımcı bir hukuki bilgi veya uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk olarak işlem görmektedirler. Hatta yabancı devletlerin doğrudan egemenliklerine dayanan ve kendi kamu hukuklarından doğan hak ve alacakları da artık andlaşmaların artışı ile teoride değerlendirme dışı bırakılmamakta ve kanunlar ihtilafı kurallarının düzenlediği bir konuyla ilgili ise, örneğin mülkiyet ve sözleşmeler gibi, mahkemece olabilecek en üst seviyede yabancı devletin hakkı teslim edilmeye çalışılmaktadır.

Uluslararası Hukuk Enstitüsü 1977 tarihli Oslo Kararı'nda yabancı devletin egemenliğinden kaynaklanan haklarını bir ayrıma tâbi tutmak suretiyle başka devletin mahkemeleri önünde kabul edilebilir addetmiştir. Buna göre eğer mahkeme önünde ileri sürülen hak ve dayandığı yabancı kamu hukuku yasası, mahkeme tarafından özel hukuktan kaynaklanan haklar için önemli ve onların kullanılmasında yardımcı bir unsur olarak değerlendirilirse, mahkeme bunları uyuşmazlığın çözümüne uygulayacaktı. Ancak yine Oslo Kararı'na göre, eğer bir devletin diğer devletlerin mahkemeleri önünde öne sürdüğü kamu hukuku kaynaklı hakkının kullanılmasında, mahkemeye göre, amaç, egemen gücün icrası ise mahkeme bu davayı kabul etmeyecektir. Ancak, Enstitü yine de açık kapı bırakmış; tamamen yabancı devletin egemen gücünün icrası anlamına gelen bir yasa ve ondan doğan hakkın da uluslararası dayanışma, ilgili devletlerin çıkarlarının uyumu gibi nedenlerle, ulusal mahkeme gerekli görürse kabul edilebileceğine hükmetmiştir. Bugün andlaşmaların artışından Enstitü'nün dikkat çektiği uluslararası dayanışma şartının sağlandığı değerlendirmesini yapabiliriz. Devletler ceza ve vergi sistemlerinin etkinliğini arttırmak için şüphesiz ki bunlara ülke dışında etki sağlama ihtiyacı duymaktadırlar. Öte yandan, daha da önemlisi devletlerin birbirlerinin vergi ve ceza yasalarına etki tanınması bireylerin haklarının gözetilmesi bakımından da hayati önem taşımaktadır. Bireylerin çalışma amacı ile vatandaşı oldukları devletin ülkesinden başka bir ülkede ikamet etmeleri durumunda, bu kimselerin gelirlerinin hangi sistemde vergilendirileceği önem taşımaktadır. Yine vatandaşı oldukları devletin ülkesi dışında çalışan kimseler açısından sosyal güvenlik haklarının ne

olacağı bir başka önemli konudur. Suçluların iadesinin ele alındığı durumlarda, iadenin genelde siyasi suçlar söz konusu olduğunda reddedilecek olması yine bireylerin temel hak ve özgürlüklerini doğrudan ilgilendirmektedir. Bugün devletler anılan tüm meseleler ile ilgili anlaşmalar yapmakta ve böylelikle kamu hukukunun ülke dışında uygulanmasına imkan sağlamaktadırlar. Ancak anlaşmaların genelde ikili düzeyde kalması uygulamayı genele yaymakta görece yavaş bir ilerlemeye sebep olmaktadır.

Yabancı kamu hukukunun uygulanmasına ilişkin önemli bir soru, yabancı yasanın emredici kurallarının *lex causae* dışında uygulanmasının hükümetlerin tek taraflı tasarrufları ya da ikili veya çok taraflı anlaşmalar ile mi, yoksa geleneksel çerçevede kanunlar ihtilafı kuralları ile mi düzenleneceğidir. Kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde değerlendirilmesi halinde, evrensel olarak kabul edilmiş kuralların yanında özel bağlama noktasının uygulama alanı oldukça kısıtlanacaktır. Devletlerin hükümet çıkarlarını değerlendirme ve çatışan çıkarları uzlaştırmada yaklaşımları birbirlerinden oldukça farklıdır. Bu da özellikle önde gelen, lider, sanayileşmiş ve ihracatçı devletlerin bir anlaşma altında toplanmasını engelleyecektir. Hedef devletin (kendisinde yabancı kamu hukuku yasası veya kamu hukukundan kaynaklanan bir tasarrufun uygulanmak istendiği devlet) kendi çıkarlarını diğerlerinininkilere karşı dengelemek zorunda olmadığı genel kabul görmüştür. Diğer taraftan yabancı kamu hukukunun *lex causae* dışında kalması durumunda dahi uygulamasını reddetmek uluslararası hukuka aykırı bir tasarruf olarak değerlendirilmemektedir. Günümüzde hem literatürde hem de içtihatlarda artan şekilde “sınır aşan yetki kullanımı”na yapılan kimi zaman olumlu vurgu, söz konusu hukuki meselenin ortaya çıktığı ülke devletine hukuki öncelik tanımak düşüncesinin de artık yavaş yavaş terk edildiği anlamına gelmektedir. Özel bağlama noktasının uluslararası bir kural olarak yerleşmesi, yabancı emredici yasaların sınır aşan kapsamını da genişletecektir. İlkesel olarak, devlet çıkarlarının değerlendirilmesinde dayanışmanın veya mütekabiliyet esasının gerekli olduğu durumlarda yabancı kamu hukuku yasalarının kapsamının genişlemesi arzu edilmektedir.

Neden mahkemeler yabancı özel hukuk yasalarını olağan şekilde uygularlarken, yabancı kamu hukukunu uygulamayı reddetmektedirler? Belki de cevap yasama ve yürütme organlarına kendi kamu hukuklarını aynı şekilde uygulamak için andlaşma müzakere etme şansı vermek istemeleridir. Mahkemeler karşılıklı uygulamayı garanti edemezler, bir andlaşmanın yokluğunda yabancı kamu hukuku niteliğindeki yasaları uygulayarak işbirliği yapma çabaları kendi devletlerini kısa vadede daha kötü bir konuma sokacak ve uzun vadede yasama ve yürütme organının bu konuyu diğer devletlerle müzakere etme şansını ortadan kaldıracaktır. Yargının ikilemi burada yatmaktadır. Diğer taraftan, davacı bir özel hukuk kişisi ise, mahkemeler yabancı özel hukuku uyguladıkları nedenlerden yabancı kamu hukukunu da mütekabiliyete bakılmaksızın uygulamalıdır; bir özel hukuk kişisi vatandaşı olduğu devletin yasama organının bir andlaşma müzakere etmedeki başarısızlığından dolayı cezalandırılmamalıdır. Mahkemeler zaten hali hazırda özel hukuk kişileri ve kamu hukuku kişilerinin davacı olarak pozisyonları arasında ayrıma gitme eğilimindedirler. Özel hukuk kişilerinin açtığı rekabet ve sermaye piyasalarına ilişkin davalarda kamu hukukuna ilişkin önyargı kırılmıştır. Mahkemeler, özel hukuk kişileri ve kamu hukuku kişileri arasında ayırım yaparken, gerçekten kimin çıkarının korunduğunu dikkatlice incelemelidirler. Yabancı devletler, özel hukuk kişilerini korumak için dava açtığında yabancı kamu hukuku yasası uygulanmalı, özel hukuk kişileri yabancı devletlere kazanç sağlamak amacıyla dava açtıklarında, eğer aksini düzenleyen bir andlaşma yoksa, yabancı kamu hukukunun uygulanmasını reddedilebilmelidir.

Yasama ve/ veya yürütme organları kamu hukukunun karşılıklı uygulanmasını sağlayacak andlaşmaların çeşit ve kapsamının artması için müzakereler yürütmelidirler. Hem devletlerin hem de vatandaşların kamu hukuku yasalarının karşılıklı uygulanması ile menfaatleri daha da korunmuş, hem de vergi sistemleri uluslararası etkiye kavuşmuş olacaktır. Karşılıklı uygulamayı öngören mevcut andlaşmalardan devletlerin ulus- ötesi düzenleme yapma ve vergi toplama kabiliyetlerini sınırlayan hükümler kaldırılmalı, hızla küreselleşen dünyada yabancı vergi kararlarının, niteliğine bakılmaksızın uygulanması sorun teşkil etmemelidir. Mütekabiliyeti garanti etme ihtiyacından başka, yabancı yasayı uygulamanın

zorluğu, diğer devletlerle ilişkileri bozmak istememe, kendi vatandaşlarını yabancı yasalardan koruma ve egemenlik kavramı, kamu hukukuna karşı mevcut önyargıyı meşrulaştıramaz. Mahkemelerden aksine, devletlerin yasama ve yürütme organları mütekabiliyeti sağlayabilecek konumda bulduklarından, buna yönelik adımlar atılmalı ve kamu hukuku tüm tarafların çıkarına olacak şekilde uluslararası alanda da yaşayan bir hukuk haline getirilmelidir.

Tezimizin genelinde mahkeme kararlarına ilişkin verdiğimiz örnekler iki devlet üzerinde yoğunlaşmaktadır: İngiltere ve ABD. Bunun usul açısından en önemli sebebi bu devletlerin hukuk sistemlerinin örnek mahkeme kararları üzerinde ilerlemesi ve mahkemeye geniş bir takdir yetkisi tanınmasıdır. Ancak asıl önemli sebep ise göz ardı edilmemelidir. Yabancı kamu hukukunun bir uyumsuzluk konusu olarak hukuk gündemini meşgul etmesinde 18. yüzyıldan başlayan bir trend mevcuttur, bunu uygulamama trendi olarak adlandırabiliriz. Bu trend 18. ve 19. yüzyılda uluslararası sistemi domine eden güç olan İngiltere tarafından yönlendirilmiştir. 20. yüzyılın başında uluslararası sistemdeki değişim ile meseleyi yönlendiren aktör de değişmiş, mahkemeleri konu ile en çok ilgilenen devlet ABD olmuştur. Öte yandan, II. Dünya Savaşı'ndan sonra uluslararası örgütlerin sistemde aktör olarak öne çıkışı ve Soğuk Savaş'ın sona ermesi ile rollerinin önemli ölçüde artması yabancı kamu hukukuna yaklaşımı bir kez daha değiştirecekti. Burada bir mecburiyetten de bahsetmek mümkündür. Türkiye örneğinde incelediğimiz üzere iki büyük savaş sonrası özellikle Avrupa'daki işgücü kaybı işçi alım anlaşmalarının imzalanmasına yol açacak, göçmen işçilerin ülkeler arası hareketi de akabinde kamu hukuku ile çözülmesi gereken yeni bir takım sorunları getirecekti. Bunlardan, işçi ailelerinin sosyal güvenlik endişeleri ve elde ettikleri gelirin vergisini ödemedeki yaşayacakları olası mağduriyetler tezimizin kapsamında ele alınanlardır. Vergi yasalarının karşılıklı uygulanmasında Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı'nın, cezai ve adli konularda işbirliği için Avrupa Konseyi'nin aldığı inisiyatif, yabancı kamu hukukunun üzerindeki 18. yüzyıldan kalma "uygulanmaz" yaftasını da yavaş yavaş silmeye başlamıştır. Uluslararası hukukun temel kaynağı olan andlaşmaların varlığı, uluslararası hukuk bakımından da yabancı kamu hukukunun uygulanacağı kabulünün yerleşmeye başladığını göstermektedir. Burada halen mevcut handikap,

özellikle vergi andlaşmalarının ikili düzeyde kalması ve çifte vergilendirmeyi önleme ve vergi tahsilatında yardımlaşma gibi konularda halen herhangi bir çok taraflı düzenleme bulunmamasıdır. Devletlerin vergi meselelerinde çok taraflı düzenlemelerden kaçınmalarının temel nedeni, yine elbette kendi egemenliklerine ilişkin duydukları endişeler, çok taraflı bir vergi andlaşmasının küresel bir vergi sistemi ve dolayısıyla devletlerin bazı çıkarlarından vazgeçmeleri anlamına gelecek oluşudur. Bugün ceza yasalarında bu engelin aşılmasını Avrupa Konseyi'nin örgüt yetki alanı içerisinde temel insan haklarını korumak için ceza adaletinde bir örnek uygulamanın sağlanmasını amaç edinen örgüt politikasına borçluyuz. Ancak Avrupa Konseyi bünyesindeki çok taraflı sözleşmelerin de yabancı ceza yasalarının doğrudan ulusal mahkemelerde uygulanması konusunda oldukça kısıtlı kaldıklarını belirtmeliyiz.

Tezimize başlarken dört temel soru sormuştuk; (1) neden mahkemeler yabancı kamu hukukunu uygulamayı reddetmektedirler, (2) yabancı kamu hukukunun uygulanıp uygulanmayacağına hangi organ karar vermelidir/ verecektir, (3) yabancı kamu hukuku uygulanacaksa kamu hukukunun dalları arasında bir seçim yapılacak mıdır, yoksa genel olarak bir uygulama mı söz konusu olacaktır, (4) kamu hukukunda merkeze, kamu hukukunun özüne yaklaştıkça uygulama açısından farklılaşma olmakta mıdır ve son olarak (5) yabancı kamu hukukunun uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuka yardımcı bir veri, onun tespitinde önmelele ya da *lex causae* olarak uygulanması, uygulanıp uygulanmama noktasında bir değişiklik yaratmakta mıdır. Mahkemelerin yabancı kamu hukukunu uygulamayı reddedişinin en temel nedeni bunu bir egemenlik mücadelesi olarak görmeleridir. Yabancı kamu hukukunun uygulanması 18. yüzyıldan bu yana, bir devletin diğerinde tahakküm kurma isteği olarak algılanmıştır. 21. yüzyılın şartları düşünüldüğünde bunun fazlasıyla kısıtlı bir bakış açısı olduğunu açıktır. Artık soru yabancı kamu hukuku uygulanıp uygulanmayacağı noktasından, ne oranda ve kim tarafından uygulanacağı noktasına doğru ilerlemiştir. Bu noktada tezimizin ikinci sorusunun cevabı verilmelidir; yabancı kamu hukukunun uygulanıp uygulanmayacağı yasama ve/ veya yürütme organları seviyesinde verilmesi gereken bir karardır. Konu mahkemelerin yetki alanı değerlendirildiğinde oldukça siyasi kalmaktadır. Yasama ve yürütme

açısından değerlendirildiğinde zamanın şartları yabancı kamu hukukunun uygulanmamasını tartışma dışı bırakmak gerekliliğine işaret etmektedir. Yabancı kamu hukuku uygulanacaktır, andlaşmalar mütekabiliyeti sağlama açısından gerekli hukuki yükümlülükler ile devletleri bağlama açısından önemli bir araçtır. Yabancı kamu hukuku yasalarını uygulama meselesinde, kamu hukukunun dallarının bir bütün olarak değerlendirilmedikleri, mali yasaları ve kültür varlıklarının korunmasına ilişkin yasaların kolaylıkla uygulandığı ancak özellikle yabancı ceza yasaları ve vergi yasalarının uygulanması noktasında belirgin bir önyargının bulunduğu gözlenmektedir. Diğer bir deyişle tezimizin başında sorduğumuz 3. ve 4. sorular ile değerlendirirsek; yabancı kamu hukukunun uygulanması söz konusu olduğunda kamu hukukunun dalları arasında ayrıma gitme ihtiyacı doğmakta ve kamu hukukunun merkezine yaklaşıldıkça “uygulamama” yönündeki eğilim artmaktadır. Yabancı kamu hukukunun *lex causea* mı yoksa önmele veya hukuki bir veri olarak mı uygulanacağı ise diğer bir önemli sorudur. Kamu hukukunun merkezine yakın olup olmadığına bakılmaksızın devletlerin yabancı kamu hukukunun önmele ya da uyuşmazlığın çözümünde yardımcı bir hukuki veri olarak uygulamada bir sakınca görmedikleri tespit edilmiştir. Söz konusu bir yabancı vergi veya ceza yasasının önmele olarak uygulanması olduğunda da sonuç değişmemektedir. Ancak yabancı kamu hukukunun *lex causae* olarak uygulanması söz konusu olduğunda, herhangi bir andlaşmanın yokluğunda, devletlerin kamu hukukunun müdahaleye kolaylıkla izin vermeyen alanına yaklaşıldıkça, bugün hala, “uygulamama” seçeneğini tercih ettikleri görülmektedir. Uygulama halen ancak karşılıklı andlaşmalar mevcutsa mümkün olabilmekte, bu da konunun mahkemelerin tasarrufuna bırakılamayacak kadar siyasi olduğu tezimizi doğrulamaktadır. Devletler, kendileri için şüphesiz hayati öneme sahip kamu hukuku yasalarına sınır aşan etki sağlayabilmek için hem diğer devletler hem de uluslararası örgütler ile daha aktif olarak çalışmalı, hem yabancı kamu hukukunun uygulanması için daha kapsamlı andlaşmalar düzenlemeli, bu konuyu ele alacak kanunlar ihtilafı kuralları üzerinde çalışmalı, hem de uluslararası platformlarda devletlerin kamu hukuku yasalarının özellikle vergi ve ceza hukuku alanlarında benzer şekilde düzenlenmesi için çalışmalar yapmalı, böylelikle yabancı kamu hukukunu uygulamanın güçlüğüne ilişkin şüpheler ortadan kaldırılmalıdır. Ancak böylesi çalışmalar ile yabancı kamu

hukukunun uygulanması alanındaki tartişmalar ve yargı organlarının karşılacağı ikilemler bertaraf edilebilecektir.

BİBLİYOGRAFYA

KİTAPLAR

-: **All Souls Public Law Seminar: Dicey and the Constitution**, London, Sweet & Maxwell, 1985
- ALTUĞ, Yılmaz: **Yabancıların Hukuki Durumu**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1968
- AXELROD, Robert: **The Evolution of Cooperation**, New York, Basic Books, 2006
- BENVENISTI, Eyal: **The International Law of Occupation**, UK, Oxford University Press, 2012, s. 1- 19
- BINDSCHEDLER, R.L.: “Annexation”, **Encyclopedia of Public International Law**, Ed. R. Bernhardt, Volume 3, Amsterdam, North Holland Publishing Company, 1982
- BÖCKENFÖRDE, E.: **State, Society and Liberty: Studies in Political Theory and Constitutional Law**, New York, Berg, 1991
- BÖCKSTIEGEL, K.: “Public Policy and Arbitrability”, **ICCA Congress Series**, Ed. Pieter Sanders, The Netherlands, Kluwer, 1987
- BRIGGS, Adrian: **The Conflict of Laws**, USA, Clarendon Law Series-Oxford University Press, 2013
- CASTEL, Jean Gabriel: **Extraterritoriality in International Trade**, Toronto/Vancouver, Lexis Law Publishing, 1988
- CHEREDNYCHENKO, O: **Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party**, München, Sellier-European Law Publishers GmbH, 2007
- COLLINS, Lawrence vd.: **Dicey, Morris, Collins: The Conflict of Laws**, 15th Edition, London, Sweet& Maxwell, 2012

- ÇELİKEL, Aysel: **Milletlerarası Özel Hukuk**; İstanbul, Beta Yayınevi, 2012
- DICEY, Albert V.: **A Digest of the Laws of England with Reference to the Conflict of Laws**, Ed. John B. Moore, London, Stevens: Sweet& Maxwell, 1908, (Çevrimiçi) E-book <https://archive.org/stream/cu31924021666445#page/n807/mode/2up/search/eyre> , 8 Ocak 2013
- DICEY, Albert V.: **Introduction to the Study of the Law of the Constitution**, 8th Edition, England, Liberty Fund Inc., 1982
- DINSTEIN, Yoram: **The International Law of Belligerent Occupation**, New York, Cambridge University Press, 2009
- DÖNMEZER, S & ...: **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Umumi Kısım, Cilt II, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1961
- ERRERA, Roger: “Dicey and the French Administrative Law, A Missed Encounter?”, **Collected Courses of The Academy of European Law**, Kluwer Law International, 1997
- FAWCETT, J.: **Cheshire, North & Fawcett Private International Law**, Consultant Editor Sir Peter North, UK, Oxford University Press, 2008
- GEMALMAZ, M.S.: **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2007
- GÖZÜBÜYÜK, Ş.: **Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005
- GRAY, Christine D.: **Judicial Remedies in International Law**, New York, Oxford University Press, 1996
- GROSS, Hanns K.: **Empire and Sovereignty: A History of the Public Law Literature in the Holy Roman Empire 1599-1804**, Chicago, Chicago University Press, 1975
- HEIDEMANN, Maren: **Methodology of Uniform Contract Law- The UNIDROIT Principles in International Legal**

- Doctrine and Practice**, Heidelberg- Germany, Springer, 2006
- HONNOLD, John O.: **Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention**, The Hague- The Netherlands, Kluwer Law International, 1999
- HOWARD, Warren S.: **American Slavers and the Federal Law 1837- 1862**, California, University of California Press, 1963
- JAFFE, Louis L.: **Judicial Aspects of Foreign Relations**, Cambridge, Harvard University Press, 1933
- JOLOWICZ, H.F.: **Lectures on Jurisprudence**, (Edited by John Anthony Jolowicz), London, The Athlone Press, 1963
- JONES, Howard M.: **Mutiny on The Amistad: The Saga of a Slave Revolt and Its Impact on American Abolition, Law, and Diplomacy**, New York, Oxford University Press, 1987
- KUIPERS, Jan- Jaap: **EU Law and Private International Law: The Interrelationship in Contractual Obligations**, Leiden- The Netherlands, Koninklijke Brill NV, 2011
- LALIVE, Pierre: “On the Transfer of Seat in International Arbitration”, **Essays in Honor of Arthur T. Von Mehren**, Ed. James A.R. Nafziger& Symeon Symeonides, New York, Transnational Publishers, 2002
- LALIVE, Pierre: “Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration”, **ICCA Congress Series**, Ed. Pieter Sanders, The Netherlands, Kluwer, 1987
- LIPSTEIN, Kurt: “Conflict of Public Laws- Visions and Realities”, **Festschrift für Imre Zajtay**, Ed. Ronald Graveson, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1982
- LOWE, Alan V.: **Extraterritorial Jurisdiction: An Annotated Collection of Legal Material**, Cambridge, Grotius Publications Ltd., 1983
- MAJER, Diemut: **“Non Germans” under the Third Reich**, USA, The John Hopkins University Press, 2003

- MALANCZUK, Peter: **Akehurst's Modern Introduction to International Law**, New York, Routledge, 1997, s. 147- 158
- MANN, F. A.: **Further Studies in International Law**, USA, Oxford University Press, 1990
- MANN, F. A.: **Studies in International Law**, UK, Oxford University Press, 1972
- MANN, F.A.: **Mann on the Legal Aspect of Money**, Ed. Charles Proctor, 6th Edition, UK, Oxford University Press, 2005
- NEWMYER, R. Kent: **Supreme Court Justice Joseph Story, Statesman of the Old Republic**, USA, The University of North Carolina Press, 1985
- NUSSBAUM, Arthur: **Money in the Law: National and International**, USA, Foundation Press, 1950, (Çevrimiçi) Google e-books
http://books.google.com.tr/books?id=O30_AAAAIAAJ&q=inauthor:%22Arthur+Nussbaum%22&dq=inauthor:%22Arthur+Nussbaum%22&hl=tr&sa=X&ei=UFOiUtm8BYaWtQaB74GIDg&ved=0CEMQ6AEwAw , 15 Mart 2013
- PAZARCI, Hüseyin: **Uluslararası Hukuk**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2005
- POST, Gaines: **Studies in Medieval Legal Thought- Public Law and the State**, USA, Princeton University Press The Lawbook Exchange, 2008
- RISTAU, Bruno A.: **International Judicial Assistance: Civil and Commercial**, Volume I, Washington, International Law Institute, 2000
- RYNGAERT, Cedric: **Jurisdiction in International Law (Oxford Monographs in International Law)**, New York-United States, Oxford University Press, 2008
- SCHILLER, Arthur A.: **Roman Law Mechanisms of Development**, New York, Mouton Publishers, 1978

- SCOLES, E. & ...: **Conflict of Laws**, USA, West Publishing Company, 1982
- SCWARZ, B.: **French Administrative Law and the Common Law World**, New Jersey, The Lawbook Exchange Ltd., 2006
- SEMMEEL, Bernard: **The Governor Eyre Controversy**, London, Macgibbon & Kee, 1962
- SKINNER, Q.: **The Foundations of Modern Political Thought**, Cambridge, Cambridge University Press, 1978, s. x
- SORNARAJAH, M.: **The Pursuit of Nationalized Property**, Dodrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1986
- STEIN, Torsten: "Extradition", **The Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Volume III, United Kingdom, Oxford University Press
- STORY, Joseph F.: **Commentaries on the Conflict of Laws**, Boston, Hilliard, Gray and Company, 1834 (Çevrimiçi) Google E-Book
http://books.google.com.tr/books?id=4Ao9AAAAIAAJ&printsec=frontcover&hl=tr&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false , 20 Şubat 2013
- SWEENEY, Brendan J.: **The Internationalisation of Competition Rules- The Approach of European States**, USA, Routledge, 2010
- TRONE, John: **Federal Constitutions and International Relations**, Oregon- USA, POD Centre, 2003
- TURNBULL, Malcolm: **The Spy Catcher Trial**, UK, Salem House, 1989
- VEENENDAL, A.: **Railways in the Netherlands A Brief History 1834-1994**, California, Stanford University Press, 2001
- WASSERSTEIN, C.: "The Role of Public Law in Private International Law", **Israeli Reports to the XII International Congress of Comparative Law**, Ed. Steven S. Goldberg, Jerusalem : Harry Sacher Institute for Legislative Research and Comparative Law, 1986

- WEBLEY, L. &...: **Complete Public Law: Text, Cases, and Materials**, UK, Oxford University Press, 2012
- WENGLER, Wilhelm: “The Law Applicable to Preliminary (Incidental) Questions”, **International Encyclopedia of Comparative Law**, Ed. Kurt Lipstein, Volume III-Private International Law, Chapter 7, Tübingen, J.C.B.Mohr (Paul Siebeck), 1987
- ZÜGER, Mario: **Arbitration under Tax Treaties: Improving Legal Protection in International Tax Law**, Amsterdam-The Netherlands, IBFD Publications BV, 2001

MAKALELER

-: “International Enforcement of Tax Claims”, **Columbia Law Review**, Volume 50, No 4, Apr. 1950, s. 490- 504
- ABBOTT, Kenneth W.: “Collective Goods, Mobile Resources and Extraterritorial Trade Controls”, **Law and Contemporary Problems**, Volume 50, 1987, s. 117-152
- ALBRECHT, A. R.: “The Enforcement of Taxation Under International Law”, **British Yearbook of International Law**, Volume 30, 1953, s. 454- 474
- ARTHURS, H.: “Rethinking Administrative Law: A Slightly Dicey Business”, **Osgoode Hall Law Journal**, Volume 17, Number 1, Article 1, April 1979, s. 1- 45
- ASSANTE, Samuel: “International Law and Foreign Investment: A Reappraisal”, **International Law and Foreign Investment**, Volume 37, Issue 3, 1988, s. 558- 628
- AULT, Hugh J.: “Corporate Integration, Tax Treaties and the Division of the International Tax Base: Principles and Practices”, **Tax Law Review**, Volume 47, 1992, s. 565- 608

- BAADE, Hans W.: “Legal Effects of Codes of Conduct for Multinational Enterprises”, **German Yearbook of International Law**, Volume 22, 1979, s. 11- 52
- BAADE, Hans W.: “Marriage and Divorce in American Conflicts Law: Governmental Interests Analysis and the Restatement (Second)”, **Columbia Law Review**, Volume 72, No 2, 1972, s. 329- 381
- BAADE, Hans W.: “The Operation of Foreign Public Law”, **Texas Intenational Law Journal**, Volume 30, 1995, s. 429- 498
- BERMANN, George A.: “Public Law in the Conflict of Laws”, **American Journal of Comparative Law**, Volume 34, 1986, s. 157- 192
- BIALOS, J. & ...: “The Libyan Sanctions: A Rational Response to State-Sponsored Terrorism?”, **Vancouver Journal of International Law**, Volume 26, 1986, s. 799- 855
- BLEIMAIER, John Kuhn: “The Doctrine of Comity in Private International Law”, **Catholic Lawyer**, Volume 24, 1978, s. 327- 332
- BRAND, Ronald A.: “Recognition and Enforcement of Foreign Judgments”, **Federal Judicial Center International Litigation Guide**, April 2012, s. 1- 50
- CARLSTON, Kenneth S.: “Concession Agreements and Nationalization”, **The American Journal of International Law**, Volume 52, No. 2, Apr. 1958, s. 260- 279
- CARTER, P.B.: “Rejection of Foreign Law: Some Private International Law Inhibitions”, **British Yearbook of International Law**, Volume 55, No 1, 1984, s. 111- 131
- CARTER, P.B.: “Transnational Recognition and Enforcement of Public Foreign Laws”, **Cambridge Law Journal**, Volume 48, 1989, s. 417- 435
- CRAIG, William L.: “Application of the Trading with the Enemy Act to Foreign Corporations Owned by Americans:

- Reflections on *Fruehauf v. Massardy*”, **Harvard Law Review**, Volume 83, No 3, 1970, s. 579- 601
- CURRIE, B. &: “Purchase- Money Mortgages and State Lines: A Study in Conflict of Laws Method”, **Duke Law Journal**, Volume 1960, Number 1, s. 1- 55
- CURRIE, Brainerd: “Married Women’s Contracts: A Study in Conflict of Laws Method”, **University of Chicago Law Review**, Volume 25, 1958, s. 227- 268
- CURRIE, Brainerd: “On the Displacement of the Law of the Forum”, **Columbia Law Review**, Volume 58, No 7, s. 964- 1028
- CURRIE, Brainerd: “Survival of Actions: Adjudication v. Automation in the Conflict of Laws”, **Stanford Law Review**, Volume 10, 1958, s. 205- 252
- CURRIE, Brainerd: “The Constitution and the Choice of Law: Governmental Interests and the Judicial Function”, **The University of Chicago Law Review**, Vol. 26, No. 1, Autumn 1958, s. 9- 84
- CURRIE, Brainerd: “The Disinterested Third State”, **Law & Contemporary Problems**, Volume 28, 1963, s. 754- 794
- DAVIES, Ronald B.: “Tax Treaties and Foreign Direct Investment- Potential versus Performance”, **International Tax and Public Finance**, Volume 11, 2004, s. 775- 802
- DODGE, William S.: “Antitrust and the Draft Hague Judgments Convention”, **Law and Policy in International Business**, Volume. 32, 2001, s. 363- 390
- DODGE, William S.: “Extraterritoriality and Conflict-of-Laws Theory: An Argument for Judicial Unilateralism”, **Harvard International Law Journal**, Volume 39, 1998, s. 101- 170

- DODGE, William S.: “Understanding the Presumption Against Extraterritoriality”, **Berkeley Journal of International Law**, Volume 16, 1998, s. 85- 125
- DOMKE, Martin: “Foreign Nationalizations: Some Aspects of Contemporary International Law”, **The American Journal of International Law**, Volume 55, No 3 (Jul. 1961), s. 585- 616
- ELLIS, A. &: “The United States Treaties on Mutual Assistance in Criminal Matters: A Comparative Analysis”, **International Lawyer**, Volume 19, s. 189- 223
- F.S.R.: “Nationalization and International Law: Testimony of Elihu Lauterpacht, Q.C.”, **International Lawyer**, Volume 17, No 1, 1983, s. 97- 151
- FEKETE, Liz: “The Deportation Machine: Europe, Asylum and Human Rights”, **Race Class**, Volume 47, No 1, 2005, s. 64- 78
- FELDMAN M. &: “Legal Aspects of the Normalization Process: Selected Issues (and Comments)”, **Maryland Journal of International Law**, Volume 5, Issue 1, July 2013, s. 55- 72
- FERHATOĞLU, E.: “Almanya- Türkiye Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşması’nda Bağlama Kuralları”, **Maliye Dergisi**, Sayı 161, Temmuz- Aralık 2011, s. 105- 117
- FINKE, Jasper: “Sovereign Immunity: Rule, Comity or Something Else?”, **The European Journal of International Law**, Vol. 21, No:4, 2010, s. 853- 881
- FOX E. &: “The Harmonization of Competition and Trade Law- The Case for Modest Linkages of Law and Limits to Parochial State Action”, **World Competition**, Volume 19, Issue 2, 1995, s. 5- 34
- GLASHAUSSER, Alex: “The Treatment of Foreign Country Convictions as Predicates for Sentence Enhancement under Recidivist

- Statutes”, **Duke Law Journal**, Volume 44, 1994, s. 134- 165
- GREENBERG, H.: “Extrastate Enforcement of Tax Claims and Administrative Tax Determinations Under the Full Faith and Credit Clause”, **Brooklyn Law Review**, Volume 43, 1977, s. 630- 653
- GUZMAN, Andrew T.: “Is International Antitrust Possible?”, **New York University Law Review**, Volume 73, 1998, s. 1501- 1548
- HARTLEY, Trevor C.: “Mandatory Rules in International Contracts: The Common Law Approach”, **Recueil des Cours**, Volume 266, 1997, s. 337- 426
- HASSAN, Ü.: “Siyasi Suç Kavramı”, **AÜSBFD**, Cilt XXVI, Sayı 1, 1971, s. 198
- HAZELWOOD, Clark: “Full Faith and Credit Clause as Applied to Enforcement of Tax Judgments”, **Marquette Law Review**, Volume 19, Issue 1, December 1934, s. 10- 19
- HIBBITTS, B.J.: “The Politics of Principle: Albert Venn Dicey and the Rule of Law”, **Anglo- American Law Review**, Volume 23, 1994, s. 1- 37
- HIXSON, Kathleen: “Extraterritorial Jurisdiction Under the Third Restatement of Foreign Relations Law”, **Fordham International Law Journal**, Volume 12, Issue 1, 1988, s. 127- 152
- HO, H.L.: “Policies Underlying the Enforcement of Foreign Commercial Judgments”, **International and Comparative Law Quarterly**, Volume 46, No 2, April 1997, s. 443- 462
- HORWITZ, M.: “The History of Public/ Private Distinction”, **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. 130, No. 6, s. 1423- 1428

- ISENBERGH, Joseph: “The Foreign Tax Credit: Royalties, Subsidies, and Creditable Taxes”, **Tax Law Review**, Volume 39, 1984, s. 227- 295
- JANIS, Mark W.: “The Recognition and Enforcement of Foreign Law: The Antelope’s Penal Law Exception”, **International Lawyer**, Volume 20, 1986, s. 303- 308
- JOGARAJAN, S.: “The Conclusion and Termination of the ‘First’ Double Taxation Treaty”, **British Tax Review**, Vol. 3, University of Melbourne Legal Studies Research Paper, No. 604, 2012, s. 283- 303
- JOHNSON, A. &: “Reciprocal Enforcement of Tax Claims Through Tax Treaties”, **Tax Law**, Volume 33, 1980, s. 469- 485
- JONES, Eliot: “The Webb Pomerene Act”, **Journal of Political Economy**, Volume 28, 1920, s. 754- 767
- JUENGER, Friedrich K.: “General Course on Private International Law”, **Recueil Des Cours D’Academie de Droit International**, Volume 193, 1985- IV, s. 119- 415
- JUENGER, Friedrich K.: “The Recognition of Money Judgments in Civil and Commercial Matters”, **The American Journal of Comparative Law**, Volume 36, No. 1, Winter 1988, s. 1- 39
- KAHN- FREUND, Otto: “English Contracts and American Anti- Trust Law/ The Nylon Patent Case”, **Modern Law Review**, Volume 18, 1955, s. 65- 70
- KAPLOW, L. & ...: “Fairness versus Welfare”, **Harvard Law Review**, Volume 114, No 4, 2001, s. 961- 1385
- KRAMER, Larry: “Return of the Renvoi”, **New York University Law Review**, Volume 66, 1991 s. 979- 1044
- KUTNER, Peter B.: “Judicial Identification of “Penal Laws” in the Conflict of Laws”, **Oklahoma Law Review**, Volume 31, 1978, s. 590- 634

- LANDO, Ole: “The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration”, **International and Comparative Law Quarterly**, Volume 34, Issue 4, 1985, s. 747- 768
- LARSON, David A.: “An Economic Analysis of the Webb- Pomerene Act”, **Journal of Law and Economics**, Volume 13, No. 2, Oct. 1970, s. 461- 500
- LEFLAR, Robert A.: “Extrastate Enforcement of Penal and Governmental Claims”, **Harvard Law Review**, Volume 46, No 2, 1932, s.193- 225
- LENHOFF, Arthur: “Reciprocity: The Legal Aspect of Perennial Idea”, **Northwestern University Law Review**, Volume 49, 1954- 1955, s. 752- 759
- LEVITT, Albert: “Jurisdiction over Crimes”, **Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology**, Volume 16, No 3, 1925, s.316- 359
- LOUIE, H. &: “Host- Country Governance, Tax Treaties and US Direct Investment Abroad”, **International Tax and Public Finance**, Volume 15, 2008, s. 256- 273
- LOWE, A.V.: “Blocking Extraterritorial Jurisdiction: The British Protection of Trading Interests Act”, **The American Journal of International Law**, Volume 75, No. 2, Apr. 1981, s. 257- 282
- LOWENFELD, Andreas : “Sovereignty, Jurisdiction, and Reasonableness: A Reply to A.V.Lowe”, **The American Journal of International Law**, Volume 75, No. 2, Jul. 1981, s. 629- 638
- LOWENFELD, Andreas: “Conflict, Balancing of Interests and the Exercise of Jurisdiction to Prescribe: Reflections on the Insurance Antitrust Case”, **The American Journal of International Law**, Volume 89, No. 1, 1989, s. 42- 53
- LOWENFELD, Andreas: “Public Law in the International Arena: Conflict of Laws, International Law, Some Suggestions for Their

- Interaction”, **Recueil des Cours**, Volume 163, (1979-II), s. 311- 448
- LOWENFELD, Andreas: “The Sabbatino Amendment- International Law Meets Civil Procedure”, **The American Journal of International Law**, Volume 59, No 4, October 1965, s. 899- 908
- MAIER, Harold G.: “Extraterritorial Jurisdiction at Crossroads: An Intersection Between Public and Private International Law”, **The American Journal of International Law**, Volume 76, No 2, Apr. 1982, s. 280- 320
- MAIER, Harold G.: “Interest Balancing and Extraterritorial Jurisdiction”, **The American Journal of International Law**, Volume 13, No 4, Autumn 1983, s. 579- 597
- MANN, F. A.: “Conflict of Laws and Public Law”, **Recueil des Cours**, Volume 132, 1971, s. 107- 196
- MANN, F. A.: “International Enforcement of Public Rights”, **New York University Journal of International Law and Politics**, Volume 19, 1986- 1987, s. 603- 630
- MANN, F. A.: “Prerogative Rights of Foreign States and the Conflict of Laws”, **Transactions of the Grotius Society**, Volume 40- Problems of Public and Private International Law, 1954, s. 25- 51
- MANN, F. A.: “The Consequences of an International Wrong in International and National Law”, **British Yearbook of International Law**, Volume 48, No 1, 1977, s. 1- 65
- MEESSEN, Karl M.: “Extraterritoriality of Export Control: A German Lawyer’s Analysis of the Pipeline Case”, **German Yearbook of International Law** , Volume 27, 1984, s. 97- 108
- METZGER, Stanley D.: “Act- of- State Doctrine Refined; The Sabbatino Case”, **The Supreme Court Review**, Volume 1964, 1964, s.223- 247

- MUSTILL, Michael J.: “The New Lex Mercatoria: The First Twenty- Five Years”, **Arbitration International**, Volume 4, 1988, s. 86- 121
- NEDJATİ, Zaim M.: “Acts of Unrecognised Governments”, **International & Comparative Law Quarterly**, Volume 30, 1981,s. 388- 415
- NEFF, Stephen C.: “Boycott and the Law of Nations: Economic Warfare and Modern International Law in Historical Perspective”, **British Yearbook of International Law**, Volume 59, No 1, 1989, s. 113- 149
- NEUMAYER, E.: “Do Double Taxation Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?”, **Journal of Development Studies**, Vol. 43, No. 8, 2007, s. 1501- 1519
- ÖZEK, Ç. “Devletin Şahsiyeti Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri”, **İÜHFİM**, Cilt XXXII, Sayı 2- 4, 1966, s. 622
- PAUL, Joel R.: “The Transformation of International Comity”, **Law and Contemporary Problems**, Volume 71, No. 3, Transdisciplinary Conflict of Laws (Summer 2008), s. 19- 38
- PAULSEN, Monrad &...: “Public Policy in the Conflict Laws”, **Columbia Law Review**, Volume 56, No 7, 1956, s. 969- 1016
- PEREZ, Antonio F.: “The International Recognition of Judgments: The Debate Between Private and Public Law Solutions”, **Berkeley Journal of International Law**, Volume 19, Issue 1, 2001, s. 44- 89
- PFUND, Peter H.: “The Project of the Hague Conference on Private International Law to Prepare a Convention on Jurisdiction and the Recognition/ Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters”,

- Brooklyn Journal of International Law**, Volume 24, Issue 1, 1998, s. 7- 15
- POLIER, Jonathan W.: “Comment- Western European Sovereignty and American Export and Trade Controls, **Columbia Journal of Transnational Law**, Volume 9, 1970, s. 109- 139
- POSNER, Eric & ...: “Chevronizing Foreign Relations Law”, **The Yale Law Journal**, Volume 116, No 6 (Apr. 2007), 1170- 1228
- PRINCIPE, M.: “Albert Venn Dicey and the Principles of the Rule of Law: Is Justice Blind? A Comparative Analysis of the United States and Great Britain”, **Loyola of Los Angeles International and Comparative Law**, Volume 22, 2000, s. 357- 373
- REESE, Willis: “The Status in This Country of Judgments Rendered Abroad”, **Columbia Law Review**, Volume 50, No. 6 (Jun. 1950), s. 783- 800
- REEVES, William : “The Sabbatino Case: The Supreme Court of the United States Rejects a Proposed New Theory of Sovereign Relations and Restores the Act of State Doctrine”, **Fordham Law Review**, Volume 32, Issue 4, 1964, s. 632- 680
- SAMIE, N.: “The Doctrine of “Effects” and the Extraterritorial Application of Antitrust Laws”, **Lawyer of the Americas**, Vol. 14, No. 1 (Spring 1982), s. 23- 59
- SILBERMAN, L. & ...: “A Different Challenge for the ALI: Herein of Foreign Country Judgments, an International Treaty, and an American Statute”, **Indiana Law Journal**, Volume 75, Issue 2, 2000, s. 635- 647
- STAKER, Christopher: “Public International Law and the Lex Situs Rule in Property Conflicts and Foreign Expropriations”, **British Yearbook of International Law**, Volume 58, No 1, 1988, s. 151- 252

- STOEL, JR., Thomas B.: “The Enforcement of Foreign Non- Criminal Penal and Revenue Judgments in England and United States”, **The International and Comparative Law Quarterly**, Volume 16, No 3, 1967, s. 663- 679
- STULTZ, Elliott A.: “Swiss Bank Secrecy Law and United States Efforts to Obtain Information from Swiss Banks”, **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, Volume 21, 1988, s. 63
- TROOBOFF, Peter D.: “Foreign State Immunity: Emerging Consensus on Principles”, **Recueil des Cours**, Volume 200, 1986, s. 235- 432
- USAI, Andrea: “The Freedom to Conduct a Business in the EU, Its Limitations and Its Role in the European Legal Order, A New Engine for Deeper and Stronger Economic, Social, and Political Integration”, **German Law Journal**, Volume 14, No. 9, 2013, s. 1867- 1888
- VON MEHREN, A.: “Recognition of Foreign Adjudications: A Survey and a Suggested Approach”, **Harvard Law Review**, Volume 81, No 8, 1968, s.1601- 1696
- WALTERS, Mark D.: “Dicey on Writing The Law of Constitution”, **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 32, No. 1, 2012, s. 21- 49
- WEINTRAUB, Russell J.: “The Extraterritorial Application of Antitrust and Securities Laws: An Inquiry into the Utility of a “Choice-of-Law” Approach”, **Texas Law Review**, Volume 70, 1992, s. 1799- 1829
- WENGLER, Wilhelm: “The Significance of the Principle of Equality in the Conflict of Laws”, **Law and Contemporary Problems**, Vol. 28, No. 4, 1963, s. 822- 859
- WHINCOP, Michael: “The Recognition Scene: Game Theoretic Issues in the Recognition of Foreign Judgments”, **Melbourne University Law Review**, Volume 23, 1999, s. 416- 439

- WINSHIP, Peter: “The National Conference of Commissioners on Uniform State Laws and International Unification of Private Law”, **University of Pennsylvania Journal of International Business Law**, Volume 13, 1992- 1993, s. 227- 285
- YNTEMA, H.E.: “The Comity Doctrine”, **Michigan Law Review**, Volume 65, No. 1, Nov. 1966, s. 9- 32

BELGELER

- Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht Article 13 1988 Systematische Sammlung des Bundesrechts
- Council of Europe, “Additional Protocol to the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters”, (adopted 17 March 1978- entry into force 5 January 1980), Strasbourg, ETS 99
- Council of Europe, “Convention on the Transfer of Sentenced Persons”, (adopted 21 March 1983- entry into force 1 July 1985), 35 UST. 2867, 22 ILM 530, ETS 112
- Council of Europe, “European Convention on Extradition”, (adopted 13 December 1957- entry into force 18 April 1960), Paris, ETS 24
- Council of Europe, “European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters”, (adopted 20 April 1959- entry into force 12 June 1962), Strasbourg, CETS 30
- Council of Europe, “European Convention on the International Validity of Criminal Judgments”, (adopted 28 May 1970- entry into force 26 July 1974), The Hague, ETS 70
- Council of Europe, “European Convention on the International Validity of Criminal Judgments”, (adopted 28 May 1970- entry into force 26 July 1974), The Hague, ETS 70

- Council of Europe, “European Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters”, (adopted 15 May 1972- entry into force 30 March 1978), Strasbourg, ETS 73
- Council of Europe, “Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”, (adopted 22 November 1984- entry into force 1 November 1988), Strasbourg, CETS 177
- Council of Europe, “Second Additional Protocol to the European Convention on Extradition”, (adopted 17 March 1978- entry into force 5 Haziran 1983), Strasbourg, ETS 98
- European Commission, “Notice on Cooperation Between National Courts and the Commission in Applying Articles 85 and 86 of the EEC Treaty”, 31993YO213 (01) OJ C 39, 13.02.1933
- European Economic Community, “Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters- Lugano Convention”, (adopted 16 September 1988- entry into force 1 January 1992), Lugano, 88/592/EEC 41988A0592
- European Economic Community, “Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations”, (adopted 19 June 1980- entry into force 1 April 1991), Rome, 80/934/EEC- OJ L 266 of 9.10.1988
- European Economic Community, “The Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters”- Brussels I, (adopted 27 September 1968- entry into force 1 February 1973), Brussels, 1262 UNTS 153; 8 ILM 229
- Hague Conference on Private International Law, “Convention on the Law Applicable to Agency”, (adopted 14 March 1978- entry into force 1 May 1992), Hague, 16 ILM 775
- Hague Conference on Private International Law, “Convention on the Law Applicable to Trust and Their Recognition”, (adopted 1 July 1985- entry into force 1 January 1992), Hague, 1664 UNTS 311
- Hague Conference on Private International Law, “Hague Convention on the Taking of Evidence Abroad in Civil and Commercial Matters”, (adopted 18

March 1970- entry into force 7 October 1972), The Netherlands, 847 UNTS 241

- International Court of Justice, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, Case Concerning Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited- New Application: 1962- Belgium vs. Spain, Judgment of 5 February 1970
- International Court of Justice, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, Asylum Case- Colombia v. Peru, Judgment of 20 November 1950 (Colombian Peruvian Asylum Case, Judgment of November 20th, 1950: ICJ Reports 1950)
- International Court of Justice, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, Haya de la Torre- Colombia v. Peru, Judgment of 13 June 1951 (Haya de la Torre Case, Judgment of June 13th, 1951: ICJ Reports 1951)
- International Court of Justice's Advisory Opinion of 21 June 1971 on "Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South- West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)"
- International Law Association, "Report of International Committee on Transnational Recognition and Enforcement of Foreign Public Laws", Report of the Sixty- Third Conference, Warsaw, 1988
- Kalkınma Bakanlığı, **Onuncu Kalkınma Planı 2014- 2018 "Göç"- Özel İhtisas Komisyonu Raporu**, Ankara, 2014
- Ronald A. Brand, "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments", **Federal Judicial Center International Litigation Guide**, April 2012, s. 1- 54
- The Fifth Inter- American Specialized Conference on Private International Law, "The Inter- American Convention on the Law Applicable to International Contracts", (adopted 17 March 1994- entry into force 15 December 1996), 33 ILM 732- OASTS 78

- The Institute of International Law- Institut de Droit International, “The Application of Foreign Public Law”, Twentieth Commission, Rapporteur: Mr. Pierre Lalive, Session of Wiesbaden- 1975, 11 August 1975
- The Institute of International Law -Institut de Droit International, “Public Law Claims Instituted by a Foreign Authority or Foreign Public Body”, Twentieth Commission, Rapporteur: Mr. Pierre Lalive, Session of Oslo- 1977, 1 September 1977
- The Institute of International Law -Institut de Droit International, “The Duality of the Nationality Principle and the Domicile Principle in International Law”, Fifteenth Commission, Rapporteur: Mr. Yvon Loussauorn, Session of Cairo- 1987, 19 September 1987
- Türkiye- ABD, “Türkiye Cumhuriyeti ile Amerika Birleşik Devletleri Arasında Suçluların Geri Verilmesi ve Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardım Anlaşması”, (imza 7 Haziran 1979- yürürlük 1 Ocak 1981), Ankara, RG 1980/17166- 32 USTS 3111
- Türkiye- ABD, “Türkiye Cumhuriyeti ile Amerika Birleşik Devletleri Hükümeti Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme ve Vergi Kaçakçılığına Engel Olma Anlaşması”, (imza 28 Mart 1996- yürürlük 19 Aralık 1997- uygulama 1 Ocak 1998), Ankara, RG 31 Aralık 1997/ 23217, Madde 1 Fıkra 3
- Türkiye- ABD, “Türkiye Cumhuriyeti ile Amerika Müttehit Devletleri Arasında İkamet Mukavelenamesi”, (imza 28 Ekim 1937-yürürlük 15 Şubat 1933), Ankara, TS 859
- Türkiye- Almanya, “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Federal Almanya Cumhuriyeti Hükümeti Arasında Türk İşçilerin Almanya’da İşe Yerleşmesine Dair Anlaşma”, (imza 30 Eylül 1961- yürürlük 1 Ekim 1961), Sayı 505-83 SZV/3-92-42, Bad Godesberg
- Türkiye- Almanya, “Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Federal Cumhuriyeti Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi ve Vergi Kaçakçılığını Önleme Anlaşması”, (imza 19 Eylül 2011- yürürlük 1 Ağustos 2012- uygulama 1 Ocak 2011), Berlin, RG 24 Ocak 2012/ 28183

- Türkiye- Almanya, “Türkiye Cumhuriyeti ile Almanya Federal Cumhuriyeti Arasında Sosyal Güvenlik Sözleşmesi”, (imza 30 Nisan 1964- yürürlük 1 Kasım 1965), Bonn, RG 10 Nisan 1965/ 11976
- Türkiye- Almanya, “Türkiye Cumhuriyeti ile Federal Almanya Cumhuriyeti Arasında Gelir ve Servet Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşması”, (imza 16 Nisan 1985- yürürlük 31 Aralık 1989- uygulama 01 Ocak 1990- 1 Ocak 2011), Bonn, RG 9 Temmuz 1986/ 19159
- Türkiye- Arnavutluk, “Türkiye Cumhuriyeti ile Arnavutluk Cumhuriyeti Arasında Hukuki, Ticari ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma Sözleşmesi”, (imza 15 Mart 1995-yürürlük Ocak 1998), Tiran, RG 1997/ 23165
- Türkiye- Avusturya, “Türkiye Cumhuriyeti ile Avusturya Cumhuriyeti Arasında Gelir ve Servet Vergilerinde Çifte Vergilendirmenin Önlenmesine ve Diğer Bazı Hususların Düzenlenmesine İlişkin Anlaşma”, (imza 3 Kasım 1970- yürürlük 24 Eylül 1973- uygulama 01 Ocak 1974), Viyana, RG 1 Ağustos 1973/ 14612
- Türkiye- Avusturya, “Türkiye Cumhuriyeti ile Avusturya Cumhuriyeti Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşması”, (imza 28 Kasım 2008- yürürlük 1 Ekim 2009- uygulama 01 Ocak 2010), Viyana, RG 26 Haziran 2009/ 27270
- Türkiye Cumhuriyeti Ceza Muhakemesi Kanunu, Kanun Numarası 5271, Kabul Tarihi 04. Aralık. 2004, RG 17. Aralık. 2004/ 25673
- Türkiye Cumhuriyeti Gelir Dairesi Başkanlığı- **GATT Bilgilendirme Rehberi**, Yayın No 95, Ankara, 2009
- Türkiye- İngiltere, “Türkiye Cumhuriyeti ile Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı arasında Gelir ve Sermaye Değer artış Kazançları Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme ve Vergi Kaçakçılığına Engel Olma Anlaşması”, (imza 19 Şubat 1986- yürürlük 25 Ekim 1988- uygulama 1 Ocak 1989), Londra, RG 25 Ekim 1988/ 19964
- Türkiye- İngiltere, “Türkiye Cumhuriyeti ile İngiltere Arasında Sosyal Güvenlik Sözleşmesi”, (imza 09 Eylül 1959- yürürlük 1 Haziran 1961), Ankara, RG 21 Aralık 1960/ 10686

- Türkiye- Pakistan, “Türkiye Cumhuriyeti ile Pakistan İslam Cumhuriyeti Arasında Suçluların Geri Verilmesi Anlaşması”, (imza 30 Ağustos 1983-yürürlük 20 Kasım 1984), Ankara, RG 1984/ 18508
- Türkiye- Suriye, “Türkiye Cumhuriyeti ile Suriye Arap Cumhuriyeti Arasında Suçluların Geri Verilmesi ve Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardımlaşma Anlaşması”, (imza 15 Haziran 1981-yürürlük 30 Nisan 1983), Ankara, RG 1983/ 19991
- Twenty- Third Regular Session of the Organisation of American States General Assembly, “Inter- American Convention on Serving Criminal Sentences Abroad”, (adopted 9 June 1993- entry into force 12 April 1996), Nicaragua, OASTS 76
- United Monetary and Financial Conference, “Agreement of the International Monetary Fund”, (adopted 22 July 1944- entry into force 27 December 1945), Bretton Woods- New Hampshire
- United Nations Commissions on the International Trade Law- UNCITRAL, “UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods- Vienna Convention”, (adopted 11 April 1980- entry into 1 January 1988), Vienna, S.Treaty Document Number 98-9 (1984), UN Document Number A/CONF 97/19, UNTS 1489
- United Nations Conference on the Law of Treaty, Vienna Convention on the Law of Treaty, (adopted 23 May 1969- entry into force 27 January 1980), Vienna, UNTS 1155
- United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property, General Conference of United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization’s 16th Session, (adopted 14 November 1970 – entry into force 24 April 1972), Paris, 823 UNTS 231
- United Nations General Assembly, “Convention Relating to the Status of Refugees”, (adopted 28 July 1951- entry into force 22 April 1954), Resolution 2198 (XXI), Geneva, UNTS 189

- United Nations General Assembly, “International Covenant on Civil and Political Rights”, (adopted 16 December 1966- entry into force 23 March 1976) New York, 2200 A(XXI) 999 UNTS 171
- United Nations, “Charter of the United Nations”, (adopted 26 June 1945- entry into force 20 October 1945), San Francisco, 1 UNTS XVI
- United States Congress, “Fraud by Wire, Radio and Television”, 18 U.S.C. 1343 (1994)

İNTERNET ADRESLERİ

-, **Rekabete İlişkin Müktesebat Rehberi**, Brüksel & İstanbul, 2012 (Çevrimiçi)
<http://www.mess.org.tr/content/MESS%20Rekabet%20Rehberi%20Nisan%202012.pdf> 30 Ekim 2013
- Convention with France on Double Taxation: Hearings Before a Subcommittee of the Senate Committee on Foreign Relations, 80th Congress, 1947 Hearings (Çevrimiçi)
http://usinfo.org/enus/government/forpolicy/treaties_senate.html 18 Mart 2013
- Foreign Judgments (Reciprocal Enforcement) Act, 23 Geo. 5 Ch. 13, UK, 1933 (Çevrimiçi)
http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1933/13/pdfs/ukpga_19330013_en.pdf 12 Şubat 2013
- Hague Conference on Private International Law, “Report on the Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters”, Report by Peter Nygh & Fausto Focar, August 2000 (Çevrimiçi) <http://www.hcch.net/upload/wop/jdgm11.pdf> 3 Nisan 2013
- <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:012:0001:0023:EN:PDF> (Çevrimiçi) 18 Haziran 2013
- <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:351:0001:0032:EN:PDF> (Çevrimiçi) 18 Haziran 2013

- <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/F-29/page-1.html> (Çevrimiçi) 24 Şubat 2013
- http://lf-oll.s3.amazonaws.com/titles/2078/Maine_1369_EBk_v6.0.pdf (Çevrimiçi) 18 Ağustos 2014
- http://www.casgem.gov.tr/Casgem/content/conn/casgem/path/Contribution%20Folders/Casgem/AnaSayfa/Yay%C4%B1n_ve_Dokumantasyon/6-%C4%B0%C5%9EG%C3%9CC%C3%9C%20ANLA%C5%9EMALARI.pdf?jsessionid=TPbrTsHZFy2PV28Glf2KtWND22cwKj0QpgK9mf2G2LILJxCvI0yS!-962447794 (Çevrimiçi) 5 Eylül 2014
- http://www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/edazen/topics/intla/intrea/depch/misc/conlug2.Par.0014.File.tmp/mt_090325_en.pdf (Çevrimiçi) 6 Ağustos 2013
- http://www.encyclopedia.com/topic/Conflict_of_Laws.aspx (Çevrimiçi) 2 Ağustos 2014
- http://www.gib.gov.tr/fileadmin/mevzuat/uluslararası_mevzuat/VERGIAN_LASMALIST.htm (Çevrimiçi) 4 Eylül 2014
- <http://www.imf.org/external/pubs/ft/sd/index.asp?decision=446-4> (Çevrimiçi) 25 Ekim 2013
- <http://www.insitelawmagazine.com/ch4acceptance.htm> (Çevrimiçi) 10 Mayıs 2013
- <http://www.mfa.gov.tr/cifte-vergilendirmeyi-onleme-anlasmalari-ve-turkiye.tr.mfa> (Çevrimiçi) 23 Ağustos 2014
- http://www.mfa.gov.tr/yurtdisinda-yasayan-turkler_tr.mfa (Çevrimiçi) 4 Eylül 2014
- http://www.mfa.gov.tr/yurtdisinda-yasayan-turkler_tr.mfa 4 Eylül 2014
- http://www.newworldencyclopedia.org/entry/A._V._Dicey (Çevrimiçi) 2 Ağustos 2014
- <http://www.oecd.org/tax/treaties/oecdmtcavailableproducts.htm> (Çevrimiçi) 23 Ağustos 2014
- <http://www.oecd.org/tax/treaties/oecdmtcavailableproducts.htm> (Çevrimiçi) 1 Eylül 2014

- <http://www.state.gov/j/inl/rls/nrcrpt/2012/vol2/184110.htm> (Çevrimiçi) 28 Mayıs 2013
- <http://www.timothyrealestategroup.com/Puerto-Vallarta-Real-Estate-Sales/Buying-Property-in-Mexico.html> (Çevrimiçi) 26 Mayıs 2013
- <http://www.topmexicorealestate.com/faq-general.php#Q3> (Çevrimiçi) 26 Mayıs 2013
- <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/ikili.html> (Çevrimiçi) 28 Nisan 2014
- Mario Giuliano& Paul Largarde, “Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations”, Official Journal, 31/10/1980- 282 (Çevrimiçi)
[http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031\(01\):EN:HTML](http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031(01):EN:HTML) 27 Ekim 2013
- Max Weber, **Politics as a Vocation**, Free Students Union of Munich University, 1919, (Çevrimiçi) <http://anthropos-lab.net/wp/wp-content/uploads/2011/12/Weber-Politics-as-a-Vocation.pdf> , 24 Şubat 2013
- The ICC Rules of Arbitration, International Chamber of Commerce, 2012, (Çevrimiçi) <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration/#top> 9 Temmuz 2013
- Uniform Foreign Judgments Recognition Act, USA, 1986, (Çevrimiçi)
<http://www.uniformlaws.org/Act.aspx?title=Foreign%20Money%20Judgments%20Recognition%20Act> 21 Eylül 2013

DAVALAR

- 43 BGHZ 51, 55- 56 (1965)
- A.Ahlström Osakeyhtio v. Commission (Wood Pulp), Cases 89 785, 114/85, 116- 117/85, ECJ, 27 September 1988
- A.M. Luther Co. v. James Sagor & Co., (1921) 3 K.B. 532 (C.A.)
- Allen v. Lloyd’s of London, 94 F.3d 923 (4th Cir. 1996)
- American President Lines Ltd. v. China Mut. Trading Co., 37 Hong Kong L. Rep. 38 (Sup. Ct.)- 37Hong Kong L. Rep. 111 (Sup. Ct. (app.) 1953)

- Ammon v. Royal Dutch Company, Swiss Federal Tribunal, 2 February 1954
- Amtgericht Krefeld (F.R.G.), Sept. 24, 1980 (Çevrimiçi)
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/anno-art-39.html> 18 Şubat 2013
- Anderson v. N.V. Transandine Handelmaatschappij, 289 NY 9 (NY 1942)
- Antelope, The, 23 U.S. 66 (1825)
- Attorney General (U.K.) v. Wellington Newspapers Ltd. 1 N.Z.L.R. 129 (1988)
- Attorney General (UK) v. Heinemann Publishers Australia Pty. Ltd., 165 C.L.R. 30 (1988) (Austl.)
- Attorney General of Canada v. R.J. Reynolds Tobacco, 268 F.3d 103 (2d Cir. 2001)
- Attorney General of New Zealand v. Ortiz, 2 Lloyd's Rep.265 H.L. (1983)
- Attorney General v. Reid, (1993) 3 W.L.R. 1143 (U.K.P.C.2- 1 November 1993)
- Ayres v. Evans, 56 Fed.L.R. 235 (1981)
- Banco de Vizcaya v. don Alfonso de Borbon y Austria, (1935) 1 K.B. 140
- Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino, 376 U.S. 398 (1964)
- Bank Voor Handel En Scheepvaart N.V. v. Slatford, (1953) 1 Q.B. 248
- Bath v British and Malayan Trustees (1969) 90 WN (pt 1) (NSW) 44
- Belgium v. Albrecht & William Wannjin (1953) I.L.R. 28 (1954)
- Bernstein v. N.V. Nederlandsche- Amerikaansche, Stoomvaart- Maatschappij, 210 F.2d 375 (2d Cir. 1954)
- Bernstein v. Van Heyghen Freres Societe Anonyme, 163 F.2d 246 (2d Cir. 1947)
- Boosey & Hawkes Music Publishers, Ltd. v. Walt Disney Co., 145 F.3d 481 (2d Cir. 1998)
- Borax 34 BGHZ 169 (1960) (F.R.G)
- Borax 34 BGHZ 177 (1960) (F.R.G)-24.05.1962 Bundesgerichtshof (BGH), 15 NJW 1436 (1962) (F.R.G.)
- Boucher v. Lawson, 95 Eng. Rep. 53 (K.B. 1734)
- British Airways Board v. Laker Airways Ltd. (1984) QB 142

- *British Columbia v. Gilbertson*, 597 F.2d 1161; 1979 U.S. App. LEXIS 15993
- *British Nylon Spinners, Ltd. v. Imperial Chemical Industries Ltd.*, (1955) 1 Ch. 37 (1954)
- *Callejo v. Bancomer, S.A.*, 764 F.2d 1101 (5th Cir., 1985)
- *Capital Currency Exchange, N.V. v. National Westminster Bank PLC*, 155 F.3d 603 (2d Cir. 1998)- 526 U.S. 1067 (1999)
- *Casa della Cultura Ecuatoriana v. Danusso*, Trib. Torino, Mar. 25, 1982
- *Case of Lithgow and Others v. United Kingdom*, ECHR, Application 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81, Strasbourg, 8 July 1986
- *Chase Manhattan Bank v. Hoffman*, 665 F. Supp. 73 (1987)
- *City of Detroit v. Gould*, 146 N.E.2d 61 (Ill. 1957)
- *Commission of Taxes v. McFarland*, (1965) 1SA 470, 473 (Witwatersrand Local Div. 1964) (S. Afr.)
- *Compagnie Europeenne des Petroles S.A. v. Sensor Nederland B.V.* September 17, 1982, The Hague District Court- The Netherlands, 82/716 (Çevrimiçi)
- *Duffy v. Arnett*, 234 S.W.2d 722 (Ky. 1950)
- *Duke of Brunswick v. King of Hanover*, 2 H.L.C. 1-9 Eng. Rep. 993 (1848)
- *Emperor of Austria v. Day and Kossuth*, 45 Eng. Rep. 861 (1861)
- *Estate of Maldonado*, 1954 P. 223 (C.A.)
- *Folliott v. Ogden*, 1 H. Bl. 123-126 Eng. Rep. 75 (1789)
- *Foster v. Driscoll and Others*, (1929) 1 K.B. 470
- *Frankfurter v. W.L. Exner Ltd.*, (1947) 1 Ch. 629
- *Fruehauf Corp. v. Massardy*, Judgment of May 22, 1965, cour d'appel Paris, 5 I.L.M. 476 (1966)
- *Government of India v. Taylor* (1955) A.C. 491 (H.L.)
- *Hartford Fire Insurance Co. v. California* 509 U.S. 764 (1993)
- *Hilton v. Guyot* 159 U.S. 113 (1895)
- *Holman v. Johnson*, 98 Eng. Rep. 1120, 1121 (K.B. 1775)

- *Huntington v. Attrill*, (1893) A.C. 150 (P.C. 1892)
- *Huntington v. Attrill*, 146 U.S. 657 (1892)
- *Industrial Development Corporation v. Mitsui & Company*, 671 F.2d 876 (5th Cir. 1982)
- *Islamic Republic of Iran v. Pahlavi*, 62 N.Y.2d 474 (N.Y. 1984)
- *Itar- Tass Russian News Agency v. Russian Kurier, Inc.*, 153 F.3d 82 (2d Cir. 1998)
- *Joined Cases 9 & 10- 77, Bavaria Fluggesellschaft Schwabe and Germanair v. Eurocontrol*, (1977) E.C.R. 1517 (E.C.J.)
- Judgment of Apr. 30, 1985, Kammergericht (Berlin), 1985 IPR, 294, 298 (F.R.G.)
- *King of the Hellenes v. Brostrom*, 1923 16 Ll. L. Rep. 190- 193
- *Kingdom of Belgium v. E.M.J.C.H.* (1953) I.L.R. 26 (App The Hague, Aug. 2, 1953)
- *Kunstsammlungen zu Weimar v. Elicofon*, 536 F. Supp. 829 (Eastern District of NY 1981)- 678 Ct. App. F.2d 1150 (2d Cir. 1982)
- *Kuwait Airways Corp. v. Iraqi Airways Co.*, (2001) Lloyd's Rep. 161
- *Laker Airways Ltd. v. Pan American World Airways*, 604 F. Supp. 280 (1984)
- *Lazard Bros. & Co. v. Midland Bank*, 1933 A.C. 289
- *Libyan Arab Foreign Bank v. Bankers Trust Co.* (1986) L. No. 1567/ L No. 4048 Q.B. 26- I.L.M. 1600, 1603
- *Libyan Arab Foreign Bank v. Manufacturers Hanover Trust (No. 2)* (1989) 1 Lloyd's Rep. 608
- *London Film Productions, Ltd. v. Intercontinental Communications, Inc.*, 580 F. Supp. 47 (S.D.N.Y. 1984)
- *Lorentzen v. Lydden & Co.* (1942) 2 K.B. 202
- *LTU v. Eurocontrol*, 1976 E.C.J. 29/ 76, Judgment of the Court 16 December 1980, 14 October 1976, 1976 E.C.R. 01541
- *Lynch v. Provisional Government of Paraguay*, L.R 2 268 (1871)

- Matter of Hernandez in Deportation Proceedings, Interim Decision #2267, A-18950852, Decided by Board March 5, 1972 and October 2, 1973, Decided by Attorney General March 7, 1974
- Matter of Hernandez in Visa Petition Proceedings, Interim Decision #2050, A-19125723, Decided by Board June 26, 1970
- Matter of Tucker, 1988 Fleet St. R. 154 (Manx High Court)
- McIntyre Porcupine Mines Ltd. v. Hammond, 119 D.L.R. (3d) 139 (Ont. H.C. 175)
- Mexican Nat'l R.R. Co. v. Slater, 115 F. 593 (5th Cir. 1902), aff'd, 194 U.S. 120 (1904)
- Milwaukee County v. M. E. White Co. 296 U.S. s. 268 (1935)
- Mitsubishi v. Soler Chrysler- Plymouth, 473 U.S. 614 (1985)
- Moens v. Ahlers et al, Tribunal of Commerce Antwerp, 30 Rechtskundig Weekblad 360 (1966) (Belgium)
- Moore v. Mitchell, 30 F.2d 600, 65 A.L.R. 1354, Cir. Cour. App.,2d Cir.(1929)- 281 U.S. 18 (1930)
- Municipal Council of Sydney v. Bull, (1909) 1 K.B. 7
- Murray v. Ireland I.R. 532 (Ir. H. Ct.) (1985)
- Nanus Asia Co. & Anor v. Standard Chartered Bank , (1988) H.K.C. 377 (Hong Kong High Court)
- Netherlands v. Federal Reserve Bank, 201 F.2d 455 (2d Cir. 1953)
- Netherlands v. Ruffer, 1979 E.C.J. 814/ 79, Judgment of the Court 16 December 1980, 1980 E.C.R. 3807
- Nigerian Cultural Property 59 BGHZ 83 (1972) (F.R.G)
- Nippon Hodo Company v. United States, No. 479- 54, 160 F. Supp. 501 (1958)
- Norway's Application, 2 W.L.R. 477- 478
- Novello v. Hinrichsen Edition Ltd. (1951) 2 All E.R. 457
- O/Y Wasa Steamship Co. v. Newspaper Pulp& Wood Export Ltd. 82 Lloyd's List L. Rep. 936 (1949)
- Oetjen v. Cent. Leather Co., 246 U.S. 297 (1918)

- Ogden v. Folliott (1790) 3 T.R. 726- 100 Eng. Rep. 825 (K.B.)
- Oklahoma Tax. Commission v. Neely, 282 S.W.2d 150 (Ark. 1955)
- Old North State Breewing Co. v. Newlands Services Ltd., (1998), 58 B.CL.R. (3d) 144 (C.A.) (Canada)
- Oppenheimer v. Cattermole, (1976) App. Cas. 249 (H.L. 1975)
- Pennoyer v. Neff, 95 U.S. 714 (1878)
- Peter Buchanan Ltd. v. McVey (1954) I.R. 89, 106 (Ir. H. Ct. 1950), (1954) I.R. 110 (Ir. S.C. 1951)
- Phillips v. Eyre (1870) LR 6 Q.B. 1
- Planche v. Fletcher, 99 Eng. Rep. 164 (K.B. 1779)
- Priestley v. Clegg, 1985 3 S.A. 955
- Princess Paley Olga v. Weisz,(1929) 1 K.B. 718 (C.A.)
- QRS 1 Aps v. Fransden, (1999) 1 W.L.R 2169 (C.A.)
- Queen of Holland, The v. Drukker, (1928) L.R. 1 Ch. Div. 877
- Rafael v. Verelst, 96 Eng. Rep. 579 (K. B.) (1775)
- Raulin v. Fischer 2 K.B. 93 (1911)
- Regazzoni v. K.C. Sethia (1944) Ltd. (1956) 2 Q.B. 490
- Regierungspräsident Land Nordrhein Westfalen v. Rosenthal, 17 A.D. 2d 145, 232 N.Y.2d 963, 967 (1962)
- Regina v. Governor of Pentonville Prison, Ex parte Budlong 1 W.L.R. 1110 (Q.B. 1980)
- Republic of Haiti v. Duvalier, (1989) 2 W.L.R. 261 (C.A. 1988)
- Republic of Iraq v. First National City Bank, 353 F.2d 47 (2d Cir. 1965)- 382 U.S. 1027 (1966)
- Republic of Philippines v. Marcos (Marcos II), 862 F.2d. 1355 (9th Cir. 1988)
- Republic of Philippines v. Marcos, 806 F.2d. 344 (2d Cir. 1986)
- Reyes v. United States Attorney General, Mar. 17, 1970, Cass. Civ. 1970 Journal du Droit International 923, 929, 933, 936
- Ricaud v. American Metal Co., 246 U.S. 304, (1918)
- Rosencrantz v. Union Contractors Ltd., 23 D.L.R. (2d) 473 (1960)

- S.A. Consortium Gen. Textiles v. Sun & Sand Agencies 1 Q.B. 279 (1978)
- S.S. Lotus, The (Fr. v. Turk.), 1927 P.C.I.J. (ser. A.) No. 10 (Sep. 7.)
- Schemmer v. Property Resources Ltd., (1975) 1 Ch. 273
- SEC v. Cosby, (2000), No.C992041, (B.C.S.C.) (Canada)
- Sharif v. Azad (1967) 1 QB; (1966) All ER 785
- Stockton v. Ortiz, 47 Cal. App. 3d 183 (1975) 120 Cal. Rptr. 456
- Sumitomo Bank Ltd. v. Tahir (1993) 1 SLR 735, SGHC 301 (1992)
- Trade Practices Commission v. Australia Meat Holdings Pty Ltd., 83 A.L.R. 299 (1988)
- Underhill v. Hernandez, 168 U.S. 250 (1897)
- United States v. Belmont, 301 U.S. 324 (1937)
- United States v. Boots, 80F.3d 580 C.A., 1st Cir. (1996)
- United States v. Harden, (1963) S.C.R. 366, 1963 S.C.R. LEXIS 37 (Sup. Ct. Can.)
- United States v. Inkley, 1 Q. B. 255, 265 (C. A. 1988)
- United States v. La Jeune Eugenie, 26 F. Cas. 832- 849 (C.C.C. Mass, 1822)
- United States v. McRae, 1867 L.R.-Eq. 327 (C.A.)
- United States v. Nippon Papers Indus. Co. Ltd., 109 F.3d 1, Court Of Appeals 1st Cir. (1997)
- United States v. Peileau, 144 Rev. Rep. 264 (1865)
- United States v. Pink, 315 U.S. 203, 62 S. Ct. 552 (1942)
- United States v. The Amistad, 40 U.S. 518 (1841)
- United States v. Trapilo, 130 F.3d 547; 1997 U.S. App. LEXIS 34155
- United States v. Verdugo- Urquidez, 494 U.S. 259 (1990)
- Weir v. Lohr, (1967) 65 D.L.R. (2d) 717 (Man. Q.B. 1967)
- Williams & Humbert Ltd. v. W. & H. Trade Marks (Jersey) Ltd. [1986] A.C. 368, 428 (H.L. 1985)
- Wisconsin v. Pelican Ins. Co., 127 U.S. 265 (1888)
- Wolff v. Oxholm, 105 Eng. Rep. 1177 (K.B.) (1817)
- Wong v. Tenneco, Inc., (1985) 39 Cal. 3d 126 (216 Cal. Rptr 412, 702 P.2d 570)

ÖZGEÇMİŞ

İtir Aladağ Görentaş 1981 yılında İzmir’de doğmuştur. İlköğretimini Donanma İlkokulu- Kocaeli’de tamamladıktan sonra, Orta- Lise eğitimini Gölcük Anadolu Lisesi’nde almıştır. 2003 yılında Uludağ Üniversitesi Uluslararası İlişkiler Bölümü’nden mezun olmuş, 2004 yılında Kocaeli Üniversitesi’nde araştırma görevlisi olarak çalışmaya başlamıştır. 2006 yılında Prof. Dr. Samir Salha ile çalıştığı “Devletler Hukuku Bağlamında Halefiyet Sorunu (SSCB Örneği)” başlıklı yüksek lisans tezini yine Kocaeli Üniversitesi’nde tamamlamıştır. 2007 yılında İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilimdalı’nda başladığı doktora eğitimini, Prof. Dr. Rauf Versan danışmanlığında yazmakta olduğu “Ulusal Mahkemeler Önünde Yabancı Kamu Hukukunun Uluslararası Hukuk Bakımından Konumu” başlıklı doktora tezini savunarak 2014 yılında tamamlaması planlanmaktadır. İtir Aladağ Görentaş’ın uluslararası hukuk ve insan hakları hukuku alanında uluslararası tebliğ ve makaleleri bulunmakta, ileri seviyede İngilizce ve orta seviyede Almanca bilmektedir.