

AÇIK DENİZLERİN SERBESTLİĞİ , GEMİLERİN UYRUKLUĞU VE BAYRAK DEVLETİ MÜNHASIR YARGI YETKİSİ ARASINDAKİ İLİŞKİNİN TEAMÜL HUKUKU, KONVANSİYONLAR VE MAHKEME KARARLARI IŞIĞINDA İNCELENMESİ

Sinan MİSİLİ*

ÖZET

Günümüzde dünya ticaretinin önemli bir kısmı deniz yoluyla gerçekleşmektedir. Denizlerin var olan önemi onun en büyük alanını oluşturan açık denizleri daha da önemli hale getirmektedir. Açık denizler, hem teamül hukuku ve hem de konvansiyonlar ile hukuki bir rejim teşkil etmektedir. Bu hukuki rejim içinde gemilerin uyrukluğu ve bayrak devleti münhasır yargı yetkisi ilkeleri de yer almaktadır. Açık denizlerin hukuki rejimi ise esasen açık denizlerin serbestliği ilkesine dayanmaktadır. Bu ilkelerin ortaya çıkmasından günümüze kadar olan süreçleri ise önce teamül hukukunda sonra konvansiyonlarda yer almaları ile olmuştur. Bu ilkeler uluslararası ve ulusal önemli mahkeme kararları ile de uluslararası deniz hukukunun ayrılmaz birer parçaları olmuşlardır. Teamül hukuku, konvansiyonlar ve mahkeme kararlarının ortak sonucu şu görüşümüzü ortaya çıkarmıştır: Açık denizlerin serbestliği ilkesi, gemilerin uyrukluğu ve bayrak devletinin münhasır yargı yetkisi arasında adeta bir neden sonuç ilişkisi vardır.

Anahtar Kelimeler: Açık Deniz, Açık Denizlerin Serbestliği, Gemilerin Uyrukluğu, Bayrak Devleti, Münhasır Yargı Yetkisi.

EXAMINATION OF THE RELATIONSHIP BETWEEN THE FREEDOM OF THE HIGH SEAS, NATIONALITY OF SHIPS AND FLAG STATE'S EXCLUSIVE JURISDICTION, IN THE LIGHT OF CUSTOMARY LAW, CONVENTIONS AND THE COURT RULINGS

ABSTRACT

Nowaday, substantial part of the the world trade materialized by seaway. Current importance of seas makes even more important the high seas which constitute the biggest part of it. The high seas form a legal regime by customary law and conventions. Nationality of ships and flag state's exclusive jurisdiction principles are also among this legal regime. The legal regime of high seas actually based on the freedom of the high seas principle. The period from coming out of these principles

* Arş. Gör., Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü(LL.M)(sinan-misili@gmail.com).

to present day has been firstly within the customary law and later in the conventions. These principles are now part of the international sea law by important international and national court rulings. The joint outcome of customary law, conventions and court rulings form our view as: So to say, there is a cause and effect relationship between the principles of freedom of the high seas, nationality of the ships and flag state's exclusive jurisdiction.

Keywords: *High Seas, Freedom of the High Seas, Nationality of the Ships, Flag State, Exclusive Jurisdiction.*

GİRİŞ

Denizlerin güvenlik tehditlerine neden olabilmesi, devletlerin paylaşmak zorunda kaldığı birer besin kaynağı ve uluslararası ticaret yolu olması sebepleri ile hem devletlerin çıkarları ve hem de insanoğlunun refahı için kritik konumda olduğu bir gerçektir¹. ‘Uluslararası ticaretin %90’ı deniz yoluyla olurken ve gelişen dünyanın protein ihtiyacının %40’ı denizlerden gelirken, aynı zamanda yasak maddelerin ve yasadışı göçmen ticaretinin, kaçakçılığın da deniz yoluyla gerçekleştirildiği ve gemilerin denizde saldırıya da açık olması halleri²’ birlikte düşünüldüğünde denizlerin önemi ortaya çıkmaktadır.

20. Yüzyılın ikinci yarısındaki denizlerde balıkçılık ve seyir sıklığındaki muazzam artış ve denizlerin dünyamızın iklimsel özelliklerini doğrudan etkileyen özelliği³ de hesaba katıldığında denizlerin yasal anlamda düzenlenmesi gerektiği açıktır. Diğer yandan devletlerin deniz aktivitelerini yerine getirirken rekabet halindeki ihtiyaçlarının ortak bir paydaya sokulması ve bunun bir parçası olarak hukuksuz ve istenmeyen aktiviteleri önleyebilecek düzenli bir yargılama sistemi kurulması⁴ gerekliliği de ortaya çıkmaktadır.

Denizlerde kaos olmaması, bir düzen olması gerekliliği uzun zamandır milletler cemiyetinin bir konusudur. Denizler üzerinde bir düzen kurulması önce uluslararası gelenek(teamül) hukukunda gelişmiştir. Daha sonra ise, 20. yüzyıldan itibaren çeşitli konvansiyonlar imzalanmıştır. Denizlerin en büyük alanını oluşturan açık denizler hakkında teamül hukuku yüzyıllardır vardır.

¹ GUILFOYLE, Douglas, ‘Shipping Interdiction and the Law of the Sea, Cambridge University Press, 2011, s.3.

² Ibid.

³ BROWN, E.D. ‘The International Law of The Sea Vol.1 Introductory Manual, Dartmouth 1994, s.277.

⁴ GUILFOYLE, s.4.

Yerleşmiş teamül hukuku bazı değişiklikler ile konvansiyonlar sayesinde günümüze kadar gelmiştir. Açık denizlerin hukuki rejimini belirleyen ana ilkeler; açık denizlerin serbestliği ile gemilerin uyrukluğu ve bayrak devletinin münhasır yargı yetkisi ilkeleridir.

Biz çalışmamızda açık denizlerin serbestliği ilkesi ile gemilerin uyrukluğu ve bayrak devleti münhasır yargı yetkisi ilkeleri arasındaki ilişkiyi, birbirlerine etkilerini ve bu etkilerin sonuçlarını inceleyeceğiz. Bu ilişkiyi açıklarken, açık deniz rejimini, bayrak devleti münhasır yargı yetkisi ilkesini ve gemilerin uyrukluğunu ve bunlarla bağlantılı diğer konuları da, teamül hukuku, uluslararası konvansiyonlar ve ulusal-uluslararası mahkeme kararları ile birlikte ortaya koymaya çalışacağız.

I. İLKELER

Geleneksel anlamda uluslararası deniz hukukunun iki ana prensibi denizlerin serbestliği ilkesi ile egemenlik ilkesidir⁵. Uluslararası deniz hukukunun diğer bir önemli prensibi ise tüm devletlerin eşit olduğudur⁶. Devletler egemen ve eşittir. Bu egemen ve eşit olma hali açık deniz alanının kullanılmasındaki usullerin belirlenmesinde eşit iki belirleyici ana güçtür. 20. Yüzyılın ikinci çeyreğinin başında *Lotus v. Bozkurt* davasında yargıç Moore; ‘Tüm bağımsız devletlerin eşitliği prensibi gereği, tüm devletlerin denizlerin hukukun ayrılmamış kısımlarında serbestçe seyrüsefer için kullanma hakkı olduğu gibi, hiçbir devletin diğer bir devlete barış zamanında korsanlık ve meşru savunma haricinde müdahale de bulunamayacağını’⁷ ifade etmekteydi. Bu açıklamanın ortaya koyduğu iki önemli çıkarım söz konusudur; ilk olarak denizde devletlerin eşitliğinin açık deniz ilkesini ortaya çıkarması ve ikinci olarak da hiçbir devletin diğer bir devlet üzerinde açık denizde yargılama hakkının olmamasıdır⁸.

Hukuki bir rejimi ifade eden açık deniz ilkesi, serbest kullanım prensibi ve bayrak devletinin münhasır yargılama hakkı ile karakterize edilmektedir⁹. Hiçbir devletin açık denizde bir mülkiyeti ve yargılama hakkının tek başına

⁵ TANAKA, Yoshifumi, *The International Law of The Sea*, Cambridge University Press, 2012, s. 16.

⁶ SINGH, Nagendra, *International Law Problems of Merchant Shipping*, Collected Course of The Hague Academy of International Law, Vol. 107, Martinus Nijhoff Publishers, 1962, s. 15.

⁷ http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/35_Lotus_Opinion_Moore.pdf, s. 69 (erişim 14.11.2013)

⁸ SINGH, s. 17-18.

⁹ CHURCHILL, R.R./LOWE, A.V., *The Law of The Sea*, Juris Publishing, 1999, s. 203.

olamayacağı anlayışını, hiç bir devletin başka devletin gemisinin seyrini engelleyemeyeceği anlayışı takip eder¹⁰. Bu nedenlerle açık deniz ilkesi, açık denizlerin serbestliği ilkesi olarak ifade edilir ve açık denizlerin hukuki rejimini oluşturur. Bu ilke uluslararası hukukunun temel prensiplerinden biri olarak kabul edilmektedir¹¹.

Açık denizlerin serbestliği ilkesi bölge denizi ve iç sular haricinde kalan deniz alanına, denize kıyısı olmayan ülkelerde dahil olmak üzere tüm ülkelere ait gemilere sınırsız giriş imkanı sağlasa da, sınırsız anlamda açık denizin kullanılması imkanının bir kaos yaratmaması ve kötüye kullanılmaması adına bu serbestliğin işleyişi hakkında uluslararası hukuk kurallar koymuş ve her bir devletin buna uymasına ve kendi gemilerinin uymasını sağlamasına ilişkin bir düzen getirmiştir¹². Gemilerin üzerinde bu şekilde kurallar koyulması halinde bunların uygulanması için bir yargılama hakkı ve ihtiyacını beraberinde getirir ki, gemiler üzerinde yargılama hakkı bir münhasır yargı yetkisi olarak her devletin yalnız kendi gemisi üzerinde olması anlayışı ile belirlenmiştir¹³. Her devletin kendi gemisi ifadesi ise; tabiyet ilişkisi anlamında devlet ile kendine ait kabul ve iddia ettiği gemi arasında bir uyruklu bağlantısı ile sağlanır. Bu açılardan açık denizlerin serbestliği ilkesi yanında, uluslararası deniz hukukun ana özelliklerinden biri de her geminin bir uyrukluğunun olması¹⁴ gerekliliği ve bayrak devleti münhasır yargı yetkisinin tanınmasıdır¹⁵. Diğer yandan son iki özellik aynı zamanda açık deniz serbestliği ilkesi kapsamına da dahil olan özelliklerdir¹⁶.

¹⁰ Ibid.,s.205.

¹¹ COLES,Richard /WATT Edward,Ship Registration Law and Practice,2nd. Edt.,Informa,London 2009,s.1.

¹² Ibid.

¹³ Ibid.

¹⁴ MATLIN,David F., Re-evaluating the Status of Flags of Convenience under Internatioanl LawVanderbilt Journal of Transnational Law,Vol.23,1990-1991,s.1021.

¹⁵ GOODMAN,Camille, The Regime For Flag State Responsibility in Internatioanl Fisheries Law- Effective Fact, Creative Fiction,Or Further Work Required, Vol.23, A&NZ Mar.Lj 2009,s.159.

¹⁶ ANDERSON III.,H.Edwin,The Nationality of Ships and Flags of Convenience:Economics,Politics, and Alternatives, Tulane Maritime Law Journal,Vol.21,s.139,1996-1997.,s.140(ANDERSON).

II. AÇIK DENİZ VE AÇIK DENİZLERİN SERBESTLİĞİ İLKESİ

A.Açık Deniz İlkesi Kavramı

Açık denizlerin tüm ülkelere açık olduğunu, hiçbir ülkenin geçerli olarak açık denizin bir parçası üzerinde egemenlik kuramayacağını ifade eden¹⁷ ve uluslararası hukukun temel taşlarından biri olarak kabul edilen açık deniz ilkesi görüşü teamül hukukun yasalaşmış bir hali olmasına rağmen 15. yüzyılda kabul edilmemekteydi¹⁸. 17. Yüzyılda ise *Grotius*, yazdığı *Mare Liberum*'u¹⁹ yayımlaması ile açık deniz ilkesinden yana olan görüş ile ona karşı olan, örneğin İtalyan yazar *Gentili*'nin görüşleri ve İngiliz yazar *Selden* tarafından yazılan *Mare Clausum seu de dominio maris* ile açık deniz aleyhinde beliren görüş arasındaki akademik savaş, açık deniz ilkesinden yana olanların galip gelmesi ile sona ermiş ve açık denizlerin serbestliği ilkesi 18. yüzyılda tam anlamı ile hukuk literatürüne yerleşmiştir²⁰. Böylelikle 16 ve 17. yüzyılda ileri sürülen kapalı deniz doktrini yıkılmıştır²¹. Açık deniz ilkesinin hakim olmasının nedenleri olarak, deniz ötesine seyahatte ve koloni ticaretinde denizde seyrüsefer serbestliğinin öneminin artması ve donanmaların teknolojik anlamda gelişerek açık denizde devletlere egemenlik iddia etmeye gerek bırakmaması gösterilmektedir²². Bunların sonucunda önce açık denizlerin geleneksel hukukta yasal bir rejim olarak tanınması ve hemen ardından da 20. Yüzyılda uluslararası konvansiyonlarla bu rejimin uluslararası hukuk anlamında yasalaşması izlemiştir. Yapılan bilimsel incelemere göre ise, açık deniz seyrüsefer serbestliği antik çağlara kadar gitmektedir²³.

¹⁷ KURAN,Selami, Uluslararası Deniz Hukuku,2.bası,Ocak 2008,s.237.

¹⁸ CHURCHILL/LOWE,s.204.

¹⁹ *Grotius*'un açık deniz ilkesini ileri sürme sebebi, Hollanda'nın Doğu Hindistan ticaretine girebilmesini sağlamak içindir. Ve ileri sürdüğü sebepler, modern hukuk sebeplerinden hayli farklı olarak, tanrı, doğal yasalar, Roma Hukukuna ve şairler, filozoflar ve diğer hukukçulardan aldığı pasaj ve fikirlere dayanır, bkz. SOHN,Louis B./NOYES,John E.,Cases and Materials on the Law of the Sea,2004,s.47, *Grotius*'un yazdığı kitap için bkz.Hugo Grotius,*The Freedom of the Seas*(1633),Ralph van Deman Magoffin trans&James Brown Scott ed.,1916,reprinted 2001(aktaran SOHN/NOYES,s.46).

²⁰ CHURCHILL/LOWE,s.204-205, SOHN/NOYES,s.43.

²¹ McCORQUODALE,Robert/DIXON,Martin, Cases and Materials on International Law,4th edt.,Oxford University Press,2003,s.389.

²² CHURCHILL/LOWE,s.389.

²³ OPPENHEIM,L. ,International Law A Treatise,Vol.1 Peace,3rd. Edt. edited by Ronald F. Roxburgh, The Lawbook Exchange Ltd.,Clark New Jersey 2005,s.407.

Açık deniz ilkesi dünya kamuoyu yönünden büyük önem arz ettiği için hem teamül hukukuna, hem uluslararası sözleşmelere ve hem de yargı kararlarına girmiştir²⁴. Uluslararası teamül hukukunda kabul edilen açık deniz ilkesi ilk olarak 29 Nisan 1958 tarihinde kabul edilen Cenevre Deniz Hukuku Konvansiyonu(Cenevre Konvansiyonu)²⁵ ile uluslararası bir hukuksal metne girmiştir. Konvansiyonun 2. maddesine göre ‘Açık denizler tüm ülkelere açık olup, hiçbir devlet açık denizin herhangi bir parçasında egemenlik iddia edemez’. Konvansiyona göre açık deniz üzerindeki egemenlik iddiaları geçersizdir²⁶. İkinci uluslararası hukuksal metin ise 16 Kasım 1994 tarihinde yürürlüğe giren, 1982 tarihli Birleşmiş Milletler²⁷ Deniz Hukuku Konvansiyonudur(1982 Tarihli Konvansiyon). Bu konvansiyon açık deniz tanımını Cenevre Konvansiyonu aksine yapmamıştır. 1982 tarihli Konvansiyonun 7. Bölümü açık denizler rejimi hakkındadır ve 87. maddesine göre ‘Açık denizler ister denize kıyısı olsun ister olmasın tüm devletlere açıktır’. 89. maddesine göre de ‘Hiçbir devlet açık denizin bir kısmı üzerinde geçerli olarak egemenlik iddia edemez’.

Her iki hukuksal metin de geleneksel olarak kabul edilen, açık denizlerin hiçbir devlete ait olamayacağı veya bir kısmında dahi egemenlik kurulmasını milletler topluluğunun tanımayacağı prensibini ilan etmektedir. Bu ilan teamül hukukunun tam bir yansıması olsa da, hiçbir devletin açık denizde egemenlik kuramaması ile aşağıda inceleyeceğimiz üzere devletlerin bazı yargılama haklarını ileri sürebilmeleri birbirinden ayrılmalıdır²⁸. Tekrar ifade edelim ki, açık deniz ilkesi her iki konvansiyondan önce de deniz hukukunda kabul edilen bir teamül hukuku halinde zaten vardı²⁹. Örneğin 1927 tarihli *Maul v. United States* ³⁰ davasında Amerikan Yüksek Mahkemesi ‘Açık denizler tüm devletlerin ortak malı olup, hiçbir devlet hariç tutulamaz’ derken, var olan teamül hukukuna işaret etmekteydi.

²⁴ McCORQUODALE /DIXON,s.348.

²⁵ 1958 Geneva Convention on the Law of the Sea, metin için bkz. <http://legal.un.org/avl/ha/gclos/gclos.html> (erişim 28.11.2013).

²⁶ KURAN,s.237.

²⁷ United Nations Convention on the Law of the Sea, metin için bkz. <http://legal.un.org/avl/ha/unclos/unclos.html> erişim 28.11.2013, 1958. Cenevre Konvansiyonu halen bazı ülkeler açısından yürürlükte bulunsa da, 1982 Konvansiyonu ve diğer teamül hukukunun Cenevre Konvansiyonun yerini aldığı belirtilmektedir, bkz. McCORQUODALE /DIXON,s.348.

²⁸ ROTHWELL,Donald R./STEPHENS,Tim,The International Law of the Sea,2011,s.155.

²⁹ Açık deniz rejiminin temelini teamül hukuku oluşturmaktadır,bkz.KURAN,s.238.

³⁰ U.S. Supreme Court,274 U.S. 501(1927),s.511. Karar için bkz. <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=274&invol=501>(erişim 18.11.2013).

B. Açık Deniz Alanı

Her iki konvansiyon da açık deniz alanını farklı belirlemiştir. Cenevre Konvansiyonu 1. maddesine göre ‘Açık deniz bir devletin karasuları ve iç suları haricinde denizin kalan kısmına’ denmektedir. Oysa 1982 tarihli Konvansiyon açık deniz tanımını doğrudan yapmaktan kaçınarak³¹ md. 86 ile şöyle bir ifade de bulunmuştur; ‘İş bu sözleşmenin bu bölümü(açık deniz), bir devletin ekonomik bölgesi, iç suları veya karasuları haricinde ve takımda devletlerinin takımda suları hariç kısmına uygulanır.’ 1982 Tarihli Konvansiyon’da devletlerin ekonomik bölge ilan etmelerine müsaade edilerek, açık deniz alanı aleyhine kıyı devletlerinin kısmi egemenlik alanı genişletilmiştir³².

Her iki Konvansiyonu karşılaştırmak gerekirse, 1982 tarihli Konvansiyon ile her ne kadar açık denizdeki seyrüsefer serbestliğinin bir kısmı ekonomik bölgede de sürdürülebilirse de³³, ekonomik bölgenin kıyıdan 200 mile kadar olduğu hesap edildiğinde, Cenevre Konvansiyonu’na göre kıyı devletinin egemenlik hak ve yetkisi ile seyrüsefer serbestliği arasındaki denge önceki lehine değişmiştir³⁴. Bu Konvansiyon ile ekonomik bölge ilan eden kıyı devletinde açık deniz 200 milden sonra başlar ve ekonomik bölge ilanının kabulü ile bazı açık deniz serbestliğinin sağladığı haklar kaybolmuştur³⁵. Örneğin açık denizdeki balıkçılık imkanı artık ekonomik bölge alanında olamamakta, ancak ekonomik bölgede kıyı devletinin haklarını düzenleyen md. 56 dikkatle incelendiğinde açık denizlerde serbestlik ilkesinin sağladığı bazı temel haklar ekonomik bölgede de devam ettirilebilmektedir³⁶.

Açık deniz kavramının genişliği ve darlığı, diğer bir ifade ile açık denizin kıyı devleti aleyhine veya lehine olan büyüklüğü, çoğunlukla idolojik ve politik temelli bir aracın parçası olmuş, dönemin güçlü devlet veya devletlerinin konumuna göre şekillenmiştir. Örneğin 19. yüzyıl ile kolonilerin kaybedilmeye başlandığı ikinci dünya savaşına kadar açık deniz

³¹ Bunun sebebi Amerika dahil büyük denizci devletlerin, kıyı devletinin bazı özel haklarına tabi olarak ekonomik bölgeyi açık deniz içerisinde görmelerine karşın, diğer devletlerin ekonomik bölge alanını seyrüsefer serbestliğinin ve üzerinden uçuşun serbest olduğu, ancak açık denize dahil olmayan ve kıyı devletine tabi özel bir bölge olarak görmeleri tartışmalarının etkili olmasıdır,bkz.SOHN/NOYES,s.45.

³² Münhasır Ekonomik Bölge ve anlamı için bkz. 1982 Tarihli Konvansiyon md.55-75.

³³ Bkz.1982 tarihli Konvansiyon md.56, SOHN/NOYES,s.45.

³⁴ BROWN,s.278.

³⁵ ROTHWELL/STEPHENS,s.149 ve 155.

³⁶ Ibid.,s.154.

ilkesi kıyı devleti aleyhine olarak tam oluşmuş bir kural iken, ki bu görüş 1958 tarihli konvansiyona da yansımıştır, özellikle 1960’lardan sonra ise açık deniz ilkesinin ekonomik, politik ve idolojik faktörlerle önemi değişmiştir. Bu fikirleri dikkate alan *Brown*’a göre halen açık deniz ilkesinin uluslararası hukukun temel kurallarından biri olup olmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır³⁷. *Brown*’ın böyle düşünmesinin temel sebebi 1958 tarihli konvansiyondan sonra imzalanan ikinci konvansiyonda açık deniz alanının kıyı devleti lehine daraltılmasıdır. Hemen ifade edelim ki, biz *Brown*’a katılmıyor ve açık deniz alanının daraltılmış olmasına rağmen, uluslararası hukukun temel prensiplerinden biri olmaya devam ettiğini kabul ediyoruz. Bu ilke sayesinde hem açık denizde kaos önlenmekte ve hem de aşağıda ifade edeceğimiz gibi gemilerin yasal bir yere bağlantısı sağlanarak hem deniz-doğa güvenliği ve hemde bireylerin-devletlerin güvenliği sağlanmaktadır. Kaldı ki, 20. Yüzyılın ikinci yarısının sonlarında gelişen ve kıyı devletinin egemenlik alanının artması ile sonuçlanan anlayışa rağmen, halen denizlerin %71’i açık deniz alanındadır³⁸.

C.Açık Deniz İlkesi Serbestlikleri

Açık denizlerin serbestliği ilkesi sadece seyrüsefer serbestliğinden ibaret olmayıp 1982 tarihli Konvansiyon’da iki tane daha fazla olmak üzere, her iki konvansiyonda da ve fakat sınırlı sayı ilkesine tabi olmadan³⁹ çeşitli açık deniz serbestlikleri ayrı ayrı belirtilmiştir. Konvansiyonlarda sayılan açık deniz serbestlikleri şunlardır; seyrüsefer serbestliği, balıkçılık serbestliği, deniz altına kablo ve boru döşeme serbestliği, açık deniz üzerinden uçuş serbestliği(bkz.Cenevre Konvansiyonu md.2.1.2.3 ve 4, 1982 Konvansiyonu md.87/1.a.b.c.ve e.) ve ‘yapay adalar inşası ve bilimsel araştırmalar yapabilmek(bkz.1982 Konvansiyonu md.87.1.d ve f).

Belirtelim ki bu serbestlikler sınırsız şekilde kullanılamazlar. Nitekim Cenevre Konvansiyonu md.2/2 ve 1982 tarihli Konvansiyon md.87.2’ye göre

³⁷ BROWN,s.278.

³⁸ SOHN/NOYES,s.43.

³⁹ ROTHWELL/STEPHENS,s.155(Her iki konvansiyonda da, ‘diğerleri arasında ve yanı sıra anlamına.’ gelen *inter alia* kelimesi kullanılmıştır.Yazarlar bu nedenle diğer devletlerin serbestlikten yararlanmasını engellemeyecek şekilde, askeri tatbikat veya silah denemesinin açık denizde yapılabileceğini kabul etmektedir.), aynı görüşte bkz. SOHN/NOYES,s.57,*Inter alia* kelimesi kullanıldığı için hükümlerde yer almayan başka serbestliklerinde eklenebileceği konusunda aynı görüşte bkz.,TANAKA,s.151, İfade edelim ki biz de yazarların görüşüne katılıyor ve konvansiyonlarda sayılan serbestliklerin sınırlı sayıda olmadığını ve kıyas yoluyla benzerlerinin de belirlenebileceğini kabul ediyoruz.

‘Burada sayılan açık deniz serbestliklerinden yararlanan her devlet bunu yaparken diğer devletlerin çıkarlarına makul ölçüde uygun davranacaktır’. Bu maddelerde sayılan serbestlikler ve yine maddelerde sayılanlara kıyas yapılarak bulunabilecek olan açık deniz serbestliklerinin sınırsız bir özgürlük anlamında değil, başka ülkelerinde haklarına ve çıkarlarına makul ölçüde saygı göstererek uygulanması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Makul olma ölçüsü her olay açısından ayrı değerlendirilebilecek bir olgudur. Örneğin yer altından kablo döşeyen ülkeler, daha önceden açık denizin tabanında kablo döşemiş olan ülkelerin kablolarının ne yerlerini değiştirebilir ne de kaldırabilir. Veya sadece kendisinin o açık deniz tabanında kablo geçirebileceğini de iddia edemezler. Sayılan serbestliklerin bir diğer sınırı da, 1982 tarihli Konvansiyon md.88’e göre barışçıl amaçlı olmaları çizer. Yani bu serbestlikler ancak barışçıl amaçlar⁴⁰ için kullanılabilir. Son olarak belirtelim ki, açık deniz rejiminde seyrüsefer serbestliği sadece gemilere tanınmış olup kişilere ait değildir⁴¹.

III. BAYRAK DEVLETİ MÜNHASIR YARGI YETKİSİ VE GEMİLERİN UYRUKLUĞU

A.Genel Olarak

Açık denizlerin serbestliği ilkesi gereği, hiçbir devletin açık deniz üzerinde egemenliği olamayacağı gibi, hiçbir devletinde açık deniz üzerinde idari, polisiye ve hukuki yetkisi, kısaca yargı yetkisi de yoktur⁴². Hiçbir devlete ait olmadığı için yine hiçbir devlet açık denizin bir parçasını işgal edemez⁴³. Açık denizin hiçbir devletin egemenliğinde olmaması, herhangi bir devletin burada bir yargı yetkisi veya imtiyazının olmaması⁴⁴, onu devletler hukukunun bir parçası olmaktan çıkarmaz⁴⁵. Açık denizin hiçbir devlete ait olmamasının açık denizi bir anarşi alanı haline çevirmemesi için⁴⁶ geleneksel

⁴⁰ 1982 tarihli Konvansiyon md.88’de yer alan barışçıl amaçlar ifadesinin , 1982 tarihli Konvansiyonun önceki konvansiyonlara göre daha ayrıntılı deniz çevresi ve kaynaklarını korumaya yönelik olması dolayısı ile, denizde deniz çevresine ve canlılara zarar verebilecek askeri faaliyetleri;örneğin nükleer silahların kullanılması vb. gibi yasakladığı ifade edilmektedir, bkz.KURAN, s.239-240.

⁴¹ BENNETT,Allyson, That Sinking Feeling, Stateless Ships,Universal Jurisdiction, and the Drug Trafficking Vessel Interdiction Act, The Yale Journal of International Law,Vol.37,s.439.

⁴² SINGH,s.23,BROWN,s.287.

⁴³ OPPENHEIM,s.415.

⁴⁴ ROTHWELL/STEPHANS,s.149.

⁴⁵ OPPENHEIM,s.416.

⁴⁶ SINGH,s.19-20.

uluslararası hukuk(teamül hukuku) belli bazı kurallar koymuştur⁴⁷. Teamül hukukunu uluslararası konvansiyonlar izlemiş ve teyit etmişlerdir.

Açık deniz serbestliği ilkesinin en önemli özelliklerinden biri her devletin ulusal ve uluslararası hukuka uygun olmak üzere, bir gemiye kendi uyrukluğunu verebilmesi hakkıdır⁴⁸. Bu sadece bir hak olarak da ifade edilemez. Uluslararası hukukta gemilerin varlığını kanıtlaması için bir uyrukluğunun olması şartı konusunda genel bir anlaşma söz konusudur⁴⁹. Diğer bir ifadeyle uluslararası hukuk açık denizlerde seyreden tüm gemilerin bir ulusal kimliklerinin olmasını şart koşmaktadır⁵⁰. Kısaca gemilere devletlerin uyrukluğunu bahşetmesi, devletler yönünden hem bir hak ve hemde bir görevdir. Uyrukluğunu gemiye bahşetmiş olan devlet artık uluslararası hukuk karşısında bayrak devleti olarak ifade edilir.

Bir geminin uyrukluğa kazanmasının iki önemli sonucu bulunmaktadır⁵¹. İlki, uyrukluğunu gemiye bahşeden bayrak devletinin, açık denizde o gemi üzerinde münhasır yargı yetkisi ve yargılama hakkına kavuşmasıdır⁵². Bu prensibin açık deniz serbestliği ilkesinin zımnı bir sonucu olduğu⁵³ ve açık deniz serbestliği ilkesinin önemli bir prensibi⁵⁴ olduğu haklı olarak ifade edilmektedir. Böylelikle hiçbir devletin açık deniz üzerinde egemenliği ve yargı yetkisi olmamasının yarattığı hukuki boşluk doldurulmuş olur. Doğal olarak hiçbir devletin açık deniz üzerinde, kendi bayrağını taşıyan ve uyrukluğunda olan gemiler, içindeki eşyalar ve insanlar üzerindeki yargı yetkisi hariç, yargı yetkisinin olmadığı sonucu da ortaya çıkar⁵⁵. Dolayısıyla, açık deniz rejiminde, açık denizdeki hukuki boşluğun doldurulması ve anarşinin önlenmesi için, açık denizde seyreden bir gemi üzerindeki yargılama hakkı ve yargı yetkisinin sadece geminin bağlı olduğu devlete ait olduğu belirlenmiş⁵⁶ ve bayrak devletine verilmiş olan yargı yetkisi böylece münhasır bir özellik kazanmıştır.

⁴⁷ OPPENHEIM,s.416,COLES/WATT,s.1.

⁴⁸ ANDERSON,S.140.

⁴⁹ ÖZÇAYIR,Oya, Port State Control,2nd. edt,LLP,2004,s.8.

⁵⁰ GOLDREIN QC,Iain/HANNAFORD,Matt/TURNER,Paul, Ship Sale and Purchase,4th. edt.,Informa Law 2003,s.11.

⁵¹ ANDERSON ,s.140.

⁵² CHURCHILL/LOWE,s.257.

⁵³ ÖZÇAYIR,s.65.

⁵⁴ Ibid.,s.74.

⁵⁵ SINGH,s.24.

⁵⁶ ODEKE,Adumuni,Bareboat Charter(Ship)Registration,Kluwer Law International,1998,s.16.

Açık denizdeki hukuk boşluğunu doldurmak için geliştirilen bayrak devleti münhasır yargı yetkisinin sağlanması için de açık denizde seyreden her geminin ulusal bir kimlik taşıması zorunludur⁵⁷. Açık denizlerin serbestliği ilkesinin sağlanması için, gemiler belli bir devletin otoritesi altında olmalıdır⁵⁸. Gemiye uyrakluğun verilmesi denizde kamu düzeninin sağlanması konusunda en önemli araçlardan birisidir⁵⁹. Gemilerin bir uyrakluğunun olmasının aranmaması halinde açık denizlerde uygulanan düzen yerine getirilemez⁶⁰. Gemilerin uyrakluğunun sağlanması sayesinde açık denizlerin serbestliği ilkesi kabul edilmiştir⁶¹. Sonuç olarak gemilerin açık denizlerde serbestçe hareket edebilmesi için ulusal bir kimliğe sahip olması gerektiği açıktır⁶². Böylelikle açık deniz, uyrakluk ve yargı yetkisi konularında açık bir ilişki ortaya çıkar. Adeta her bir müessese arasında bir neden sonuç ilişkisi belirlemektedir.

Gemilerin uyrakluğunun olması zorunluluğunun ikinci sonucu olarak da bağlı olduğu bayrak devletinin ulusal ve uluslararası hukukun deniz kirliliği, gemi inşası, gemi yönetimi ve gemi mürettebatı ile ilgili koyduğu düzenlemelere uyum sağlama yükümlülüğü doğurması ve bayrak devletinin o gemiyi koruma hakkı elde etmesidir⁶³. Kısaca geminin uyrakluğu onun hangi haklara ve borçlara sahip olduğunu da belirler⁶⁴. Gemiye diplomatik koruma hakkı ise, hangi devletin o gemiyi diplomatik koruma altına alma hakkına sahip olduğu hakkında olup, diplomatik koruma hakkı o gemi hangi devletin uyrakluğunda ise o devlete aittir⁶⁵.

B.Bayrak Devleti Münhasır Yargı Yetkisinin Özellikleri

Bayrak devletinin münhasır yargı yetkisinin özelliklerini açıklamadan önce uluslararası hukuka göre yargı yetkisinin ne anlama geldiğini belirlemede fayda vardır. Uluslararası hukuka göre yargı yetkisi, devletlerin kişiler ve mülkler üzerinde kendi ulusal hukuklarına göre kendi ulusal hukuk kurallarına

⁵⁷ COLES/WATT,s.1.

⁵⁸ ÖZÇAYIR,s.66.

⁵⁹ CHURCHILL/LOWE,s.257.

⁶⁰ MATLIN,s.1022.

⁶¹ ÖZÇAYIR,s.7.

⁶² MANDARAKA-SHEPPARD,Aleka,Modern Maritime Law and Risk Management, 2nd edt.,2007,s.277.

⁶³ ODEKE,s.13, CHURCHILL/LOWE,s.257.

⁶⁴ CHURCHILL/LOWE,s.257.

⁶⁵ Ibid.

başvurmalarını-uygulamalarını ve cebri icra yetkisi olarak da devletin gücünü ifade etmektedir⁶⁶. Diğer bir tanımla uluslararası hukuka göre yargı yetkisi, bir devletin uluslararası hukuka göre kişi veya mallar üzerinde ulusal hukukunu uygulama gücüdür⁶⁷. Bizde bu çalışmamızda yargı yetkisi ifadesini açıkladığımız anlamlarda kullandık.

Bayrak devletin münhasır yargı yetkisinin sınırlarının ne olduğu konusunda eski hukuk ve yeni hukuk arasında farklılık mevcuttur. Eski hukuku temsilen *Oppenheim*'a göre 'Milletler Cemiyetinin teamül hukukuna göre ticari gemiler bayrak devletin bir parçası gibi seyrederek ve bayrak devletin münhasır yargı yetkisi altında olurlar, gemide doğan çocuk, imzalanan anlaşma, hazırlanan vasiyetname hep o bayrak devletinde gerçekleşmiş sayılır'⁶⁸. Bu görüş mülkilik prensibinin bir yansımasıdır⁶⁹ ve özellikle açık denizde bir kaza halinde kendini gösterir. Mülkilik prensibi sonucu gemi yüzen bir bayrak devleti sayılır. Haliyle onun üzerinde veya ona olan herşey bayrak devletinde olmuş sayılır ve bayrak devletin münhasır yargı yetkisine girer.

Buna ilişkin en çarpıcı örnek *Lotus v. Bozkurt*⁷⁰ davasıdır. Davanın konusu, açık denizde Fransız *Lotus* gemisi ile Türk *Bozkurt* gemisinin çarpışması sonucu meydana gelen kazada ölen Türk denizcilerinden dolayı, Fransız gemisinin kaptanını yargılayan Türkiye'nin uluslararası hukuka göre buna hakkı olup olmadığının belirlenmesidir⁷¹. Dava Fransa ve Türkiye'nin yaptığı özel anlaşma ile Uluslararası Adalet Divanı önünde getirilmiş ve yargılama sonucu Türkiye haklı bulunmuştur. Mahkeme kararında bir yandan 'Açık denizde seyreden gemiler sadece bayrağını taşıdığı devletin münhasır yargı yetkisine dahildir. Açık denizler hiçbir devletin bölgesine dahil olmayıp, hiçbir devletin yabancı bir gemi üzerinde bir yargı yetkisi yoktur' diyerek teamül hukukundaki kuralı teyit ederken; diğer yandan da 'Açık denizlerin serbestliği ilkesine göre açık denizde seyreden bir gemi, bayrak devletin

⁶⁶ GUILFOYLE,s.7.

⁶⁷ ÖZÇAYIR,s.63.

⁶⁸ OPPENHEIM,s.424, Gerçi Oppenheim'da bunun sınırsız bir yargı yetkisi yaratmadığını, savaş sırasında blokaj ve benzerlerinin ihlali halinde tarafsız gemilere bayrak devleti haricinde de el konulabileceğini ve barış zamanında da diğer devletlerin belli yetkileri olduğunu kabul etmektedir,bkz.s.425.

⁶⁹ ÖZÇAYIR,s.63.

⁷⁰ The Case of the S.S. Lotus, France v. Turkey, 7 September 1927, Series A.-No.10, Permanent Court of International Justice http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf (erişim 19.11.2013).

⁷¹ Ibid.s.12-13.

bölgesine dahildir, ki sadece o bayrak devletinin gemi üzerinde münhasır yargı yetkisi vardır, o gemi bayrak devletinin ulusal sınırları içinde bir bölge gibi olup, o gemi üzerinde gerçekleşen tüm hadiseler, o bayrak devletinde olmuş olur ve uluslararası hukuka göre bayrak devletinin gemisine karşı işlenen suçtan dolayı, bunun kendi ülkesinde işlenmiş gibi saymasını engelleyecek bir argüman da bulunmamaktadır⁷² şeklinde görüş bildirmiştir.

Oppenheim'ın da ifade ettiği ve *Lotus* kararında Uluslararası Adalet Divanı'nın da kabul ettiği mülkilik prensibi yani geminin uyraklığında bulunduğu devletin yüzen bir parçası olduğu görüşü sonradan oldukça eleştirilmiştir⁷³. Eleştirilerin etkisi ile sonradan düzenlenen konvansiyonlarda *Lotus* davasında beliren katı mülkilik prensibi yumuşatılmak suretiyle değişikliğe uğramıştır. Şöyle ki, Cenevre Konvansiyonu md.11.1 ve 1982 tarihli Konvansiyon md.97.1 gereğince açık denizde kaza halinde gemi kaptanı ve mürettebat hakkında cezai ve disiplin sorumluluğu doğarsa yargılama hakkı bayrak devleti ve o kişilerin uyraklığında olduğu devletlere ait olup, Cenevre Konvansiyonu md.11.3 ve 1982 tarihli Konvansiyon md.97.3'e göre kazaya karışan gemilerin yakalanıp el konulmasına ancak bayrak devleti yetkilidir. Dikkat edilirse *Lotus* davasında açık denizde bayrak devleti, çarpışan diğer gemideki kişilerin vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu devletten daha üstün tutuluyordu⁷⁴. Oysa Cenevre ve 1982 Konvansiyonları ile açık denizde çarpışma halinde bayrak devleti ile kaptan veya mürettebatın vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu devlet eşit düzeydedir.

Kuran'ın⁷⁵ da haklı olarak ifade ettiği gibi, sözü edilen konvansiyon hükümleri ile bayrak devletinin yanında failin vatandaşı olduğu devlete de yargı yetkisi verilerek, mülkilik prensibi yanında, faile göre şahsılık prensibi de tanınmış olmaktadır. Dolayısıyla günümüz modern uluslararası deniz hukukunda bayrak devletinin yargı yetkisi konusunda, faile göre şahsılık prensibi ile yumuşatılmış mülkilik prensibi hakim konumdadır. Sonuç olarak esasen gemiler, uluslararası hukuktan ve konvansiyonlardan doğan sınırlamalara tabi olarak bayrak devletinin münhasır yargı yetkisine dahildir. Bu sınırlamalar ise aşağıda değineceğimiz üzere sadece açık denizde kaza ile ilgili olan hükümlerden ibaret değildir.

⁷² Ibid,s.25.

⁷³ MATLIN,s.1023,ROTHWELL/STEPHANS,s.150, Özçayır ise ayrımı şu şekilde yapmaktadır; 'Geminin uyraklığında olduğu devletin münhasır yargı yetkisi dahilinde bulunması onun, o devletin bölgesinde olarak mülkilik prensibine göre değerlendirilmesinden ziyade, bayrak devletine dahil bir parçası olduğu farzedilmelidir.' s.64-65.

⁷⁴ ODEKE,s.17

⁷⁵ KURAN,s.242.

C.Gemilerin Ulusal Kimliği ‘Uyrukluk’

İlgili devletin hukuksal anlamda kendisine dahil olduğunu iddia edebildiği gemiler üzerinde sahip olduğu hak ve yükümlülükler, tek bir kelime ile ifade edilmektedir; ‘uyrukluk’ (milliyet)⁷⁶. Geminin uyrukluğu, açık denizde kimlik belirlemede düzen sağlar⁷⁷. Uyrukluk kavramı cansız nesneler için garip görünse de, uluslararası hukuktan doğan hak ve yükümlülükler devletlere ait kabul edildiğinden, uluslararası hukukun objeleri olan gerçek kişi ve tüzel kişilerin bu haklardan faydalanabilmeleri için bu haklara ve borçlara sahip olan uluslararası hukukun sujeleri olan devletlerle aralarında bağ olmalıdır⁷⁸. Bu nedenle de gemiler üzerinde de açık denizde ve genel olarak denizlerde yarattıkları etkileşimin yasal anlamda görünmesi ve uluslararası hukukun onlar üzerinde hak ve yükümlülük doğurması için bir devlete tabiyetleri zorunlu görülmüştür.

Geminin uyrukluğu kurumu, açık denizlerin güvenli ve düzenli seyrüsefer imkanının varlığı açısından vazgeçilmezdir⁷⁹. Geminin uyrukluk kazanması sonucu ilgili bayrak devleti münhasır yargı yetkisi kazanır, böylece hiçbir devletin açık deniz üzerinde yargı yetkisi olmadığı düşünüldüğünde, açık denizlerdeki hukuki boşluk doldurulmuş olur⁸⁰. Buradaki yargı yetkisi açık deniz üzerinde değil de, açık denizde seyreden gemi ve onun üzerindeki mal ve insanlara şamildir ve onlarla sınırlıdır⁸¹.

Gemilerin uyrukluğu anlayışı, yani gemilere insanlar gibi bir milliyet verilmesi, politik anlamda ulus devletlerin ortaya çıkması ile birlikte gelişmiştir⁸². Gemilerin uyrukluğu anlayışı gemilerin bir devletin siciline kaydolduğu ve o devletin kurallarına uyma karşılığında o devletten koruma aldığı bir sisteme dayanmaktadır⁸³. Devletler gemilere kendi uyrukluğunu, sicile kayıt ile kendi bayraklarını çekmeleri konusunda yetkilendirmek

⁷⁶ ÖZÇAYIR,s.8,Biz çalışmamızda konuyu daha iyi açıkladığına inandığımız için milliyet yerine uyrukluk kelimesini kullanmayı tercih ettik. Dolayısı ile geminin milliyeti ile geminin uyrukluğu aynı anlama tekabül etmektedir.

⁷⁷ MATLIN,s.1025.

⁷⁸ BROWN,s.287.

⁷⁹ ODEKE,s.13.

⁸⁰ SERDY,Andrew ,Public International Law Aspects of Shipping Regulation, Maritime Law,2nd. Edt.,Editor: Yvonne Baatz, Sweet&Maxwell, 2011,s.359.

⁸¹ OPPENHEIM,s.421.

⁸² ANDERSON,s.141.

⁸³ ANDERSON,s.143.

suretiyle verirler⁸⁴. Bu yönüyle ifade edebilir ki, bayrak devleti ile gemilerin uyrakluğunu aldığı devlet aynı anlama gelir⁸⁵.

Uluslararası hukuka göre bir geminin varlığını kanıtlayabilmesi onun uyrakluğunun olmasına⁸⁶ bağlı olup, bunun ardında da her bir geminin bir şekilde bir otorite, asgari bir düzen⁸⁷ ve hukuk sistemine bağlı olması gerekliliği yatar⁸⁸. Aksi halde bu gemilerden kimin sorumlu olacağı ve uluslararası hukuka göre hangi kuralların uygulanabileceği belirlenemezdi⁸⁹. Uluslararası teamül hukuku ve Konvansiyonlara göre sadece bayrak devleti gemisi üzerinde diplomatik koruma sağlayabilir⁹⁰ ve sadece bayrak devletinin o gemi üzerinde yargı yetkisi vardır⁹¹.

Geminin bir uyrakluğunun olması onun bir devletin siciline kayıt olduğunu ve siciline kayıt olduğu devletin bayrağını çekme hakkına sahip olduğunu da göstermektedir⁹². Diğer bir ifade ile geminin bayrak çekme hakkı, o geminin bir devlete tabi olarak uyrakluk kazanmasına bağlıdır. Cenevre Konvansiyonu md.5/1 ifadesi ile ‘gemiler bayrağını çekme hakkına sahip olduğu devletin uyrakluğundadır’. Diğer yandan bayrak devleti yargılama hakkı ve yargı yetkisi de geminin uyrakluğuna bağlı olarak uygulanır ve bu nedenle de ‘uyrakluk’ bayrak devleti ile bayrağını çektiği gemi arasındaki hukuki bağın kurulmasında hayati öneme sahiptir⁹³.

1.Uyraksuz Gemi

Bir geminin uyrakluğu yok ise o geminin uluslararası hukuka göre koruması da yoktur⁹⁴ ve yakalanıp baęlanabilir⁹⁵. Böyle bir geminin limanlara

⁸⁴ CHURCHILL/LOWE,s.257,COLES/WATT,s.1.

⁸⁵ CHURCHILL/LOWE,s.257.

⁸⁶ Gemilerin bir uyrakluğunun olması gerektiği uluslararası teamül hukukunun getirdiği özelliklerden biridir; bkz. MATLIN,s.1021.

⁸⁷ KURAN,s.241.

⁸⁸ ÖZÇAYIR,s.8, MATLIN,s.1021.

⁸⁹ DeSOMBRE,Elizabeth R.,Flagging Standards Globalization and Environmental,Safety, and Labor Regulations at Sea, 2006, s.70.

⁹⁰ BENNETT,s.439.

⁹¹ KURAN,s.241.

⁹² ODEKE,s.13.

⁹³ TANAKA,s.155.

⁹⁴ GUILFOYLE,s.16,ÖZÇAYIR,s.8,COLE/WATT,s.2,OPPENHEIM,s.423.

⁹⁵ GOLDREIN QC/HANNAFORD/TURNER,s.11,SINGH,s.20,COLES/WATT,s.2,karşı CHURCHILL/LOWE, s.214.; yazarlara göre uyraksuz gemilerde bulunan kişilerin uyrak-

girmesi mümkün olmadığından yasalara uygun bir ticaretin aracı da olamaz⁹⁶. Böyle bir gemi üzerinde açık denizde tüm devletlerin yargı yetkisi olduğu kabul edilir⁹⁷. Bu anlayış hem İngiliz ve hem de Amerikan hukuk ve yargılamalarına⁹⁸ tam anlamı ile girmiştir⁹⁹. Uyraklığı olmayan gemi bir devlete bağlı olmayan, bayraksız ve herhangi bir sicile kayıtlı olmayan gemi olarak, bayrak devleti hukuku rejimini zayıflatan ve hiçbir devletin üzerinde kontrolü ve hem de diplomatik korumasının olmadığı gemilerdir¹⁰⁰.

Devletsiz yani uyruksuz gemilerin hukuki durumu uluslararası hukuk anlamında ilk olarak *Naim-Molvan v. Attorney General for Palestine* adında bir İngiliz davasında ele alınmıştır. Bu davada Musevi göçmenleri taşıyan Asya adlı bir gemi 1946 yılında Filistin karasuları dışında açık denizde İngiliz Donanması tarafından geminin uyraklığı gösterilemediği için yakalanmış ve gemiye el konulmuştur. Davaya bakan *Privy Council*¹⁰¹ İngiliz Hükümetini haklı bularak ‘Devletlerin birbirinin haklarına saygılı olmaları kuralı ancak bir devletin bayrağı altında açık denizde seyreden gemilere uygulanır’ şeklinde karar vermiş ve kararına Oppenheim’in¹⁰² şu görüşünü gerekçe göstermiştir; ‘Açık denizde kamu düzeninin sağlanması adına, bir devlet bayrağını çekememiş olan gemi korunmadan yoksun olup, açık denizde seyrüsefer özgürlüğü sadece bir devletin bayrağı altında seyreden gemilere aittir.’

Keza gerekli dokümanları olmadığından uyraklığını kanıtlamayan bir geminin uluslararası koruması olamayacağının bir örneği de *United States v.*

luğunda olduğu devlet koruması unutulmamalıdır. Bu nedenle bu gemiler üzerindeki kişilerin vatandaşlığında olduğu devletlerinin koruması olabilir ve ek olarak da bu tür gemilere el koymak isteyen devletler için bir yasal dayanak olmalıdır. Uluslararası hukuka göre, konvansiyonların tanıdığı korsanlık yasal bir nedendir. Keza Amerika benzer bir nedeni uyuşturucu trafiği olarak görmektedir, Churchill/Lowe ile aynı görüşte bkz. BENNETT, s.440, Guilfoyle’e göre de Churchill/Lowe’un görüşü uluslararası konvansiyonlara daha uygundur Zira konvansiyonlarda bu konu işlenmemiştir., bkz. GUILFOYLE, s.17, Anderson da ‘Hakim görüşe rağmen uyruksuz gemilere farklı davranılması konusunda bir gerekçe yoktur. Uyraksuz gemi üzerinde yargı yetkisi kullanacak ülkenin bu konuda geçerli bir sebebi olmalıdır’ demektedir, bkz. ANDERSON, s.143.

⁹⁶ COLES/WATT, s.2, GOLDREIN QC/HANNAFORD/TURNER, s.11 (bkz. İngiliz Merchant Shipping Act 1995 md. 6.1).

⁹⁷ KURAN, s.241.

⁹⁸ Bkz. BENNETT, s.434.

⁹⁹ ANDERSON, s.141.

¹⁰⁰ BENNETT, s.439.

¹⁰¹ *Naim Molvan v. Attorney General for Palestine* 1948 A.C. 351, karar için bkz. <http://www.le-galcrytal.com/judgements/description/945795> (erişim 18.11.2013), orada bkz. para.no:28.

¹⁰² Bkz. OPPENHEIM, s.422.

*Marino-Garcia*¹⁰³ davasıdır. Bu davada Amerikan Mahkemesi önündeki soru; Cezai yargılama konusunda Amerika'nın uyruksuz gemiler üzerinde bir yargı yetkisi varmıdır¹⁰⁴? Dava konusu olayda gemiler açık denizde durduruluyor ve gemilerde yasadışı uyuşturucu madde *marijuana* ele geçiriliyor, kaptan ve mürettebat tutuklanıyor ve gemi Amerikan gemisi olmadığı gibi, herhangi bir devletin uyrukluğ unda olmayan gemilerdendir¹⁰⁵. Mahkeme uyruksuz gemiler üzerinde Amerikan Yargı yetkisinin olduğ una hükmediyor¹⁰⁶. *Marino-Garcia* kararında mahkemenin ş u görüşü uyruksuz gemilere Amerikan Hukuku tarafından nasıl bakıldığ ının tam bir tarifi gibidir; ‘ Uyruksuz gemiler uluslararası anlamda toplum dışına itilmişlerdir. Onların açık denizlerde serbestçe seyrüsefer edebileceklerine dair kabul edilen uluslararası bir hakları bulunmamaktadır’¹⁰⁷.

İki bayrak taşıyan bir gemide, uyruksuz bir gemi kabul edilerek, hukuksal bir korumadan mahrum kalmaktadır¹⁰⁸. İki bayrak taşıyan gemilerin uyruksuz gemilerle aynı muameleye tabi tutulmasının sebebi, açık denizlerde bayrak devletinin yetkili olması kuralı karş ısında denetimden ayrılmak amacıyla yabancı bayrak çekilmesini önlemektir¹⁰⁹. *United States v. Passos-Paternina*¹¹⁰ davasında mahkeme Cenevre Konvansiyonu md.6.2 gereğince iki bayrak taşıyan geminin uyruksuz gemi sayılacağına karar vermiştir. Bir gemi ancak gerçek mülkiyet ve sicil kaydı değ iş ikliğ i varsa başka devletin bayrağ ını çekebilir(Cenevre Konvansiyonu md.6.1,1982 tarihli Konvansiyon md.92.1)¹¹¹.1982 tarihli Konvansiyon md.93'e göre Birleşmiş Milletler ve onun özel ajansları ile Uluslararası Atom Enerjisi gemilere kendi kurumlarının bayrağ ını çekebilmektedir.

2.Uyrukluğ un Kanıtı: Sicile Kayıt-Gerçek Bağ Aranmalı mıdır?

Uyrukluğ a sahip gemi sicile kaydolmuş gemidir. Ancak sicile kayıt geminin uyrukluğ kazanmasının sonucu değ il, tersine uluslararası hukuka

¹⁰³ 679 F.2d. 1373, 1985 A.M.C. 1815(11th. Cir. 1982) karar için bkz.<https://www.casetext.com/case/us-v-marino-garcia/> (eriş im 18.11.2013).

¹⁰⁴ Ibid,s.1377.

¹⁰⁵ Ibid.s.1378.

¹⁰⁶ Ibid,s.1387.

¹⁰⁷ Ibid,s.1382.

¹⁰⁸ GUILFOYLE,s.17,ÖZÇAYIR,s.9,ODEKE,s.13,SERDY,s.360, bkz.Cenevre Konvansiyonu md.6.2,1982 Konvansiyonu md.92.2.

¹⁰⁹ KURAN,s.241.

¹¹⁰ 918 F.2D 979,1991 A.M.C. 719,722(1st. Cir. 1990)(aktaran ÖZÇAYIR,s.9).

¹¹¹ ODEKE,s.13.

göre, sicile kayıt bir gemiye uyrukluğ kazandırmaktadır¹¹². Sicile kayıt ile geminin ulusal karakteri ortaya çıkmaktadır¹¹³. Sicile kayıt idari bir işlem olup bu işlemle devletlerin çeşitli hak ve görevleri de gemi üzerinden ortaya çıkar ve ayrıca sicile kayıt ile gemi kamu kayıtlarına girmiş olur¹¹⁴. Uyrukluğun açık denizde ispatı ise sicile kaydedildiğini gösteren belgeler ile olmaktadır¹¹⁵.

Gemilerin sicile kaydı hem geminin tabi olacağı hukuku ve hem de bayrağını belirler¹¹⁶. Böylece gemi üzerinde ipotek, deniz rehinleri ve yargılama hukukunun belirlenmesi sağlanmış olur¹¹⁷. Gemi hangi devletin bayrağını çekme hakkına sahip ise, o devletin uyrukluğundadır¹¹⁸. Sicile kayıt ile, gemi bayrak devletinin münhasır yargı yetkisi kapsamına girer¹¹⁹ ve bayrak devleti, uyrukluğuna aldığı gemi ile ilgili ulusal ve uluslararası görev ve sorumluluklar altına girer¹²⁰. Gemideki olaylarla ilgili uygulanacak olan ceza ve medeni hukuk kuralları da o bayrak devleti hukukuna göre olur¹²¹.

Genel olarak uluslararası hukukta kural her devletin sicile kayıt şartlarını belirlemesinin kendisinin münhasır yetkisi dahilinde olduğu yönündedir¹²². *Muscat Dhows*¹²³ davasında uluslararası tahkim mahkemesi ‘Genel olarak belirtmek gerekir ki, her egemen devlet bayrağını çekme hakkını kime

¹¹² ODEKE,s.13,COLES/WATT,s.2.

¹¹³ GOLDREIN QC/HANNAFORD/TURNER,s.11.

¹¹⁴ ÖZÇAYIR,s.10,ANDERSON,s.144, Sicile kayıt devletin uyrukluğunu ihsan ettiği idari bir süreçtir; bkz.TACHE,Simon,The Nationality of Ships: The Definitional Controversy and Enforcement of Genuine Link, Vol.16, International Lawyer,1982,s.302, Gemilere uyrukluğ verilmesi sicile kayıt suretiyle olur, bkz.McCONNELL,Moir L.,’Darkening Confusion Mounted Upon Darkening Confusion’:The Search for the Elusive Genuine Link, Journal of Maritime Law and Commerce,Vol 16,No.3,July,1985,s.372.

¹¹⁵ COLES/WATT,s.5-6,Sicile kayıt süreci geminin ulusal kimliğini kanıtlayan belgelerden oluşur, bkz.TACHE, s.302-303.

¹¹⁶ Gemi,siciline kaydolduğu ülkenin bayrağını çekme hakkına sahip olur,bkz. GOLDREIN QC/ HANNAFORD/ TURNER,s.11

¹¹⁷ SINGH,s.20.

¹¹⁸ BENNETT,s.438.

¹¹⁹ Konvansiyonlar ve uluslararası teamül hukuku birkaç istisna dışında bayrak devletinin gemisi üzerinde münhasır yargı yetkisini tanıır ve sağlar,bkz.BENNETT,s.439.

¹²⁰ ÖZÇAYIR,s.10,KURAN,s.240.

¹²¹ SINGH,s.26.

¹²² ÖZÇAYIR,s.10,ANDERSON,,s.145,BENNETT,s.439,KURAN,,s.240.

¹²³ Muscat Dhows Case, France v. Britain,Permanent Court of Arbitration,8 Ağustos 1905, karar için bkz. <http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=6128> ve <http://www.haguejusticeportal.net/Docs/PCA/Muscat%20Dhows%20English%20Award%20PCA.pdf> (erişim 18.11.2013), Muscat davası bu konudaki ilk uluslararası otoritedir, bkz.ANDERSON,s.145.

vereceğini belirleyebileceği gibi, bu hakkı vermesinin şartlarını da belirleme hakkına sahiptir’ şeklinde karar vermiştir. Bu mahkemede verilen karar genel olarak dönemin teamül hukuku görüşünü yansıtmaktadır¹²⁴. Teamül hukukuna göre her devlet, gemilerini sicile kaydetme şartlarını kendi belirler¹²⁵.

Muscat Dhows kararı egemen devletlere gemileri sicile kayıt ve kendi uyraklığını bahsetme ve bayrağını çekme konularında tam bir serbestlik tanımaktadır. *Muscat Dhows* kararını izleyen ve onaylayan bir Amerikan Yüksek Mahkemesi davası olan *Lauritzen v. Larsen* kararında da yüksek mahkeme şöyle bir karar vermiştir; ‘ Her devlet uluslararası hukuka göre bir ticari gemiye uyraklığını verme şartlarını kendi belirler. Amerika Birleşik Devletleri bir sicile kaydın geçerliliğine ancak sicil devletinin karar verebileceğini kabul eder’¹²⁶. Belirtilen her iki kararda devletlerin sicile kayıt şartlarını kendilerinin serbestçe belirleyebileceğine ilişkin güçlü birer örnektir¹²⁷.

Cenevre Konvansiyonu md.5/1’in ilk cümlesi de bu anlayışı aynen izlemektedir. Şöyle ki, ‘Her devlet sicile kayıt ve bayrak çekme şartlarını kendi belirler’. İkinci cümlesi ise birinci cümlede adeta zorlayıcı bir şartı gibidir; ‘Devlet ile gemi arasında gerçek bağ(*genuine link*) olmalı, özellikle bayrak devleti yargılama hakkını ve idari, teknik ve sosyal konularda bayrağını taşıyan gemiye etkili olarak uygulamalıdır’. İfade edilen bu gerçek bağ ilkesinin Cenevre Konvansiyonu’na yukarıda belirttiğimiz kararlara rağmen getirilmiş olması, bayrak devletinin sicile kayıt şartlarını serbestçe kendisinin belirleyebilmesi hakkının adeta bir aşındırılma girişimidir¹²⁸.

Cenevre Konvansiyonu’na gerçek bağ aranması ifadesinin, konvansiyon taslağını hazırlayanların 1955 tarihli *Nottebohm*¹²⁹ davasından oldukça etkilenmeleri dolayısı ile eklendiği belirtilmektedir¹³⁰. Bu dava her

¹²⁴ Bkz. ayrıca aynı görüşte OPPENHEIM,s.422.

¹²⁵ ODEKE,s.13.

¹²⁶ *Lauritzen v. Larsen*, 345 U.S.571 (1953),U.S. Supreme Court,25. Mayıs 1953, s.584, <https://www.casetext.com/case/lauritzen-v-larsen/> (erişim 18.11.2013).

¹²⁷ ÖZÇAYIR,s.11.

¹²⁸ ANDERSON,s.148, Gerçek bağ ilkesinin getirilme amacının bu dönemde açık sicil imkanını engellemek olduğu görüşü hakkında bkz.McCONNELL,s.369.

¹²⁹ *Liechtenstein v. Guatemala*, Reports of Judgements Advisory Opinions and Orders, Second Phase, April 6th 1955, International Court of Justice, karar için bkz. <http://www.icj-cij.org/docket/files/18/2674.pdf> (erişim 29.11.2013).

¹³⁰ CHURCHILL/LOWE,s.258,ROTHWELL/STEPHENS,s.159.,ODEKE,s.13,SERDY,s.360, McCONNELL, s.369.

ne kadar bir gerçek hukuk kişisi hakkında olsa da, gemiler ile ilgili olarak uluslararası deniz hukukunu oldukça etkilemiştir. Mahkemenin kararına konu olan olayda; ‘1905 yılından beri Guetemala’da yaşayan Alman uyruklu *Nottebohm* adlı bir kişi ikinci dünya savaşından hemen önce Liechtenstein vatandaşlığı elde ediyor ve bu arada savaş patlak verince Guetemala hükümeti onun mallarını kamulaştırıyor(s.13-16)’. ‘Liechtenstein devleti vatandaşı olduğunu kabul ettiği *Nottebohm* adına Guetemala’ya karşı Uluslararası Adalet Divanı’nda dava açıyor. Mahkemenin önündeki en büyük usul sorunu olarak *Nottebohm*’un Liechtenstein vatandaşlığı kabul edilebilir mi noktasında toplanmıştır(s.16)’. ‘Mahkeme, bir devletin başka bir devlete karşı, bir gerçek kişinin vatandaşı olduğunu iddia edebilmesi ve böylece onun çıkarlarını uluslararası arenada koruyabilmesi için, o kişi ile devlet arasında hukuki bağı kanıtlaması gerektiğini belirtmiştir. Hukuki bağı varlığı için de gerçek bir bağlantı aranır diyerek, kişi ile devlet arasında sadece vatandaşlık verilmesini yeterli görmemiş ve gerçek bir bağlantının aranmasını salık vermiştir(s.23)’.

İşte hukuksal anlamda bir gerçek hukuk kişinin vatandaşlığı hakkında verilen uluslararası bir yargı kararından etkilenen Cenevre Konvansiyonu’nu hazırlayanlar, mahkemece kabul edilen, kişi ile devlet arasında gerçek bağ bulunmalı kararını, devlet ile gemi arasına da koymak istemişlerdir. Yalnız Cenevre Konvansiyonu’na alınmak istenen gerçek bağ ilkesi, bu ilkenin uluslararası kabul edilen bir teamül hukuku olduğunu ileri süren Portekiz ve Fransa’ya¹³¹ karşı, 1958 Konvansiyonu’na bu yüzden taraf olmayan ve kolay bayrak(açık sicil) devletleri¹³² olarak ifade edilen ve yabancı gemi sahiplerini

¹³¹ Geleneksel denizci devletler sicile kayıta gerçek bağı ararlar,bkz. GOLDREIN QC/ HANNAFORD/ TURNER,s.1, Gerçek bağ ilkesinin eksikliği kolay bayrak devletlerini doğurmuştur,bkz.BENNETT,s.439.

¹³² Kolay bayrak;Ekonomik sebeplerle açık sicillerine kayıt yapılan ülkeler anlamındadır, bkz. ANDERSON, s.157, Kolay bayrak devletlerini tanımlamak üzere İngiltere’de sunulan *Rochdale* Raporunda 6 kriter belirlenmiştir. Raporda kolay bayrak devletlerini tanımlamaya yarayan ve tespit edilmiş 6 kriter şunlardır;1.Gemi sahipliği ve kontrolünde kendi vatandaş olmayanlara izin verilir,2.Sicile kayıt kolaydır,Yurt dışındaki konsolosluklarda kayıt yaptırma imkanı sunar,3.Gemi gelirleri ya vergilendirilmez veya düşük vergi alınır.Sicile kayıt ücreti ve tonaj bazında yıllık ücret alınır. Gelecekte vergi alınmayacağı garanti edilir,4. Alınan ücretler o ülke gelirinde önemli bir gelir kalemi olabilir,5.Gemi mürettebatının tamamen veya kısmen kendi vatandaşlarından oluşmamasını kabul eder,6.Gemi üzerinde ne etkili bir uluslararası veya ulusal idari denetim yapma gücüne ve ne de isteğine sahiptir; bkz. OECD Study on Flags of Convenience, Journal of Maritime Law and Commerce, Vol.4,No.2,s.231-254,s.232, Kriterler için ayrıca bkz.Committee of Inquiry into Shipping:London, H.M.S.O. 1970,Cmnd 4337(Rochdale Report)(Aktaran,ANDERSON,s.157,dpn.122.),Kolay bayrak devletlerine, açık-serbest bayrak devletleri de denir.,bkz. GOLDREIN QC/HANNAFORD/ TURNER s.11, ‘Bugün bazı bayrakları elde etmek daha kolaydır.Bunlara kolay bayrak adı verilir. Bunlar açık sicil olarak tabir edilen, ya çok az veya hiç şart istemeden sicile kaydı mümkün kılar’;bkz.MATLIN,s.1019.

kendi devletleri ile çok az veya hiç bağlantısı olmamasına rağmen kabul eden devletler arasında bir tartışmaya yol açmıştır¹³³. Bu tartışma, o dönemde başlamış olan gemi sahiplerinin ‘düşük vergi, düşük mürettebat ücreti, daha az idari ve yargısal denetim sebepleri¹³⁴’ ile gemilerini kolay bayrak devletlerinde¹³⁵ giderek daha artan oranlarda açık sicillere kaydettirmeleri ve buna deniz filolarını kaybetmeye başladıkları için karşı olan devletlerin, gemi ile devlet arasındaki uyruluk bağı sorgulamaları nedeni ile gerçekleşmiştir¹³⁶.

1958 Cenevre Konvansiyonu ile her ne kadar gerçek bağ ilkesi uluslararası bir metne girmiş olsa da, ne tanımı yapılmış ve ne de tam açıklığı ile şartları ortaya konulmuş değildir¹³⁷. Ayrıca gerçek bağ ilkesinin olmadığı bir şekilde tespit edilirse sonucunda ne olacağı da Cenevre Konvansiyonu’nda yazmamaktadır.¹³⁸ Bu nedenlerle gerçek bağ ilkesi çevresinde hem bir tartışma ve hemde bir belirsizlik oluşmuştur¹³⁹. 1982 tarihli Konvansiyon ise gerçek bağ ilkesinin uygulanabilirliğini biraz daha belirsiz hale getirmiş görünmektedir. Nitekim md. 91.1.’de her ne kadar Cenevre Konvansiyonu’nda olduğu gibi devlet ile gemi arasında gerçek bağ olmalıdır denilse de, Cenevre Konvansiyonu md.5.1’de yer alan ‘özellikle’ kelimesi ile başlayan kısmın çıkarılarak, başka bir madde olan md.94.1’e alınmış olması, gemi ile devlet arasında gerçek bağ aranmasının zorunluluğu konusunda bulanıklık yaratılmıştır¹⁴⁰. Dahası 1986 tarihli Birleşmiş Milletler Gemi Sicili Kayıt Şartları Konvansiyonu md.1¹⁴¹ ile açıkça gemi ile devlet arasında gerçek bağ aranması çabaları ise, ilgili Konvansiyonun yeterli sayıya ulaşmaması nedeni ile halen gerçekleşmemiştir¹⁴². 1986 tarihli Konvansiyon esasen Cenevre Konvansiyonu’nda aranan gerçek bağ ilkesinin yeniden düzenlenmiş halidir¹⁴³.

¹³³ CHURCHILL/LOWE,s.258.

¹³⁴ OECD Study on Flags of Convenience,s.243-244,Matlin,s.1019.

¹³⁵ Kolay bayrak devletlerinde devlet ile gemi arasında çok az bağ vardır,bkz.ROTHWELL/STEPHENS,s.159.

¹³⁶ BROWN,s.287-288.

¹³⁷ TACHE,s.304.

¹³⁸ ODEKE,s.14.

¹³⁹ TACHE,s.304.

¹⁴⁰ BROWNS.288-289.

¹⁴¹ Bu konvansiyon sicile kayıtlı gemi ile devlet arasında ekonomik bir bağ arayan ve gerçek anlamda neyin gerçek bağı oluşturduğunu tanımlayan ilk Uluslararası Konvansiyondur,bkz. ANDERSON,s.150.

¹⁴² Bkz.BROWN,s.289-291 Açık sicil devletlerinin bu Konvansiyonu bayrak devleti ile gemi arasındaki bağı sıkılaştıran kurallar koyması nedeni ile kabul etmesi şüphelidir,bkz. TANAKA,s.157.

¹⁴³ ROTHWELL/STEPHENS,s.159.

Belirtelim ki daha henüz Cenevre Konvansiyonu'ndan hemen sonra 8 Haziran 1960 tarihli Uluslararası Adalet Divanı'nın¹⁴⁴ bir olay dolayısı ile verdiği gerçek bağ ile ilgili kararı vardır. Mahkeme önüne gelen olay, Devletlerarası Deniz Danışma Örgütü (IMCO)¹⁴⁵'nün Deniz Güvenlik Komitesi'ne yapılacak seçimlerde kendi kuruluş yasalarında belirtilen 'en fazla gemiye sahip' ülke ifadesinin ne anlama geldiği hakkındadır. Geleneksel büyük denizci devletler bu ifadenin anlamı bulunurken gerçek bağ ilkesi aranmalı ve gemi sahipliği esas alınmalı, bu nedenle de kolay bayrak devletleri bu ifade içine girmez iddiasında bulunurken , kolay bayrak devletleri ise sadece sicile kaydedilmiş gemilerin toplam tonajına göre en büyükler seçilmeli iddiasındaydı. IMCO Kuruluş yasasına göre komite 14 üyeden ve en az 8'i 'en fazla gemiye' sahip olan ülkeden seçilmek zorundadır (Kuruluş Konvansiyonu md.28.a)¹⁴⁶. Mahkeme kararında adeta gerçek bağ ilkesini göz ardı ederek, toplam sicile kayıtlı gemi tonajı esas alınarak komiteye seçim yapılabilir şeklinde ifade de bulunmuş ve bunun belirlenmesinde gerçek bağ ilkesinin esas alınamaz¹⁴⁷ demiştir. Böylelikle bir nevi kolay bayrak devletlerindeki sicile kayıt sorgulanamayacaktır.

Yakın tarihli önemli bir dava olan *M/V Saiga*(No.2)¹⁴⁸ davasında da 'Gemilere uyrukluğ u verme ve uyrukluğ u çekme usul ve kriterlerini belirleme bayrak devletin in münhasır yargı yetkisi içerisindedir.' şeklinde karar verilmiştir. Devamla aynı kararda mahkeme 'Gemi ile devlet arasında aranan gerçek bağ ilkesinin, bir devletin diğ er bir devletin bir gemiyi siciline kaydetmesi ve kayıt kriterlerine sorgulamada bir şartı olarak ileri süremeyeceğ ini, ancak bu ilkenin bayrak devletine, uyrukluğ una aldığ ı gemi dolayısı ile yerine getirmekle yükümlü olduğ u görevlerini yerine getirmesi

¹⁴⁴ Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders, Constitution of The Maritime Safety Committee of The Inter-Governmental Maritime Consultative Organization, Advisory Opinion of 8 June 1960, International Court Of Justice, <http://www.icj-cij.org/docket/files/43/2419.pdf> (erişim 18.11.2013).

¹⁴⁵ O dönemki adı Inter-Governmental Maritime Consultative Organization(IMCO) olan kurum günümüzde International Maritime Organization(IMO) olarak anılmaktadır. Tarihçe için bkz. <http://www.imo.org/KnowledgeCentre/ReferencesAndArchives/Pages/TheOriginsOfIMO.aspx> (erişim 29.11.2013).

¹⁴⁶ <http://www.icj-cij.org/docket/files/43/2419.pdf> (erişim 18.11.2013),s.154.

¹⁴⁷ <http://www.icj-cij.org/docket/files/43/2419.pdf> (erişim 18.11.2013),s.171,bkz. ayrıca, SERDY,s.360.

¹⁴⁸ *Saint Vincent and The Grenadines v. Guinea*, The M/V Saiga No.2 Case,1 Temmuz 1999 International Tribune For The Law of The Sea, karar için bkz. http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_2/merits/Judgment.01.07.99.E.pdf (erişim 29.11.2013), orada bkz.paragraf no. 65.

için gerekli olduğu sonucuna varmıştır¹⁴⁹. Böylelikle yukarıda belirttiğimiz IMCO davasında olduğu gibi, sicile kayıta gerçek bağ ilkesinin diğer devletlerce sorgulanamayacağı, yani gerçek bağ ilkesinin gemi ile devlet arasında uyrukluk şartı olarak aranamayacağı tekrar belirlenmiştir.

Hem Uluslararası Adalet Divanının IMCO davası görüşü ve hem de ‘*M/V Saiga* kararları ve aynı zamanda 1982 tarihli Konvansiyon birlikte göz önüne alınınca ve buna ek olarak 1986 tarihli Birleşmiş Milletler Gemi Sicili Kayıt Şartları Konvansiyonu’nun da yürürlüğe girmesinin zor olduğu düşünüldüğünde¹⁵⁰ artık bir geminin uyrukluğunun tespitinde gerçek bağ ilkesinin ön şart olarak kabul edilemeyeceği ve *Nottebohm* davasının da artık referans olarak alınamayacağı uluslararası hukuk yönünden ortaya konulmuştur. Bir nevi denilebilir ki kolay bayrak devletleri ve destekçileri mücadeleyi şimdilik kazanmıştır. Şimdilik ifadesi yerindedir. Zira, liman devlet yetkisinin artırılarak kolay bayrak devletlerine karşı, bayrak devleti münhasır yargı yetkisi yanında, kıyı devleti yetkisi güçlendirilmek suretiyle, limanlarda geminin bulunduğu sürece ve limanlara giriş ve çıkışlarda sıkı liman kuralları ile kolay bayrak devleti gemileri giderek artan bir şekilde denetlenmeye başlanmıştır¹⁵¹.

Sonuç olarak artık rahatlıkla ifade edebiliriz ki; uluslararası hukuka göre her bir devlet gemilere uyrukluğunu verme şartlarını kendisi serbestçe belirleyebilmektedir. Bununla birlikte bu serbestinin doğal sınırları mevcuttur; Bir devletin uyrukluğunda olan gemilere başka bir uyrukluk verilemeyeceği açıkça kabul edilmektedir¹⁵².

IV.AÇIK DENİZ SERBESTLİĞİ İLKESİ VE BAYRAK DEVLETİ MÜNHASIR YARGI YETKİSİNİN KONVANSİYONLARDAN DOĞAN SINIRLARI VE İSTİSNALARI

Açık deniz serbestliği ilkesi ve bayrak devletinin yargı yetkisinin münhasırlığı sınırsız değildir. Diğer bir ifade ile açık denizde bayrak devleti dışında diğer devletlerin mutlak anlamda yetkilerinin olmadığı doğru değildir¹⁵³. Nitekim yukarıda açık denizde kaza halinde sadece bayrak devleti değil, aynı zamanda kaptan veya mürettebatın vatandaşlığında olduğu devletinde yetkili

¹⁴⁹ Bkz.Ibid.,para.83.

¹⁵⁰ SERDY,s.361.

¹⁵¹ ANDERSON ,s.167,Liman devleti yetkisi ve özellikleri için bkz. ÖZÇAYIR,s.63 vd..

¹⁵² TANAKA,s.155,OPPENHEIM,s.423.

¹⁵³ ROTHWELL/STEPHENS,s.150.

olduğunu belirtmiştik¹⁵⁴. *Lotus v. Bozkurt* kararında belirlenenin aksine, iki yabancı bandıralı geminin açık denizde çarpışması halinde hiçbir bayrak devleti, kendi gemisinde ölüm veya yaralanma gerçekleşse dahi, diğer geminin kaptan ve mürettebatını ne kendi ülkesinde yargılayabilir ve ne de o gemiye el koyabilir¹⁵⁵(Cenevre Konvansiyonu md.11 ve 1982 Konvansiyonu md.97.) .

Genel kural her ticari gemi açık denizde ancak kendi bayrak devleti tarafından aranabilir¹⁵⁶ şeklinde olmasına rağmen hem Cenevre Konvansiyonu ve hem de 1982 tarihli Konvansiyon, açık deniz serbestliği ilkesi ve bayrak devletinin yargı yetkisinin münhasırlığının istisnalarını göstermiştir. Her iki konvansiyonda da açık denizde bayrak devleti dışında da hangi hallerde diğer devletlerin gemilere çıkabileceğine(ziyaret edilebileceğine) veya gemilerin durdurulabileceğine ilişkin hükümler sevk edilmiştir. Konvansiyonlarda sayılan ve bayrak devletinin münhasır yargı yetkisinin istisnalarını oluşturan durumlar göz önüne alınınca, her ne kadar bayrak devletinin gemi üzerinde medeni hukuk yargı yetkisi tam iken, cezai yargı konusunda insanlığa karşı suçlar kabilinden münhasır yargı yetkisi ortadan kalkmaktadır¹⁵⁷.

Tüm devletler, korsanlık, köle ticareti, uyuşturucu ticareti, yasadışı yayın hallerinde açık denizlerde bayrak devleti haricinde bu kuralları ihlal eden gemiler üzerinde belli bazı yetkilere sahiptir(Cenevre Konvansiyonu md.14-22,1982 Konvansiyonu md.99 -110). Keza kıyı devletinin yasalarına aykırı, örneğin gümrük, mali, göçmenlik vb. kurallarına aykırı davranmış veya aykırı davrandığı konusunda geçerli sebeplerin varlığında, o kuralları çiğneyen veya çiğnediği düşünülen bir gemi sıcak takip ile kesintisiz kovalanarak açık denizde olsa dahi durdurulabilmektedir¹⁵⁸. Bu sayılanlar açık deniz rejimi(ve açık deniz serbestliği ilkesinin) ve dolayısı ile bayrak devletinin münhasır yargı yetkisinin istisnalarını oluşturmaktadır.

Yalnız 1982 tarihli Konvansiyon md.95 ve 96'ya göre savaş gemileri ve ticari amaçlı olmayan devlet gemileri mutlak bir dokunulmazlığa sahip olup, ne köle ticareti, ne korsanlık nedeniyle, ne de Konvansiyonlarda sayılan diğer sebeplerle hiçbir şart altında bayrak devleti dışında durdurulamaz ve ziyaret edilemez. Devlet ve savaş gemileri hakkındaki kural, yerleşmiş teamül hukukunun birer yansıması olup devletlerin dokunulmazlığı prensibinden ileri

¹⁵⁴ ODEKE,s.17.

¹⁵⁵ ROTHWELL/STEPHENS,s.160.

¹⁵⁶ ODEKE,s.17,Cenevre Konvansiyonu md.11.3 ve 1982 tarihli Konvansiyon md.97.3.

¹⁵⁷ KURAN,s.242.

¹⁵⁸ SERDY,s.364,1982 tarihli Konvansiyon md.111,Cenevre Konvansiyonu md.23.

gelmektedir¹⁵⁹. Cenevre Konvansiyonu md.14 vd. ile 1982 tarihli Konvansiyon md.99 vd. sayılan haller haricinde yine yukarıda ifade ettiğimiz gibi uyruksuz gemiler ve iki uyruklu gemiler açık denizde durdurulup aranabilirler. Gerçi bu son iki hal bayrak devletinin münhasır yargı yetkisinin değil de, açık deniz rejiminin bir istisnasıdır.

SONUÇ

Denizlerin büyük bölümünü teşkil eden açık denizlerin uluslararası hukuk tarafından düzenlenmesi önce teamül hukuku ve sonrada uluslararası konvansiyonlar suretiyle gerçekleşmiştir. İlk olarak açık denizlerde devletlerin aynı karada olduğu gibi egemenlik kurup işgal edip edemeyeceği tartışılmış ve hiçbir devletin açık denizlerde egemenlik kuramayacağı ve açık denizleri işgal edemeyeceği teamül kuralı haline gelmiştir. Bu teamül kuralına kısaca açık deniz ilkesi ve hukuki rejiminin adına ise açık deniz rejimi denmiştir.

Açık deniz rejimi esas itibarı ile açık denizde gemilerin serbestçe sefer yapabilmeleri anlayışına dayanır. Yani açık denizler tüm dünya gemilerine istisnasız açıktır. Açık denizlerin serbestliği ilkesi sadece seyrüsefer serbestliğini değil konvansiyonlarda sayılan diğer serbestlikleri de kapsamaktadır. Açık denizde belirlenen bu serbestliğin sınırsız olması düşünülemezdi. Nitekim sınırsızlık bir kaos yaratabileceği gibi anarşiye yol açabilirdi. Kısaca açık deniz hukuki rejiminde muhtemel bir hukuki boşluk doldurulmalıydı.

Bu hukuki boşluk her gemiye bir uyrukluk verilmesi ve bayrak devleti münhasır yargı yetkisi ilkeleri suretiyle çözüldü. Böylelikle açık denizde seyreden her gemi bir egemen devlete tabiyet suretiyle bağlandı ve uluslararası hukuk yönünden hak ve borçlara bağlı olduğu devlet üzerinden sahip olmaya başladı. Böylelikle bir devlete tabiyet yoluyla uyrukluk elde eden gemi üzerinde sadece bağlı olduğu devletin münhasır yargı yetkisi tanınmıştır. Bayrak devletinin gemi üzerinde sahip olduğu münhasır yargı yetkisi ile, gemi üzerinde açık denizde meydana gelen her olayda ondan sorumlu olan bir hukuk sujesi de belirlenmiş olmuştur.

Gemilerin uyruklığı bayrak devletinin siciline kaydolduğu bir idari işlem ile gerçekleşmektedir. Sicile kayıt şartlarını devletler serbestçe belirleyebilmekte ve uzun mücadelelerden sonra devlet ile gemi arasında gerçek bağın aranmasına gerek olmadığı tespiti de yapılmıştır. Böylelikle

¹⁵⁹ ROTHWELL/STEPHENS,s.161.

gerçek bağ sadece devletin uyrukluğuna aldığı gemi üzerinde doğan yükümlülüklerini gösterme açısından önem arz edecektir.

Açık denizde kaosu önlemek ve yasal düzen getirmek üzere oluşturulan ve uyruklu esası ile bayrak devletinin münhasır yargı yetkisine dayanan açık deniz hukuki rejiminde serbestlik ve bayrak devletinin yetkisinin sınırları noktasında ise; ne açık deniz serbestliği ilkesi ve ne de bayrak devletinin yargı yetkisinin münhasırlığı sınırsız olmayıp, uluslararası konvansiyonlarda bunların istisnaları ve sınırlamaları da gösterilmiştir.

Uluslararası deniz hukuku, açık deniz ilkesi, gemilerin uyrukluğu ve bayrak devletinin münhasır yargı yetkisi ilkelerini düzenlerken, önce teamül hukukunu yaratmış ve arkasından da konvansiyonlar yoluyla yasalaşma aşamasını gerçekleştirmiştir. Teamül hukukundan uluslararası metinlere doğru yol alırken, hedef açık denizlerin serbestliğinden bir hukuki boşluk doğmaması olmuş, her bir ilke diğer bir ilke ile bağlantılı hale gelmiştir.. Her üç ilkenin de biri olmadan doğru bir şekilde ayakta kalamayacağını kabul etmek lazımdır. Teamül hukuku, konvansiyonlar ve mahkeme kararlarının ortak sonucu şu görüşümüzü ortaya çıkarmıştır: Açık denizlerin serbestliği ilkesi, gemilerin uyrukluğu ve bayrak devletinin münhasır yargı yetkisi arasında adeta bir neden sonuç ilişkisi vardır.

KAYNAKÇA

ANDERSON III.,H.Edwin,The Nationality of Ships and Flags of Convenience: Economics, Politics, and Alternatives, Tulane Maritime Law Journal, Vol.21,s.139,1996-1997,s.139-170.

BENNETT,Allyson, That Sinking Feeling, Stateless Ships,Universal Jurisdiction, and the Drug Trafficking Vessel Interdiction Act, The Yale Journal of International Law,Vol.37,s.433-461.

BROWN, E.D.,The International Law of The Sea Vol.1 Introductory Manual,Darmouth 1994.

CHURCHILL,R.R./LOWE,A.V.,The Law of The Sea, Juris Publishing, 1999.

COLES,Richard /WATT Edward,Ship Registration Law and Practice,2nd. Edt., Informa, London 2009.

- DeSOMBRE,Elizabeth R.,Flagging Standards Globalization and Environmental,Safety, and Labor Regulations at Sea, 2006.
- GOLDREIN QC,Iain/HANNAFORD,Matt/TURNER,Paul, Ship Sale and Purchase,4th. edt.,Informa Law 2003.
- GOODMAN,Camille, The Regime For Flag State Responsibility in Internatioanl Fisheries Law- Effective Fact, Creative Fiction,Or Further Work Required, Vol.23, A&NZ Mar.Lj 2009,s.157-169.
- GUILFOYLE,Douglas,Shipping Interdiction and the Law of the Sea,Cambridge University Press,2011.
- KURAN,Selami, Uluslararası Deniz Hukuku,2.bası,Ocak 2008.
- MANDARAKA-SHEPPARD,Aleka,Modern Maritime Law and Risk Management, 2nd edt.,2007.
- MATLIN,David F.,Re-evaluating the Status of Flags of Convenience under Internatioanl Law, Vanderbilt Journal of Transnational Law,Vol.23,1990-1991,s.1017-1055.
- McCONNELL,Moir L.,'Darkening Confusion Mounted Upon Darkening Confusion':The Search fort he Elusive Genuine Link, Journal of Maritime Lae and Commerce,Vol 16,No.3,July,1985,s.365-396.
- McCORQUODALE,Robert/DIXON,Martin, Cases and Materials on International Law,4th edt.,Oxford University Press,2003.
- ODEKE,Adumuni,Bareboat Charter(Ship)Registration,Kluwer Law International,1998.
- OECD Study on Flags of Convenience, Journal of Maritime Law and Commerce, Vol.4,No.2,s.231-254.
- OPPENHEIM,L. ,International Law A Treatise,Vol.1 Peace,3rd. Edt. edited by Ronald F. Roxburgh, The Lawbook Exchange Ltd.,Clark New Jersey 2005.
- ÖZÇAYIR,Oya, Port State Control,2nd. edt,LLP,2004.
- ROTHWELL,Donald R./STEPHENS,Tim,The International Law of the Sea,2011
- SERDY,Andrew ,Public International Law Aspects of Shipping Regulation, Maritime Law,2nd. Editor: Yvonne Baatz, Sweet&Maxwell, 2011,s.343-

384.

SINGH,Nagendra, International Law Problems of Merchant Shipping, Collected Course of The Hague Academy of Internatioanl Law,Vol.107,Martinus Nijhoff Publishers,1962.

SOHN,Louis B./NOYES,John E.,Cases and Materials on the Law of the Sea,2004.

TACHE,Simon,The Nationality of Ships: The Definitional Controversy and Enforcement of Genuine Link, Vol.16, International Lawyer,1982,s.301-312.

TANAKA,Yoshifumi, The International Law of The Sea,Cambridge University Press,2012.

ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR ve MAHKEME KARARLARI

http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/35_Lotus_Opinion_Moore.pdf (erişim 14.11.2013).

<http://www.imo.org/KnowledgeCentre/ReferencesAndArchives/Pages/TheOriginsOfIMO.aspx> (erişim 29.11.2013).

Lauritzen v. Larsen, 345 U.S.571 (1953),U.S. Supreme Court,25. Mayıs 1953, s.584, <https://www.casetext.com/case/lauritzen-v-larsen/> (erişim 18.11.2013).

Liechtenstein v. Guetemala, Reports of Judgements Advisory Opinions and Orders, Second Phase,April 6th 1955, International Court of Justice, karar için bkz. <http://www.icj-cij.org/docket/files/18/2674.pdf> (erişim 29.11.2013).

Maul v. United States,U.S. Supreme Court, 274 U.S. 501(1927), <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=274&invol=501> (erişim 18.11.2013).

Muscat Dhows Case France v. Britain,Permanent Court of Arbitration,8 Ağustos 1905, karar için bkz. <http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=6128> ve <http://www.haguejusticeportal.net/Docs/PCA/Muscat%20Dhows%20English%20Award%20PCA.pdf> (erişim 18.11.2013).

Naim Molvan v. Attorney General for Palestine 1948 A.C. 351, <http://www.legalcrystal.com/judgements/description/945795> , (erişim 18.11.2013).

Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders, Constitution of The Maritime Safety Committee of The Inter-Governmental Maritime Consultative Organization, Advisory Opinion of 8 June 1960, International Court Of Justice, <http://www.icj-cij.org/docket/files/43/2419.pdf> (erişim 18.11.2013).

Saint Vincent and The Grenadines v. Guinea, The M/V Saiga No.2 Case, 1 Temmuz 1999 International Tribune For The Law of The Sea, http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_2/merits/Judgment.01.07.99.E.pdf (erişim 29.11.2013).

The Case of the S.S. Lotus, France v. Turkey, 7 September 1927, Series A.-No.10, Permanent Court of International Justice http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf (erişim 19.11.2013).

United Nations Convention on the Law of the Sea, <http://legal.un.org/avl/ha/uncls/uncls.html> (erişim 28.11.2013).

United States v. Marino-Garcia, 679 F.2d. 1373, 1985 A.M.C. 1815 (11th. Cir. 1982) <https://www.casetext.com/case/us-v-marino-garcia/> (erişim 18.11.2013).

1958 Geneva Convention on the Law of the Sea, <http://legal.un.org/avl/ha/gclos/gclos.html> (erişim 28.11.2013).

