

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK VE USUL HUKUKU HAKKINDA YENİ KANUN VE KARŞILIKLILIK ESASI

Prof. Dr. Rabi KORAL*

1330 tarihli "Memaliki Osmaniyede bulunan ecneblerin Hukuk ve vezaifi hakkında kanunu muvakkat" esasları üzerine Türk Devletler hususi hukuk sistemini tesis etmek ve bu suretle Türk Devletler Hususi Hukukuna Avrupa Hukuku vasfını kazandırmak şerefi şüphesiz en başta rahmetli hocam Ord. Prof. Muammer Raşit Seviğ'e aittir.

Büyük Üstat, birinci Dünya harbi sırasında Osmanlı Hükümetinin kapitülasyonları lağvetmesi üzerine yabancılardan hukukunu korumak ve yabancılarla ilgili uyuşmazlıklarda tatbik edilmek üzere muvakkaten isdar ettiği ve fakat bu günlere kadar meriyette kalan 1330 sayılı muvakkat kanunun içinde bulunan kanunlar ihtilâfı kaidelerini çıkarmasını ve işlemlerini bilmiş neticede bu kanuna dayandırdığı bir Türk Devletler hukuku sistemi yaratmayı başarmış, bu hususta Türk Devletler Hususî hukuku müellif ve alimlerinin en başında yer almıştır¹.

1330 tarihinden yani 1914 yılından bu yana Türk Devletler Hususî hukuku alanında atılan ikinci büyük adım, bir hayli eskimiş yetersiz ve çoğu yerlerde müphem olan 1330 tarihli muvakkat kanunun mer'iyetten kaldırılması ve yerine modern Türk Devletler Hususi Hukukunun esaslarını koyan 20.5.1982 tarih ve 2675 sayılı kanunun kabulü olmuştur².

Yeni kanunun kabulünü Türk Devletler Hususi hukuku yönünden takdirle karşılanacak büyük bir olay saymak gerekir. Şüphe yok ki bu kanunun kabulü ile Türk Devletler Hususi Hukuku gerek maddi hukuk gerekse

usul hukuku yönünden bu güne kadar ulaşamadığı mertebelere ulaşabilecek ve asıl mühimmi, Türk Hukukçuları arasında gelişen bir kısım görüş farkları, yeni kanunun Devletler Hususi Hukukunu ilgilendiren birçok maddi ve usulî konularda hüküm sevkemiş olması dolayısıyla giderilmiş olacaktır.

Biz burada yeni kanunun hükme bağladığı konular arasında bir tanesini, yabancı hakem kararlarının tanınması ve icrası ile ilgili olanını ele alacağız. Bu konu yeni kanunun 43, 44 ve 45 nci maddelerinde hâl şekline bağlanmış bulunmaktadır³.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

- 1) Muammer Raşit SEViG, Devletler Hususi Hukuku Cilt I, 1947 İstanbul ve Cilt II 1947 İstanbul; aynı Müellif, Türkiye Cumhuriyeti Kanunlar İhtilâfı Kaidelerinin Sentezi 1941, İstanbul.
- 2) Yeni 2675 sayılı kanunun kabulü ile 1330 tarihli kanunu muvakkat 20.11.1982 de yürürlükten kalkmış olacaktır.
- 3) Yeni kanunun 43, 44 ve 45 inci maddeleri hükümleri aynen şöyledir:

Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi :

MADDE 43. — Kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış yabancı hakem kararları tenfiz edilebilir.

Yabancı hakem kararlarının tenfizi, tarafların yazılı olarak kararlaştırdıkları yer asliye mahkemesinden dilekçeyle istenir. Taraflar arasında böyle bir anlaşma olmadığı takdirde, aleyhine karar verilen tarafın Türkiye'deki ikametgâhı, yoksa sakın olduğu, bu da yoksa icraya konu teşkil edebilecek

Her ne kadar yeni kanun yabancı hakem kararlarının icrası konusunda yabancı mahkeme kararlarından ayrı, kendine has (fakat birçok modern memleketlerinkine benzer) müstakil bir sistem yaratmış bu bakımdan takdire lâyık bir yaklaşım tarzı benimsemiş ise de⁴, kanun 38 nci maddenin a bendi⁵ ile yabancı hakem kararlarının icrasını kıyasen yabancı mahkeme kararlarının icrasının tâbi olduğu "karşılıklılık" esasına tâbi kılmakla eskiden öne sürdüğümüz sakıncaların avdet etmesine ve binnetice yeniden eleştirilerimize sebebiyet vermiştir⁶.

Vakıa kanun bu kere karşılıklılık esasının tatbikini, usul kanunumuzun 540 nci maddesinin 1 nci bendinde öngörüldüğü üze-

malların bulunduğu yer mahkemesi yetkili sayılır.

Dilekçe ve İnceleme Usulü :

MADDE 44. — Yabancı bir hakem kararının tenfizini isteyen taraf, dilekçesine aşağıda yazılı belgeleri karşı tarafın sayısı kadar örnekleriyle birlikte ekler.

a) Tahkim sözleşmesi veya şartının aslı yahut usulüne göre onanmış örneği,

b) Hakem kararının usulen kesinleşmiş ve İcra kabiliyeti kazanmış aslı ve onanmış örneği,

c) (a) ve (b) bentlerinde sayılan belgelerin tercüme edilmiş ve usulen onanmış örnekleri,

Mahkemece hakem kararlarının tenfizinde 38/a, 39, 40 ve 41 nci madde hükümleri kıyas yoluyla uygulanır.

Ret Sebepleri :

MADDE 45. — Mahkeme :

a) Tahkim sözleşmesi yapılmamış veya esas sözleşmeye tahkim şartı konulmamış ise,

b) Hakem kararı genel ahlaka veya kamu düzenine aykırı ise,

c) Hakem kararına konu olan uyuşmazlığın Türk kanunlarına göre tahkim yoluyla çözümü mümkün değilse,

d) Taraflardan biri hakemler önünde usulüne göre temsil edilmemiş ve yapılan işlemleri sonradan açıkça kabul etmemiş ise,

e) Hakkında hakem kararının tenfizi istenen taraf hakem seçiminden usulen haberdar edilmemiş yahut iddia ve savunma imkânından yoksun bırakılmış ise,

f) Tahkim sözleşmesi veya şartı ta-

raflarca tabi kılındığı kanuna, bu konuda bir anlaşma yoksa hakem hükmünün verildiği yer hukukuna göre hükümsüz ise,

g) Hakemlerin seçimi veya hakemlerin uyguladıkları usul, tarafların anlaşmasına, böyle bir anlaşma yok ise hakem hükmünün verildiği yer hukukuna aykırı ise,

h) Hakem kararı, hakem sözleşmesinde veya şartında yer almayan bir hususa ilişkin ise veya sözleşme veya şartın sınırlarını aşıyor ise, (bu kısım hakkında)

i) Hakem kararı tabi olduğu veya verildiği yer hukuku hükümlerine göre kesinleşmemiş yahut icra kabiliyeti kazanmamış veya verildiği yerin yetkili mercii tarafından iptal edilmiş ise,

Yabancı hakem kararının tenfizi istemini reddeder.

Yukarıdaki (d), (e), (f), (g), (h) ve (i) bentlerinde yazılı hususların ispat yükü, hakkında tenfiz istenen tarafa aittir.

4) Böyle bir yaklaşım tarzının çok yerinde olduğunu belirten makalelerimiz için bkz, Rabi KORAL : Milletlerarası hakemlikte ifa davası ve milletlerarası Usul Hukuku kanun tasarısı (Prof. Dr. Hıfzı Timur'a Armağan, İstanbul 1979 sah. 512 ve m.) Daha eski makalelerimiz için Bkz, Rabi KORAL, Hususi Hukukta Milletlerarası Hakem kararlarının icrası, II, 1958 sah. 5 ve m. ve sah. 140-143.

5) MADDE 38 a bendi aynen şöyledir : Tenfiz Şartları — Yetkili mahkeme tenfiz kararını aşağıdaki şartlar dahilinde verir.

a) Türkiye Cumhuriyeti ile ilâmın verildiği Devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma yahut o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilâmların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün veya fiili uygulanmanın bulunması.

6) Rabi KORAL, (4) n.lü dip notunda zikri geçen makale, sah 509-512 ve m. Bundan evvel ve 2675 sayılı kanun henüz merivete girmediğine göre halihazırda, Yargıtay içtihatları icabı, yabancı hakem kararları usul kanunumuzun yabancı mahkeme kararlarının tabi olduğu usule göre tenfiz edilmekte idi ve halen de buna göre tenfiz edilmektedir. Bu husustaki usulün 540 nci maddenin birinci bendi hükmü böyledir:

I. Türkiye Cumhuriyeti ile ilâm ita eden Devlet beyninde mukabeleyi bilmişil esasına müstenid mukavele veya muahede bulunmaması.

re doğrudan doğruya yabancı hakem kararlarının tatbiki için bir **ana şart** olarak öne sürmeyip bu hususu **adeta bir usulî şart** şeklinde saymış gibi görünmekte ise de⁷ hatta karşılıklılık esasının hakem kararlarının icrasında **kıyasen tatbik edileceğini** hüküm altına almış bulunmakta (binnetice bu şartın tatbikinde bir nevi yumuşamaya doğru meyletmiş görünmekte) ise de, yabancı hakem kararlarının icrası bu kararların mahiyetine yabancı olan, ancak **mahkeme kararlarının** icrasında bahis konusu olabilen **"karşılıklılık"** gibi politik bir esasa tâbi kılınması, ne olursa olsun, hiçbir zaman yerinde sayılamaz

Bundan evvel, kanunun neşrine takaddüm eden son tasarıların hiç birinde, yabancı hakem kararlarının icrasında, **"karşılıklılık"** esasını benimsenmemiştir. Gerçekten **"karşılıklılık"** unsuru bu müessesenin icaplarına uymadığı kat'i surette anlaşılabilir bu şart tasarılarından tamamen çıkarılmıştır⁸.

Anlaşılan bu kayıt tasarıya son dakikada yeniden idhâl edilmiştir. Yalnız bu kere, bahis konusu kayıt, 2675 sayılı kanunun **esaslı şartları** veya aynı mahiyette sayılabileceğimiz hakem kararlarının icrasının **red sebepleri** arasına girmemiş, hakem kararlarının tenfizine matuf verilecek tenfiz dilekçesi ile ilgili **usulî işlemlerin** gerçekleştirilmesini hedef tutan 44 ncü maddenin son fıkrası ile mahkeme kararlarının tenfizine dair 38 nci maddenin a bendine **kıyas yolu ile** yapılan atıfla girmiştir.

Karşılıklılık şartı gibi yabancı hakem kararlarını bu güne kadar memleketimizde icrasına set çeken ve adeta bu babta senelerdir aşılması imkânsız bir durum yaratan, binnetice **önem itibarıyla başta gelen bir şartın** hakem kararlarının icrasına dair esaslı sebepler arasında (meselâ kesinleşme ve icra kabiliyeti şartlarının gerçekleşmesini arayan 43 ncü maddede) veya hiç olmazsa hakem kararlarının tenfizini red sebepleri arasında (meselâ bu sebepleri sıralayan 45 nci maddede) yer almayarak adeta **tâli bir şartmış gibi** dolaylı olarak ve usulî işlemleri tanzim eden 44 ncü maddenin son fıkrasına sonradan ilâve edilen bir hüküm ve 38 nci maddenin a bendine yapılan bir atıfla ve **kıyas yolu ile** (yâni hakem kararlarının öz ve mahiye-

tine uyduğu nispette) tatbik edilmek üzere çirmiş olması kanımızca memnunluk verici değildir. Ümit edelim ki bu hüküm azimet cephesinden değil ruhsat cephesinden ele alınsın ve yeni kanunun tatbikatının Türkiyenin tanınmış hukukî müesseseleri ve hukukî mercileri tarafından uzun çalışmalar ve karşılıklı müzakereler ve hatta sempozyumlar neticesi hazırlanmış olan ve içinden **"karşılıklılık"** esasını mahzurlu görülerek çıkarılmış bulunan önceki tasarıların manâ ve muhtevasına uygun surette vuku bulsun. Aksi takdirde son değişiklik mutlak manada kabul ve telâkki edilecek olursa milletlerarası tahkim müessesesinin Türkiyede işlemesi yâni milletlerarası hakem kararlarının Türkiyede icrası yeniden imkânsız denecek kadar zor ve ümitsiz bir hale gelir.

Bu nokta üzerinde ısrar edişimizin sebebi, hakemlik müessesesinin birçok kayıt ve şartlara bağlı kılınabilecek bir müessese olduğu, yabancı hakem kararlarını tenfiz talebinin reddi sebeplerinin arttırılıp indirilmesinin müessese yönünden can alıcı bir nokta sayılmıyabileceği halde hakem kararlarının icrasında **karşılıklılık** unsurunun aranmasının müessesenin manâ ve mahiyeti ve öz varlığı ile telifi mümkün olmıyan bir durum yaratabileceğine inandığımızdan ötürüdür.

Hazırlanan son tasarılarından hiç biri karşılıklılık esasını ihtiva etmediği halde yeni kanunda çıkan **"karşılıklılık"** şartının özü hakkındaki düşüncelerimizi bu şekilde kısmen belirttikten sonra yukarıda mezkûr yeni kanunun yabancı hakem kararlarının tenfizi ile ilgili diğer düşüncelerimizi belirtmek isteriz.

*
**

7) Bu şart **"Dilekçe ve İnceleme Usulü"** başlığı altında yer alan yeni 44 üncü maddenin son fıkrasında yer almaktadır. 3 nolu. dip no. bkz.

8) Bu şartı ilk olarak tasarılarından çıkarılan İstanbul Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü olup bunnula ilgili makalemiz için bkz. Rabi KORAL, **Hakemliğin milliyeti ve Yargıtay XV inci Hukuk Dairesinin 1976 tarihli Kararının Eleştirisi**, Prof. H. Timura armağan, 1979 sah. 470-472.

Bir kere, yeni kanunun 38 nci maddesinin a bendi eskiden mer'î Usul Kanunumuzun 540. maddesinde öngörülen **hukuki karşılıklılık** yâni karşılıklı anlaşma suretile karşılıklılık tarzında ısrar etmemiş, **fiilî karşılıklığın** varlığını yeterli görmüştür. Bu bir avantajdır⁹.

İkincisi, yeni kanunun 38 nci maddesi ayrıca, yabancı devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilâmların tenfizini mümkün kılan "**bir kanun hükmünün**" bulunmasını da karşılıklılık şartının gerçekleşmesi için üçüncü bir unsur olarak belirtmiştir. Bu da karşılıklılık umdesinin yumuşatılması yönünden kıymetlendirilmesi gereken ve avantaj sağlayan bir umdedir¹⁰.

Nihayet daha yukarıda belirttiğimiz gibi, kanunun 38 nci maddesinin a hükmü uyarınca öngörülen karşılıklılık, 43 ncü maddenin ilk fıkrasında veya 45 nci maddede öngörülmüş olan ana şartlar arasında sayılmayıp usule müteallik maddeler içinde sayılması hatta buna ilâveten bunun kıyas yolu ile tatbik edilecek hükümler arasında yer alması, daha yukarıda belirttiğimiz gibi hâkime daha da hareket serbestisi veren ve hükmün şiddetini yumuşatan bir umde mahiyetinde telakki edilmelidir.

*
**

Kanunun yabancı hakem kararlarının tenfizi ile ilgili diğer hükümleri hakkındaki görüşlerimize gelince, biz bunları kanun henüz tasarı halinde iken yazdığımız makalede evvelce belirttik¹¹. Bu itibarla bu görüşlerimizi tekrar etmiyerek zikri geçen makalemize atıflar yapmak suretiyle yetineceğiz.

Bir kere yeni kanunla bugün sağlanan büyük avantajlardan biri, eskiden olduğu gibi hakem kararlarının **mahkeme kararlarına** has hükümlere tebean tenfizi yerine, daha yukarıda belirttiğimiz gibi, yeni kanunun 43 ve 45 nci maddelerinin öngördüğü veçhile **hakemlik müessesesine** has kayıt ve şartlara tebean tenfiz edilmeleridir. Yeni kanun bu sistemi getirmiş olmakla **akit teorisine** daha uygun olacak şekilde tenfiz müessesesini değerlendirmiş olduğunun kabulü gerekir.

Bu sistemin hakem kararlarının icrası hususunda sağladığı büyük avantajı evvelce açıkladığımız için burada daha fazla üzerinde durmuyoruz¹². Sadece şunu belirtelim ki hakem kararlarının tenfizinin reddi şartları yakından incelenecek olursa bunların hep hakem kararlarının aktî esasa dayandığı prensibinden mülhem olduğu, nitekim bunların hakem kararlarının icrasının temininde başka imkân olmayan hallerde birçok memlekette kendisinden yararlanılan **ex contractu** ifa davasında gerçekleşmesi aranılan şartlara benzer mahiyette bulunduğu, binnetice bunların hakem kararlarının aktî mahiyetle daha çok telifi mümkün şartlardan olmaları itibarile bugünkü telâkkilere uygun buldukları anlaşılır¹³.

İkincisi yeni kanunumuzun yukarıda incelemekte olduğumuz hükümleri ile, özellikle 43 üncü maddesi uyarınca, hakem kararlarının icrası için bunların tâbi oldukları kanuna göre **kesinleşmiş olmalarını ve icra kabiliyetini** kazanmış bulunmalarını aranmaktadır.

- 9) *Bu avantajı yukarıda 4.lu dip notlarında zikrettiğimiz makalelerimizde belirtmiş bulunmaktayız.*
- 10) *Bu avantajları bize şüphesiz bundan sonraki tatbikat gösterecektir. Her halde maddeye bu ibarenin konmasını hayırlı bir adım olarak karşılamak gereklidir.*
- 11) *4 nolu dip n. z.g. makalemiz.*
- 12) *Bkz. 3, 4 ve 8 numaralı dip notlarında z.g. makalelerimiz sah. 511-512 ve sah. 47-472.*
- 13) *4 numaralı dip notunda z.g. makalemiz sah. 512. Yalnız bu vesile ile burada şunu da ilâve edelim ki modern telâkkiler hakem kararlarını kontrol sebeplerini bu derece büyük sayıda tutmak taraftarı değildirler. Nitekim 1958 tarihli New-York Sözleşmesi dahil milletlerarası anlaşmalar bu kontrol sebeplerinin sayısını bir hayli azaltmışlardır.*

Bu itibarla biz de, her ne kadar yeni kanunu, 45 inci maddesi hükmünün ihtiva ettiği prensip ve Türk hakem kararlarını tenfiz sisteminde açtığı yeni çığır bakımından memnunlukla karşılıyor isek de kanunda mevcut kontrol şıklarının adedinin çokluğu bakımından bunu eleştiriye muhtaç savıyor ve bunların esaslı bir şekilde azaltılması gerektiğine inanıyoruz.

Hakem kararlarının mahkeme kararları mahiyetinde oldukları teorisinden mülhem olan yukarıdaki terimler yerine makalemizde hakem kararlarının aktî mahiyetine daha uygun olan "**bağlayıcılık**" (binding) (verbindliĝ) teriminin kullanılmasının bugünkü icaplara daha uygun olduğunu açıkladık. Bu noktanın da tafsil ve izahı evvelki makalemizde mevcut olduğu için bunun üzerinde de ayrıca durmuyacağız¹⁴.

*
**

Eskimiş, yetersiz ve devrini yaşamış olan 1330 tarihli muvakkat kanun yerine 2675 sayılı kanun gibi modern ve ilmin son icaplarına uygun bir kanunla Türk milletlerarası özel hukuk ve usul sisteminin tesis ve ihyası, hukuk tarihimize geçecek, Türk Devletler Hukusu Hukuku hayatında geniş ufuklar açacak takdire layik bir olaydır. Bu kanunun kabulü dolayısıyla memleketin hukuk hayatına ilgilenenler ne kadar sevinse azdır.

Yabancı hakem kararlarının tenfizi bahsine gelince, kanun, bunlar için müstakil ve yabancı mahkeme kararlarından ayrı bir tenfiz sistemi yaratmakla isabetli hareket etmiştir. Bu olayın da takdirle karşılanması gereklidir. Ancak müessesenin can alıcı noktalarında azınlığın değil çoğunluğun fikrine uygun hareket etmek daha doğru olurdu.

Bir kanunda, tenfiz edilecek hakem kararlarının "**kesin**" olmaları veya "**icra kabiliyetini**" haiz bulunmaları aranmış yahut da tenfiz kararının verilmesi için yabancı hakem kararlarının üç, beş, hatta yeni kanunun öngördüğü gibi **dokuz noktadan** kontrol edilmeleri öngörülmüş olabilir.

Böyle bir hal şeklinin hakemliğin modern icapları ve kahir ekseriyetin görüşü ile taban tabana zıt olmadığı düşünülebilir. Eski ve yeni teoriler bu bahisler içinde birbirile telifi mümkün hal şekillerine ulaştırılmaları mümkündür.

Ancak yabancı hakem kararlarının tenfizi bahsinde münakaşa kabul etmez derecede bertaraf edilmiş olan "**karşılıklılık**" şartının hala aranması hakemliğin bugünkü modern anlayışı ile telifi mümkün olmıyan bir keyfiyet olduğu gibi, bu bu güne kadar üzüntü ile kaydettiğimiz üzere, Türkiye'de milletler-

arası hakem kararlarının icrasına kesin surette engel olan bir hüküm teşkil eder¹⁵.

Kaldı ki yeni kanunla bizde bir taraftan dokuz noktadan kaynaklanan bir kontrol sisteminin ihdası öte yandan hakem kararlarını tenfiz için ayrıca **karşılıklılık** şartının aranması tezat teşkil eder mahiyettedir. Ya hakem kararları mahkeme kararı mahiyetinde adedilir o zaman bildiğimiz, icra kabiliyeti ve kesinlik şartına ilaveten **karşılıklılık** şartının baş planda gerçekleşmesi aranır, veyahut hakem kararları aktî mahiyette sayılır o zaman da 45 inci madde hükmünde olduğu gibi tenfiz kararı verilmek için üç, beş veya dokuz noktadan hakem kararları kontrole tabi tutulmakla yetinilir.

Bunun aksine hareket ile yabancı hakem kararlarının tenfizi babında her iki sistemin şartlarının aranması hatta bunların ruhsat değil azimet cephesinden gerçekleşmesinin istenmesi, yabancı hakem kararlarının icrasının peşinen mennedilmesi gibi zecri bir etki yaratır.

Burada üzüntüyü mucip bir nokta da şudur: Eskiden kanunumuzda yabancı hakem kararlarının icrasına dair hüküm yokluğu karşısında bir dereceye kadar **ex contractu** ifa davasına müracaat edilerek yabancı hakem kararlarının icrasına tevessül edilip kısmen de olsa bu yolda bazı neticelerin elde edilmesine çalışılıyordu¹⁶. Yeni kanunumuz mer'iyete girdikten sonra bu yolun da kapandığını göreceğiz. Zira bundan sonra kanunumuzda yabancı hakem kararlarının icrası için özel hüküm bulunacağına göre bunun dışında **ex contractu** gibi genel esaslara müsteniden yabancı hakem kararlarının icrası çarelerine tevessül imkânı kalmıyacaktır.

Bu güç duruma göre tavsiyemiz, karşılıklılık unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin tatbikinde larj davranılması, bu unsurun baş planda kanuna idhal edilmeyip ikin-

14) 4 nolu dip notunda zikri geçen makalemiz sah. 513-516. Kezalik Bkz. Hususi Hukukta milletlerarası Hakem kararlarının icrası II adlı eserimiz sah. 113 ve müt.

15) Bkz. 4 nolu. dip notunda z.g Makalemiz. z.g.e. sah. 494.

16) Aynı makale z.g.e. sah. 496, 503, 508 ve m.

ci planda, dolaylı bir şekilde, usulî yoldan ve kıyas suretile tatbik edilmek üzere kanunlaştırılmasını ona göre kıymetlendirerek tatbikata bir imkân sağlanması, nihayet bu güne kadar birçok gelişmiş ve gelişmekte olan devletlerin yaptığı gibi Yabancı hakem kararlarının icrasına dair 1958 tarihli milletlerarası New-York, sözleşmesine iltihak edilmesi¹⁷ ve son olarak ticaretimizin gelişmiş bulunduğu, Fransa, Almanya, İsviçre gibi memleketlerle ikili anlaşmalar akdedilmesi çarelerinin aranmasıdır.

Unutmamak gerekir ki bugünkü Türkiye-
miz eski Türkiye değildir. Memleketimiz tica-
reti, sanayii ve çeşitli mahiyetteki hizmet ar-

zı yönünden dışa dönük bir memleket vasfı-
nı her gün daha fazla kazanmaktadır. Bu gibi
hallerde ihtilâfların hallinde hakeme başvurul-
ması ve milletlerarası hakemlik müessesesin-
den faydalanılması Türkiyemiz için başta ge-
len menfaatlerden biri olmaktadır. Türkiyeyi
gelişmekte olan değil dünyanın birçok memle-
ketlerine nazaran gelişmiş bir memleket say-
manın zamanı da artık gelmiş bulunmaktadır.

17) Bkz. Rabi KORAL, *Birleşmiş Milletler
New York Konferansı ve 10 Haziran
1958 tarihli sözleşme* (H.F.M. 1961 c. 24
sayı 3-4).

DEVLETİN YARGI MUAFİYETİ VE MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK VE USUL HUKUKU HAKKINDAKİ KANUN

Prof. Dr. Ergin NOMER*

I. 1330 tarihli Muvakkat Kanundan bu yana, mahkeme kararlarıyla ve buna ek olarak Türk doktrininin getirdiği çözümlerle geliştirilmiş olan devletler hususî hukuku genel olarak ifadesini 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkındaki Kanunda bulmuştur. Yürürlüğü 22 Kasım 1982 olan bu Kanun için, mevcut hukukî durumu kanunlaştırmıştır denebilir. Bununla beraber Kanun, Türk Yargıtayının bazı konularda tenkide uğrayan içtihadını bir yana bırakarak, genellikle doktrinin görüşü doğrultusunda düzenlemelere de yer vermiştir. Bunlardan en önemlisi, Türk Yargıtayının yabancı devletlerin yargı muafiyeti hakkındaki, büyük ölçüde modern hukukun oldukça gerisinde kalmış olan içtihadına karşı getirilmiş olan hükümdür.

1. Devletlerin ülkeleri üzerindeki yargı yetkisine, milletlerarası teamül hukukunun koyduğu bir sınırlama, diğer devletlere tanınan yargı muafiyetidir. Devletlerin yargı muafiyeti, yani bir devletin diğer bir devletin mahkemelerinde yargılanamayacağı, devletlerin eşitliğine dayandırılmış bir prensiptir.

Devletler hukukunda devletlerin yargı muafiyeti önceleri "par in parem non habet imperium" (eşitin eşit üzerinde hâkimiyeti olamaz) veya "par in parem non habet jurisdictionem" (eşitin eşit üzerinde yargı yetkisi olamaz) anlayışına dayandırılmıştı. Ancak 20. Yüzyılda devletin görev alanı genişlemeye ve devletler aynı ölçüde olmamakla beraber özel şahıslarca yapılan ekonomik faaliyetlere katılmaya başlayınca, devletlerin faaliyetlerinden dolayı sorumlulukları kavramı ortaya çıkmış ve hukuka bağlı devlet fikri gelişmiştir. Bunun sonucu olarak, Birinci Dünya Harbinden sonra, devletin yargı muafiyetinin sınırlandırılması görüşü kuvvet kazanmış, doktrin ve uygulamada bu görüş kendisine yer bulmaya başlamıştır.

Bugün, teknil hukuk sistemlerinin, yabancı devletleri, üzerinde hükûmet nüfuz ve iktidarı bulunan faaliyetler sahasında, yani hâkimiyet tasarrufları bakımından mahallî yargıdan muaf tuttuğu bir vakıadır. Hatta bu hususta bir devletler hukuku mükellefiyetinin

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğretim Üyesi.

mevcut olduğu kanaatı yaygındır. Bu noktaya kadar milletlerarası bir hukukî inanış ve teamül hukuku kaidesinin varlığı kabul edilmektedir. Fakat bunun dışında ne müşterek bir hukukî inanış ve ne de müşterek bir uygulama mevcuttur¹. Yabancı devletleri özel hukuk, iş ve ticarî ilişkiler alanında mahallî yargıya tâbi tutan sayısız hukuklar da göz önüne alınırsa, devletlerin yargı muafiyetinin devletler hukukunda hâkimiyet tasarruflarıyla sınırlı olduğunu kabul etmek gerekir.

2. Devletler hukuku bakımından devletin yargı muafiyeti hâkimiyet tasarrufları alanında bir hukukî mükellefiyet olarak ortaya çıktığına göre, yabancı bir devletin özel bir şahıs gibi giriştiği özel hukuk ilişkilerinden dolayı kendisi aleyhine Türk mahkemelerinde hukuk davalarının açılmasını engelleyici bir düşünce mevcut değildir². Kaldı ki, yabancı devletlerin Türk mahkemelerinde yargılanabilmesini önleyici herhangi bir hüküm de kanunlarımızda hiç bir zaman yer almamıştır.

3. Bu hukukî duruma rağmen, Türk Yargıtayı milletlerarası uygulamadaki gelişmeleri de dikkate almaksızın, eskiliğinde artık şüphe kalmamış olan bir anlayışla, yabancı devletlere özel hukuk ilişkilerinde dahi yargı muafiyeti tanımakta ısrarlı olmuştur.

a) Yargıtaya göre, "yabancı devlet aleyhine dava açılmaz"³. Bunun tek gerekçesi "devletler hukuku ilkeleri" olmaktadır. Yargıtay, "bir devletin diğer devlet mahkemesinde muhakeme edilmesine devletlerin bağımsızlığı mani bulunmuş olduğu"⁴, "yabancı bir devletin gayrimenkule ve onun zilyetliğine müteallik ihtilâflar haricindeki hususlarda mahallî kazaya tâbi olması keyfiyeti, kendi rıza ve muvafakatlerine bağlı olduğu, devletler hukuku esaslarından bulduğu"⁵, "devletler hukuku ilkeleri gayrimenkule ilişkin davalar dışında hükümlen bir devletin diğer bir devlet nezdinde muhakeme edilmesine cevaz vermez. Siyasî hâkimiyetle sınırlı ve ona ilişkin kaza yetkisinin diğer bir devlete teşmili mümkün bulunmadığı"⁶ veya "yabancı devletin diğer bir devletin mahkemelerinde davalı olarak bulunup hüküm verilmesi olanağı bulunmadığı"⁷ gibi gerekçelerle yabancı devletin Türk yargısı karşı-

sında sınırsız bir yargı muafiyetine sahip olduğu görüşünü muhafaza etmiştir.

b) Yargıtay zaman zaman da devletin yargı muafiyeti ile diplomatik temsilcilerin yargı muafiyetini birbirine karıştırarak yabancı devlet aleyhine dava açılmasını önlemiştir. Bu nevi kararlarda⁸ da, Yargıtay yabancı devletlerin özel hukuk ilişkilerinden doğan ihtilaflarındaki yargı muafiyetini, diplomatik temsilcilere tebliğat yapılamıyacağı kaidesinden hareketle temin etmiş olmaktadır. Halbuki, diplomasi temsilcilerine tebliğat yapılamıyacağına dair olan ve Yargıtay kararlarına dayanak teşkil ettiği anlaşılan Kararnamede⁹ söz konusu edilen tebliğat, bu şahıslar aleyhine açılan davalar hakkında olup, bunların temsil ettikleri devletler aleyhine açılan davalar için değildir. Yargı muafiyeti içine girmeyen bir hukukî işlemde dolayı yabancı devleti temsil eden diplomatik temsilcisine tebliğat yapılabilmesini önleyici bir düşünce mevcut değildir.

Yargıtay zaman zaman diplomatik temsilcilerin yargı muafiyetinden istifade ederek

- 1) *NOMER Devletlerin Kaza Muafiyeti İHFM Cilt: XXXV 1969 Sayı: 1-4 s. 471-494. Ayrıca bkz. ÇELİK Milletlerarası Hukuk II/1 1977 s. 40 vd.; TOLUNER Milletlerarası Hukuk Dersleri 1979 s. 334 vd.*
- 2) *NOMER Devletlerin Kaza Muafiyeti İHFM Cilt: XXXV 1969 Sayı: 1-4 s. 493; ÇELİK Milletlerarası Hukuk II/1 1977 s. 46; KURU Hukuk Muhakemeleri Usulü I 1979 s. 878 ve orada dip n. 9'da zikredilenler.*
- 3) *Yar. 3. HD. K., 23.10.1978 (Yasa Hukuk Dergisi 1978/12 2063).*
- 4) *Yar. 4. HD. K., 21.3.1947 (BERKİ/ERGÜNEY Kanun İhtilafları 1954 110 vd.).*
- 5) *Yar. TD. K., 23.12.1950 (BERKİ/ERGÜNEY Kanun İhtilafları 1954 111 vd.).*
- 6) *Yar. TD. K., 16.2.1968 (Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi Cilt: IV 1968 Sayı: 4 756 vd.).*
- 7) *Yar. 4. HD. K., 8.4.1974 (Ankara Barosu Dergisi 1974/4 756 vd.).*
- 8) *Bkz. dn. 5 ve Yar. 6. HD. K., 19.11.1981 (Yargıtay Kararları Dergisi Cilt: VIII, 1982 Sayı: 5 s. 652 vd.).*
- 9) *9 Aralık 1931 tarihli Kararname: Türkiyede Diplomatik Memur ve Mensuplarına Tanınan İmtiyaz ve Muafiyetler; metni için bkz. AKİPEK Devletler Hukuku Kaynaklarından ve Belgelerinden Örnekler 1966 211-215.*

ve genellikle de hiç bir devirde mutlak ve sınırsız anlamıyla bir devletler hukuku ilkesi olarak kabul edilmemiş olan bir anlayıştan hareketle yabancı devletlere özel hukuk ilişkilerinde de yargı muafiyeti tanımıştır. Bugünün mülteferarası uygulamaları ile de bağdaşmayan böyle bir anlayışın Türk mahkeme tatbikatından da uzaklaşması gerekirdi.

II. 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkındaki Kanun Türk mahkeme uygulamasının bu ısrarlı tutumu karşısında pek olağan olmamakla beraber yabancı devletlerin yargı muafiyetine ilişkin bir hüküm getirmek mecburiyetinde kalmıştır. Getirilen hüküm devletlerin yargı muafiyeti hakkında bugün mülteferarası uygulamada kabul edilen anlayışı ifade eder: "Yabancı devlete, **özel hukuk ilişkilerinden doğan hukukî uyuş-**

mazlıklarda yargı muafiyeti tanınmaz" (m. 33 I). Kanun, diplomatik temsilcilerin yargı muafiyetinden istifade ile yabancı devletlerin özel hukuk ilişkilerinden dolayı dava edilebilmelerine engel olan yanlış uygulamayı da önlemek üzere şu hükmü ilave etmiştir: Bu gibi özel hukuk ilişkilerinden doğan hukukî uyuşmazlıklarda, devleti temsilen "devletin diplomatik temsilcilerine tebliğat yapılabilir" (m. 33 II).

Bu duruma göre, bundan böyle yabancı devletler özel hukuk ilişkilerinden doğan ihtilaflarda Türk mahkemelerinde dava edilebileceklerdir. Gerekli tebliğatlar yabancı devleti temsil eden diplomatik temsilcilere yapılabilecek, diplomatik temsilciler bu nevi tebliğatları kendi diplomatik yargı muafiyetlerini ileri sürerek kabul etmemelik yapamayacaklardır.

ON MINORITY TERROR AND STATE TEROR — THE CASE OF WESTERN THRACE —

Dr. Baskın ORAN*

The question of providing international protection for national minorities was a "burning" topic of the period between the two wars. Being, in any case, one of the two developments that led to the outbreak of the First Great War (the other was the "treading on each other's toes" by European imperialist powers in Asia and Africa) the Peace Conference of Paris in 1919 had to tackle the question of minorities in Europe with great care. In countries where minorities were conceded to, such minority people were placed under international guarantees, either by international agreements solely made for the purpose (for instance, the Greeks, Sèvres), or by special statements (the Albanian statement), or by special sections inserted in peace treaties (Lausanne Treaty).

To enable such minorities to preserve their cultural characteristics certain group rights, such as those relating to their exis-

tence and religions, equality before law, publication and teaching in their own languages, and the establishment and administration of their institutions, were placed under the guarantee of the League of Nations, the universal organization of the time.

Notwithstanding this, however, the Second World War could not be avoided. The disappearance of the League of Nations from the scene was the aftermath of the War. It was succeeded by the United Nations, which was expected to introduce a new international system for the protection of minorities as a substitute for the previous system, but no reference was made to the subject at all, and the whole attention of the San Fransisco Conference became con-

* Dr. Oran is Asistant Professor of International Relations at the Faculty of Political Science, University of Ankara.

centrated on a new concept of international protection. Somehow, the "Human Rights" became afterwards the "à la mode" expression of the international community. And it is not exactly known whether the preference for it was because it covered the minority rights, too, or it was an outcome of the anti-League atmosphere that dominated the first years of the organization, or whether indeed it resulted from an attainment of a position that enabled national states now to guard their sovereignty with greater jealousy.

In this way the concept of "Minority Rights" began its vegetation life in the minutes and reports of the Sub-Committee on the Prevention of Discrimination and the Protection of Minorities set up by the Commission on Human Rights, which was in turn an offspring of an organ, known as the Economic and Social Council, of the new universal Organization.

At a time just when it might be said that minority problems and acute international interest in them had died down, a ghost, this time not in the form of international legal texts but in the form of terrorist action, all of a sudden began strolling around in the national state community of our times. And what was really interesting about it was that along with the underdeveloped countries (for instance, Biafrans in Nigeria, Eritreans in Ethiopia) that are weak from national unity point of view, minority terrorism had begun in developed countries also; countries which had had no such drawbacks and which, during the period between the two wars, had brought the responsibility of protecting the minorities on to other countries.

In bilingual countries such as Canada and Belgium, strifes were perhaps natural, but in France, which could be regarded as the oldest national state, the Bretons blew up radio stations, the Corsicans bombed government offices, and even in Alsace, protests against environmental pollution in 1974 were taken so far as to make hints at an Alsatian "Cultural Revolution". In the United States, problems relating to the negro population were already far too numerous.

Spain, one of the oldest states, menti-

oned generally in connection with the Basque minority's terrorist activities, was in reality turned into a powder-keg by a wave of bomb attacks in Catalonia, Andalusia, Valencie, Castilia regions, Balearic Islands and even the Canaries. In Italy, one of the two countries which have introduced the National Unity factor to the definition of nationalism, the Sardinian militants did not confine themselves to raiding Carabinieri and police stations alone. As the kidnapping and murdering of Mr. Aldo Moro proved, they had established serious links with the Red Brigades¹.

In this connection, amid the whirlpool of minority terror of this last quarter of the Twentieth Century, it would be rather difficult not to refer to a country, whose national tongue has now become a universal means of communication and whose national unity is reputed to be the "soundest" of all. Great Britain ought, perhaps, to have been placed at the top, rather than at the bottom of this long list, considering the violence though not yet directed at human life but at the destruction of property in Wales, the uncovering in 1975 of an organization called the "Scottish National Army", and the IRA terror in Northern Ireland which has become so widely known as to make further elaboration quite unnecessary. Today, even in London it's very common for one entering a theatre to have the police open and control the small-sized night handbag one may happen to carry. The periods of detention in custody are being extended everywhere. The series of measures being taken by a national state against minority terrorism directed at her very existence have gone far beyond than the opening and control of a spengled night hand-bag in a democratic country; they have reached the limit of oppression with police harassment, German shepherds and the like. In other words, gradually it would not be an exaggeration to talk

1) See Ekkehart Krippendorff's *Minorities, Violence and Peace Research*, The Johns Hopkins University Bologna Center, Occasional Paper no. 20, 1978, p. 9 and *passim*.

about a state terror wave in relation for a minority terror wave.

*
**

"Violence breeds violence", and this burgeoning state terror can perhaps be considered normal in such circumstances.

In a European country, however, there exists in our days quite a different kind of minority and quite a different kind of terror. Greece, now a full member of the EEC, has steadily been stepping up its political, social and economic state terror against the Muslim-Turkish minority in Western Thrace. This region has experienced a lot of turbulence since 1878, was occupied by Bulgarians, and has lived through the German occupation and a full scale civil war since it was annexed by Greece in 1920. But all these events and the fact that the region is contiguous to the Turkish border, the kinship of its habitants, this minority has never caused even the most trivial problem to its legitimate government in Athens. But since the early days of Greek sovereignty, the desire to Hellenize the region has been a major policy of the Governments. This article is concerned with the human and minority rights violations faced by the Western Thrace minority during these Hellenization endeavours..

*
**

By a Convention and Protocol Concerning the (compulsory) Exchange of Greek and Turkish Populations signed the same year as the Lausanne Peace Treaty, the question of national minorities between the two countries was radically solved. Exceptions to the compulsory exchange were the Greek Orthodox minority in Istanbul and the Moslem-Turkish minority in Western Thrace. According to the official figures submitted by the Turkish Delegation to the Peace Conference, the overall population of Western Thrace in 1922-23 was 191.699, of which 129.120 were Turks, 33.910 were Greeks, 26.266 were Bulgarians, 1480 were of Jewish faith and 923 were Armenians. Then, Turks outnumbered Greeks 4 to 1. According to the same official source, Turks who were predominantly farmers owned 84 % of the land in the region, Bulgarians owned

10 %, while the Greeks, who were traditional traders, owned 5%².

Along with the status of Istanbul's Greek Orthodox minority, Western Thrace Moslem-Turkish minority's status was regulated by the Lausanne Treaty of 24 July 1923, Arts. 37-45. Actually, there were four other treaties or protocols made previously and guaranteeing the rights of Moslems in Greece especially as regards the religious freedom and property rights but only one of them, namely the Sèvres Treaty of 1920 was applicable in the case of Western Thrace³. In

- 2) *Official Minutes of the Lausanne Conference, First Series, vol. 1, pp. 42-49. The Greek official figures were not much different: 114.810 Turks against, 44.686 Greeks.*
- 3) *The first treaty protecting Moslem minority in Greece is the Protocol of London signed 3 February 1830 before the independence of Greece (For the text see: Recueil des Traités de la France, tome troisième, Paris, 1880, pp. 557-560). The second document is the Convention of Constantinople of 24 May 1881, signed after the Treaty of Berlin of 1878, upon the annexation of Macedonia, Epirus, Tessaly and the Aegian Islands by Greece (For the text see: ibid., tome troisième, Paris, 1883, pp. 32-37). The third, Treaty of Athens of 1-14 November 1913, was made at the end of the Balkan War (For the text see: Martens, Recueil Général de Traités, 3 b s., VIII, pp. 93-101). As all these International instruments concerning the protection or minorities in Greece make it clear that the protection they guarantee is for the habitants of "territories ceded by the Ottoman Empire", they cannot be regarded as valid for Western Thrace which was annexed by Greece only in 1920. However, the Protocol no. 3 attached to the Athens Treaty of 1913, having stated that it would be valid for "all territories of Greece", should clearly be regarded as valid for Western Thrace as well, by virtue of succession of states. Furthermore, a document of the Finance Ministry of Greece concerning a wakf property in Comotini, Western Thrace dated 10 July 1976 (no. of protocol: D. 4021/167) makes a reference to Art. 12 of the 1913 Treaty of Athens and therefore accepts the validity as domestic law of the said Treaty.*
The fourth international instrument,

addition to these two treaties the Turkish minority in Western Thrace was eventually to benefit from subsequent developments in the international protection of Human Rights as reflected by such documents as the Universal Declaration of Human Rights (1948), European Convention of Human Rights (1953), International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (1969), International Covenant on Civil and Political Rights (1976), and International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights (1976).

*
**

All these human and minority rights have remained on paper, because the Greek official policy aimed at uprooting this Turkish element and Hellenizing the region began as soon as the Lausanne Treaty was ratified⁴. As a result, the Moslem-Turkish population amounts now to no more than a mere 120.000 among an overall Western Thrace population of 346.000⁵, while its share in land distribution came down to 40%. As the rate of growth of population increase among this minority is rather high (2.8%), and as land is so vital for them that they consider it almost sacred, this double decrease in statistical figures can only be explained in terms of the following harassment and intimidation measures which are open violations of minority protection and human rights as stipulated in treaties and international instruments already mentioned.

Education

Greece has a binding obligation under Art. 40 of the Lausanne treaty which stipulates that "(minorities) shall have an equal right to establish, manage and control at their own expenses any schools and other establishments for instruction and education, with the right to use their own language". Similar minority rights in this field are stipulated in Sèvres Treaty (1920) Arts. 8 and 9. However, a Law on Minority Schools (no. 694/1977) has been passed, whereby the education of the minority has arbitrarily been

subjected to the Greek authorities' will.

signed between the British Empire, France, Italy, Japan, and Greece at Sevres, 10 August 1920, Concerning the Protection of Minorities in Greece, is a treaty made after the annexation of Western Thrace by Greece, and therefore is applicable to the habitants of this region, along with the Lausanne Treaty mentioned above. Although Greece declares that she is bound by the latter treaty only, stating that her minority protection treaty Sèvres was replaced by a later treaty (Lausanne), a Protocol (Sub no. XVI) signed on 24 July 1923 at Lausanne by the signatories of 1920 Sèvres Treaty stipulated that the latter mentioned treaty should be implemented, as a result of which Greece ratified the Sèvres Treaty by parliamentary acts of 29 September and 30 October 1923. Furthermore, it should be mentioned that, the Sèvres Treaty of 1920 is still being regarded by Greece as valid as domestic law, because it was ratified by her Parliament. In this respect, see the summary of the Greek Council of State decision no. 555/1953, United Nations Yearbook on Human Rights, 1953, p. 117. For the text of the Sèvres Treaty see: British Foreign and State Papers, vol. 113, p. 471, and for the Lausanne Treaty, League of Nations Treaty Series, vol. XXVIII, p. 31.

- 4) Mr. Anastas Bakalbashi who was at the time Minister of Agriculture (in his own words) "had the courage to revoke this order (governmental order decreed by the previous Rafandaris Cabinet as an implementation of the Lausanne Treaty, instructing the removal of 60.000 Greek refugees from Thrace) and thus the 60.000 refugees of this description remained in Thrace". Quoted from Bakalbashi's Political Activities of Thirty Years in Ü. Haluk Bayülken, "Turkish Minorities in Greece", Turkish Yearbook of International Relations for 1963, Ankara, 1965, pp. 160-161.
- 5) The exact figure is 340.705 (1981 census) The figure concerning the Moslem population is a realistic estimate, because after the general census of 1951, the population of Greece was not asked to specify its religion (Ath. Angelopoulos, "Population Distribution of Greece Today According to Language, National Consciousness and Religion", Balkan Studies, vol. 2 (1979), p. 128.

Already, the educational level of the minority is very low. Because text books are Censured and curricula arranged in such a manner as to prevent children from following educational and cultural, developments, there is not a single student of Turkish origin in Greek, universities. The students of the two high schools serving this community of 120.000 are not admitted to Greek universities at par with the graduates of normal Greek high schools, nor are the Turkish upniversity graduates admitted to civil service. More than half of the teachers do not have professional training, while about seventy teachers who have degrees in education are not permitted to work because they are of Turkish origin. The only Moslem-Turkish teachers the Greek authorities are willing to employ in minority schools are those who are educated at the Special Pedagogical Academy of Thessaloniki (1966). This Academy, founded in 1966 accepts the graduates of **medresses** (Moslem religious schools) and prepares them for teaching in Western Thrace schools. Recently, a "Top Secret" document of the Second Political Section of the Greek Foreign Ministry was disclosed in the Turkish press. This authentic document dated Athens, 31 March 1979, no. 2DF. 1105.3/2-25 arrives to the conclusion that the results obtained by the Academy in its efforts to "eradicate the Moslem minority in the next 8 or 10 years' period" are evaluated as "very satisfactory" by the KIP, the Greek Secret Service. It has also been documented that KIP appropriated 1.026.000 Drachmas to be spent for the "extraordinary expenditures of the Academy students in the academic year 1978-79" (Doc. no. 311527 dated 5 April 1979)⁶.

Nationality

Although Art. 4 of the Greek Constitution of 1975 assures that "All Greeks are equal before the law... Withdrawal of Greek citizenship shall be permitted only in case of voluntary acquisition of another citizenship or of undertaking service contrary to national interests in a foreign country...", Art. 19 of the Greek Nationality Code (no. 3370/1955) declares that "A person of non-

Greek ethnic origin leaving Greece without the intention of returning, may be declared as having lost Greek nationality... The Minister of the Interior decides in these matters with the concurring opinion of the Nationality Council". During the last few years Greek authorities have been awaiting themselves to the utmost of this racist provision to systematically expel Western Thrace minority. Since 1975, some 10.000 persons have lost Greek citizenship just because they were not of the same "ethnic" origin. This racist practice is also in open contradiction with the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination which stipulates that adherents (like Greece) have undertaken "to engage in no act or practice of racial discrimination against persons, groups of persons or institutions and to ensure that all authorities and public institutions, national and local shall act in conformity with this obligation" (Art. 2/1-a) and that each state must "take effective measures to review governmental, national and local policies, and to amend, rescind or nullify any laws and dregulations which have the effect of creating or perpetuating racial discrimination wherever it exists" (Art. 2/1-c).

The person so deprived of this nationality also loses his right to sell his real estate. The Greek government is then empowered to liquidate such property in time, by selling it to an Orthodox Greek, of course. Thus, by opting to openly violate their Constitution and internationally guaranteed basic human rights, the Greek authorities are in turn compensated by an indirect but effective way to disintegrate a peasant community by taking away its land, all the while expelling its members by direct action.

Property Rights

Real estate and especially lan downership is no doubt vital to peasant community. The Greek measures to Hellenize have thus concentrated mainly on this particular objec-

⁶) See Turkish daily *Güneş*, 4 March 1982.

tive. Although the property rights of the Western Thrace minority were guaranteed by the Ankara Convention of 10 June 1930⁷, these are violated in many ways.

To start with, the Western Thrace Turks are not allowed to acquire new real estate or even repair old houses, by virtue of a Greek law no. 1366/1938. On the Restriction of Real Estate Acquisition Rights on the Shores and Frontier Areas. Western Thrace Moslems can only get permission to sell their property to Orthodox Greeks and when the latter attempt to buy a piece of immovable property belonging to a Moslem, three banks, including the Central Bank of Greece are instructed to issue credits and other facilities. Greek authorities also find other ways to circumvent the treaty obligations, such as denying to Moslems the granting of motor vehicle and, in particular, tractor licences; as these documents are very important to farmers in Western Thrace.

These more or less subtle measures of oppression are complemented by a more radical misuse of State authority and violation of international treaties. Arable lands of the Moslem community are confiscated for industrial and other public purposes while non-arable lands of Orthodox Greeks are spared, as was the case in Komotini in May 1978 and January 1980. When the government finds it legally impossible to expropriate the lands (for instance, in case their sizes are below the expropriation limit), it simply "seizes" them, claiming that the title deeds were not valid (see below).

The Pious Foundations (Wakfs)

A second and definitely more important aspect of treaty violations in the field of property rights on community administration concerns the wakfs, religious endowments that are the backbone of the Moslem-Turkish community. As is well demonstrated by history, religion becomes the primary factor in the growth of nationalism in cases where the religion of the minority is different from that of the majority (Anyway, the Greek nationalism leading to independence is a very typical case in this respect). The importance of the wakfs was

given due attention in various international treaties. Their property documents emanating from Ottoman Law were recognized, full recognition and all facilities were assured for them, as well as their administration by the Moslem community. Art. 14 of the 1920 Sèvres Treaty openly illustrated this recognition of the autonomy of the wakfs. But the Greek authorities, fully grasping the religious and economic significance of these institutions for the cohesiveness of Western Thrace community, began to attempt at lifting the autonomy of the wakfs as early as 1930 (law no. 2345/1930), when Turco-Greek relations were at their best, and, possibly fearing the prospective international influence of the Islamic Revival in the 80s, went

7) *Convention sur la Liquidation définitive des questions découlant de l'application du Traité de Lausanne et de l'Accord d'Athènes au sujet de l'Echange des Populations. Art. 15: "Toutes les mesures qui ont entravé l'exercice des droits garantis aux établis par les Conventions et Accords conclus, notamment celles concernant le droit de contracter mariage, le droit d'acquérir et de vendre des propriétés, le droit de libre circulation ainsi que toutes autres restrictions ordonnées par les autorités helléniques à l'égard des personnes visées dans l'article précédent, seront levées dès la mise en vigueur de la présente Convention, sans attendre la distribution des certificats d'établis prévue dans le dernier alinéa de l'article précédent". Art. 17: "Sous réserve des dispositions contenues dans les alinéas 3 et 4 de L'article 16, le droit de propriété des établis Musulmans présents dans la zone de la Thrace Occidentale exceptée de l'échange, ainsi que des personnes bénéficiant du droit de retour, aux termes de l'article 14 de la présente Convention, sur leurs biens meubles et immeubles sis dans la zone de la Thrace Occidentale exceptée de l'échange, n'est, en aucun sens, affecté par les dispositions de la présente Convention.*

"Tous saisies ou séquestres opérés sur les biens mentionnés dans l'alinéa précédent de cet article seront levés sans aucun retard, la réintégration du propriétaire ou de son représentant légal dans la libre et pleine possession et jouissance de ces biens ne pouvant être différée à aucun titre."

further in their endeavours and adopted a law (no. 1091/1980) turning the wakfs into ordinary associations.

A brief glance at the new law will enable one to get an idea about the way things are changing for the Western Thrace minority. The law restricts the administration of wakfs to five persons to be elected by the Greek governor who are revocable by the Greek authorities. It prevents the candidacy of those who have been deprived of their civil rights for political reasons, as well as the candidacy of the community elites such as religious leaders (mufti) and the MPs. The implementation of the law will be made by governmental decrees and will therefore be open to political fluctuations. The wakf budget will have to be approved by the governor. The income of those who hitherto had been allocated to minority schools will now go to the Ministry of Education. But the **coup de grâce** is given by Art. 20 which superseeds all others in this respect and by virtue of which the wakfs must apply to the Finance Ministry and present, among many other documents, those pertaining to their title deeds. Those whose who fail to do so will lose their status. The number of those wakfs still holding all necessary certificates and documents dating from the Ottoman Empire cannot possibly be many, because

these age-old institutions have suffered numerous foreign occupations and one civil war since 1878.

Furthermore, the Greek authorities do not seem ready to recognize lawful documents, anyway. Such was the case in Inhanlı Land Dispute, where the Greek authorities, having failed to expropriate Turks' lands that all were below the expropriation limit (500 doenums), finally chose to no more recognize the validity of the very same documents they have been honoring since 1872. A "secret report" was declared to be the basis of this rather radical change in jurisprudence. The peasants asked to see it; but it was "classified". On being thrown out of their registered lands which they have been cultivating: since 1872, Western Thrace Moslems made vain efforts to appeal both to administrative and legal authorities, and finally decided to react against this State Terror.

For days, they staged a "sit-in" protest in the Clock Square of their native town with their wives and children⁸.

8) For a detailed account of this case, see my 'Human and Minority Rights in Greece: The Inhanlı Land Dispute File', Turkish Yearbook of International Relations, for 1978, Ankara, 1982.

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK VE USUL HUKUKU HAKKINDAKİ KANUN VE ATIF, ÖNSORUN, NİTELEME SORUNLARI AÇISINDAN HAKKIN KORUNMASI AMACI

Prof. Dr. Vedat Raşit SEVİĞ*

23 Şubat 1915 (rumî 1330) tarihli Memaliki Osmaniyede mukim teba'yı ecnebiyenin hukuk ve vezai fi hakkında kanununu muvakkat 22 Kasım 1982 de yürürlükten kalkacaktır. Onun yerine Milleterarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkındaki 2675 sayılı kanun yürürlüğe girecektir. Bu Kanun 20 Mayıs 1982 de kabul edilmiş olup 22 ma-

yıs günü 17701 sayılı Resmî Gazete'de intişar etmiştir. Bu kanunun öntasarısı İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk ve Milleterarası Münasebetler Enstitüsü tarafından hazırlanmış, metin Adalet Ba-

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

kanlığının ve Ankara Üniversitesinin katkısıyla Tasarı haline gelmiş 20 Mayıs 1982 tarihinde de Millî Güvenlik Konseyi kararile kanunlaşmıştır.

Bu kanunun kanunlar ihtilafının teorik kuralları konusunda hangi çözümler getireceğini uygulama gösterecektir. Doktrin bu konuda tasavvur edebileceği ihtimalleri belirtmekle uygulamaya yardımcı olabilir. Bu düşünce ile Milletlerarası Özel Hukukunun amacını gözönünde bulundurarak atıf, önsorun, niteleme, kamu düzeni açılarından kanunun getirebileceği çözümleri şimdiden gözönünde bulundurmağa çalıştık.

Bilindiği üzere milletlerarası özel hukukunun amacı devletlerin egemenlik haklarına uymak suretile kişilerin haklarının korunmasını ve bu yoldan milleterarası hayatın gelişmesini sağlamaktır.

Atıf

Yeni kanunun 2. maddesinin 3. fıkrasında atıf konusunda şu hüküm vardır:

"Uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının bir başka hukuku yetkili kılması halinde, bu hukukun maddî hükümleri uygulanır".

İlk bakışta, bu madde, yetkili kılacağımız ülkenin yetkili göreceği üçüncü ülkenin kanunlar ihtilafı kurallarının kale alınmıyacağını bildirmiş gibi gözüküyor. Yani biz birinci ülke olarak yetkiyi kanunlar ihtilafı kuralımızla ikinci bir ülkeye yollamış oluyoruz ve bazen bu ikinci ülke üçüncü bir ülkeye yetkiyi yollıyacaktır. İşte o vakit 2. maddenin 3. fıkrası üçüncü ülkenin maddî hukuku uygulanacaktır mealinde bir ifade kullanarak o üçüncü ülkenin kanunlar ihtilafı kurallarının yargıcımız tarafından gözönünde bulundurulmasını yasaklanmış olacaktır.

Örneğin Türkiyede menkul tereke bırakarak İngilterede mukim olarak ölmüş olan bir Fransız konusunda birinci ülke davaya bakan ülke olarak biziz. Yeni Kanunumuzun 22. maddesine göre uygulanacak olan ölenin millî kanunu dolayısıyla ikinci ülke Fransa'dır. Fransa ise kendi kanunlar ihtilafı kural-

larına göre yetkiyi son ikametgâh kanununa yollamakla İngiltereyi üçüncü ülke durumuna getirmektedir. Kanunumuzun 2. maddesinin 3. fıkrasına göre İngiliz maddî hukuku uygulanacak İngilterenin kanunlar ihtilafı sisteminin bunun kabul edip etmediğine bakmaksızın. Oysa belki İngiltere yetkiyi kabul eder de Fransaya, Türkiyeye veya 4. bir ülkeye yollar.

Asında İngiltere bu konuda zaten kendini yetkili görür, Fransa da zaten İngiltereyi yetkili görür. Her iki ülke bu konuda uyum halindedir. Demek ki Yeni Kanunumuzun bu 2. maddesinin 3. fıkrası 22. maddesine gerekli esnekliği getirip hakkın korunmasını sağlamıştır.

Örneği biraz değiştirecek olursak 2. maddenin 3. fıkrasını biraz daha nüanslı bir biçimde yorumlamak gerektiği sonucuna varabiliriz. Şöyle ki söz konusu Fransız İngilterede değil de İtalyada ikamet etmiş olsaydı. İtalya tereke konusunda millî kanuna itibar edip atfı reddettiğine göre Fransa tarafından kendisine yollanmış olan tepkiyi geri çevirecekti. Oysa biz üçüncü ülke durumunda olan İtalyanın kanunlar ihtilafı kurallarına bakmadan çözüme varınca İtalyan maddî hukukunu uygulıyacaktır, İtalyanın yetkiyi kabul etmediğini ve Fransanın da bu durumda yetkiyi geri almaya amade olduğunu gözönünde bulundurmadan.

Yorumu gerçeklere eğilerek yapacak olursak durum değişir. "Yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının bir başka hukuku yetkili kılması halinde" ibaresini şöylece yorumlamalıyız: Fransanın kanunlar ihtilafı kuralları, yetkiyi ikametgâh kanununa yollamakla beraber, ikametgâh ülkesi hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarınca bu yetkinin Fransaya geri çevrilmesini kabul ediyorlarsa o halde Fransa zaten kendisine ait gördüğümüz yetkiyi kabul etmiş oluyor. İtalyanın yetkisi sözkonusu değildir. İtalyan maddî hukuku değil Fransanın maddî hukuku uygulanacaktır. Türkiye, Fransa ve İtalya arasında yine uyum sağlanmış ve hak korunmuş oluyor.

Maddeyi böyle yorumlayınca topaç atıf ihtimali yeniden doğar, fakat bu bir sakınca

teşkil etmez. Örnek olarak kabul edelim ki Fransız müteveffa (A) ülkesinde ikamet etmekteydi ve (A) ülkesi malların bulunma yeri ülkesine yani Türkiye'ye yetkiyi yollamaktaydı. Bu durumda da Fransa iki dereceyi atfı kabul ettiğine göre önce (A) ülkesini yetkili görür sonra da (A) ülkesinin yetkiyi Türkiye'ye yollamasını da benimser, sonuç olarak Fransa Türk kanununu yetkili görür. O halde 2. maddenin 3. fıkrasına göre Türk maddî hukukunu uygulamak durumundayız.

Eğer ikinci ülke olarak Fransayı değil de (D) ülkesi sözkonusu olur da bu ülke ikametgâh kanununa yollamakla birlikte atfı reddederse, o zaman 2. maddenin 3. fıkrası uyarınca ikametgâh ülkesinin maddî hukukunu uygulamak zorunda oluruz o ülke ile (D) ülkesi arasında herhangi bir uyum ihtimaline araştırmaya mezun olmadan. Bu noktada maddede az esneklik görünmekle beraber bu bakımdan kâh İngilizlerin Foreign Court Theory'sine kâh Batiffol'ün savunmuş olduğu çözümü tercih etmek mümkünse de şunu da kabul etmek gerekir ki o çözümler de mutlak bir biçimde uyumu her zaman sağlayabildikleri ileri sürülemez. Belki 2. maddenin 3. fıkrası bu durumda soruna kestirme bir çözüm getirmekle hiç değilse kesinlik getirmiş oluyor.

Önsorun

Yeni kanunun 8. maddesinin 3. fıkrası yalnızca atıf teorisinin uygulanmasına değil de başka teorilerin uygulanmasına müsait bir biçimde formüllendirilmiştir. Bu konuda ön sorun teorisinin uygulanmasına imkân verdiğini belirtmek mümkündür. Bilindiği üzere ön sorun teorisinde de uygulanması gereken yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarına önem verilir. Şu farkla ki bu kez ana sorun aşamasında değilde önsorun aşamasında bu işlem yapılır. Maddenin ifadesi bunu asla yaksaklamamaktadır.

Örnek olarak bir İspanyol'un Türkiyede Fransız karısından boşanmış olduğunu ve İspanyanın bu boşamayı tanımadığını kabul edersek bu İspanyol'un Türkiyedeki menkûi terekesi konusunda yetkili olan İspanya hu-

kuku gereğince kimin sağ kalan eş sayılabileceği konusunda bu İspanyol bir Almanya evlenmiş olsa bile yine İspanyanın hukukuna ve evliliğin geçerliliği konusundaki kanunlar ihtilafı kurallarına başvurmak gerekri.

Niteleme

Niteleme konusunda genellikle her ülke kendi kanunlar ihtilafı sistemini uygularken yabancı hukukunu nitelemek için kendi hukukunun kıstaslarını kullanır yani lex fori'ye göre niteleme ihtilafını çözümler. Eğer yabancı ülkenin kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamak sözkonusu ise bu uygulamanın doğru yapılabilmesi için niteleme konusunda kıstaslar o ülkenin hukukundan alınmalıdır. Bu kez lex causae'ye göre niteleme ihtilafı çözümlenmelidir.

Örnek olarak iki Katolik İspanyol'un Yunanistan'da bulmuş oldukları bir Katolik kilisesinde evlendiklerini kabul edersek bu evlenmenin Türkiye'de tanınması konusunda yeni kanunumuzun 12. maddesine göre aslî şartlar konusunda tarafların millî kanununa şekil şartları konusunda da işlemin yapıldığı ülke kanununa itibar edilecek. Fakat nikâhın kimin tarafından kıyılmış olduğu sorunu bize göre şekilden sayıldığı halde İspanyanın ve Yunanistanın hukukuna göre evlenmenin aslî şartlarından sayılmaktadır. Yunanistan Ortodokslar için Ortodoks papazının nikâhı kıymasını şart koşar. Dolayısıyla İspanyol hukuku Katolikler için Katolik papazının nikâhı kıymasını şart koşarsa Yunanistan bunu kabul eder. Şekil konusunda bize göre Yunan kanunu yetkilidir fakat yetkili kişi konusunda Yunan hukuku konuyu aslî şartlardan nitelemesi dolayısıyla İspanyol hukukunu yetkili görür. İspanya da bu konuda Yunanistanla uyum halindedir her iki ülke bu evliliği tanır. Bizde 2. maddenin 3. fıkrasının niteleme konusunda da etkili sayılması dolayısıyla bu evliliği tanırız.

Böylece kazanılmış evlilik statüsü değişik nitelemeye rağmen ve Türkiye'de medenî nikâhın hukuk güvenliği ilkesiyle ilgili olmasına rağmen Türkiye'de tanınacaktır.

DİPLOMATLARDA ARANILAN BAŞLICA NİTELİKLER

Dr. Hüner TUNCER*

Napoleon ve Clausewitz'in günlerine de-
ğin uzanan ve günümüzde de değerinden
hiçbir şey yitirmeyen şu deyiş, diplomasi-
nin anlam ve önemini güzel bir biçimde vurgu-
lamaktadır: "Politika, strateji gibi, her şeyin
"yürütme"ye dayandığı bir sanattır."¹

Diplomasi, uluslararası ilişkilerin barışçı
yol ve araçlarla yürütülmesi sanatıdır. Başka
bir deyimle, diplomasi devletler arasındaki
ilişkilerin görüşmeler yoluyla yürütülmesidir.

Onsekizinci yüzyıl diplomasi yazarların-
dan François de Callières, "Hükümdarlarla
Görüşme Sanatı" adlı yapıtında şöyle yazmak-
tadır: "Görüşme sanatı o denli bir öneme sa-
hiptir ki, en büyük devletlerin yazgıları, ge-
nellikle, görüşmelerin iyi ya da kötü bir bi-
çimde yürütülmesine ve görüşmecilerin nite-
liklerine ve yeteneklerine bağlıdır. Görüşme-
ler yoluyla nelerin kazanılıp nelerin yitiril-
diğinin örnekleri tarihte bulunabilir. Biz bu-
nun somut sonuçlarını, bir devletin yararına
ya da zararına oluşturulan ani devrimlerde,
uluslar arasında saçılan nefret tohumlarında,
ulusların birbirlerine karşı silahlanmasında,
devletlerin arasındaki en güçlü birliklerin yı-
kılmasında ve çatışan çıkarlara sahip hüküm-
darlar arasında birliklerin kurulması ve anlaş-
maların yapılmasında görüyoruz."²

Diplomasi bir uzlaşma sanatıdır, yani dev-
letlerin birbirleriyle olan ilişkilerinde, karşı-
lıklı çıkarlarını uzlaştırmak ve her iki tarafın
yararına çözümler bulmak amacıyla başvur-
dukları bir yöntemdir. Bu yöntemin temel
özelliği, karşı tarafı ya da tarafları inandırma-
bilmektir. Bir diplomatın en önde gelen
niteliğini, bir görüşmede karşıtındakilerini
etkileyebilme güç ve yeteneğine sahip olma-
sı oluşturur. Diplomaside "utku" ya da "ye-
nilgi" söz konusu değildir çünkü bu yöntemi
kullanırken amaç, parlak bir utku kazanmak-
tan çok, tarafları eşit ölçüde doyuracak ve
bunların her biri yönünden kabul edilebi-

lecek ortak bir çözüm yoluna ulaşmaktır.
Devletler birbirleriyle olan ilişkilerini düzen-
lerken, dostları ya da düşmanları ile arala-
rındaki her düşün uyumsuzluğu ya da çıkar
çatışmasında savaş yoluna başvurmayı göze
alamadıklarından ötürü, büyük ölçüde diplo-
masi yöntemini kullanmaktadırlar. İşte bu
nedenledir ki, diplomasi uluslararası iliş-
kilerdeki yeri bu denli önemlidir.

İlk Diplomatlarda Aranılan Nitelikler

Diplomasi uygarlığın başlarından beri,
hatta bundan çok daha önceleri bile var ol-
duğu görülür. Tarih öncesi dönemlerde, vah-
şi kabileler, aralarındaki savaşa belli bir sü-
re için son vermek ve bu arada yaralılarını
toplamak ve ölülerini gömmek amacıyla gö-
rüşmelere girişirdi. Bu görüşmeler, ta'af-
ların birbirlerine gönderdikleri habercilerin
haberlerini karşı tarafa iletmeye fırsat bula-
madan, öteki kabile tarafından öldürülmesi
durumunda, çok doğaldır ki gerçekleştire-
cekti. İşte bu nedenledir ki, bu habercilere,
savaşçılara tanınmayan bazı ayrıcalık ve do-
kunulmazlıkların tanınması kuralı kabul edil-
miş ve bunlara "kutsal" ya da "dokunulmaz"
olarak bakılmaya başlanmıştı³.

İlkel kavimler, aralarındaki savaş duru-
muna son vermenin yanısıra, öteki bazı or-

* (Kopenhag Büyükelçiliğinde İkinci Kâ-
tip).

1) Thomas H. Etzold, *The Conduct of
American Foreign Relations*, New York,
A Division of Franklin Watts, 1977, s.
125.

2) William C. Olson and Fred A. Sonder-
mann, *The Theory and Practice of In-
ternational Relations*, second edition,
New Jersey, Prentice-Hall, Inc., 1966,
s. 267.

3) Harold Nicolson, *Diplomacy*, London,
Thornton Butterworth Ltd., 1939, ss.
17-18.

tak sorunlarını tartışmak ve çözebilmek amacıyla da, birbirlerine günümüzde "elçi" diye nitelendirilebilecek, özel yetkilere sahip kişiler gönderirlerdi. Bu ortak sorunların başlıcalarını, kavimler arasında sınır sözleşmelerinin yapılması, karşılıklı av alanlarının sınırlandırılması, aile ve klân sorunlarının görüşülmesi ve kabileler-arası evliliklerin düzenlenmesi oluşturmaktaydı⁴.

Tarihte uygulanan ilk diplomasi yöntemi **ad hoc** bir nitelik taşımaktaydı, yani diplomasi temsilcileri, belirli bir amacı ya da görevi gerçekleştirmek için, geçici bir süreyle yurt dışına gönderilir ve bu görevi yerine getirdikten sonra ülkelere geri dönerlerdi. Örneğin, Hititlerde ve Eski Mısırlılarda, elçilerin başlıca görevleri krala ait mesajları ve armağanları getirip götürmektir. Genellikle, yeni bir kral tahta geçtiği zaman, krallar arasında cülûs (tahta çıkma) tebrik mektupları elçiler aracılığıyla karşılıklı alınıp verilirdi. Elçiler, aynı zamanda, hükümdarların ölümü nedeniyle yazılmış başsağlığı mektuplarını getirip götürmekle de görevlendirilirdi⁵.

Eski Yunan'da görülen ilk diplomatlar, yalnızca bir "haberci" niteliğini taşırdı. Bunların başlıca görevi, şehir-devletleri arasında haber taşımak olmaktadır. Bu nedenle de, bu diplomatlarda aranılan en önde gelen nitelik, bunların gittikleri yerlerde, ülkelere getirdikleri haberleri yüksek bir sesle okuyabilmelerini olanaklı kılacak gür bir ses ve ayrıca, iletcekleri haberleri unutmamalarını sağlayacak çok güçlü bir belleğe sahip olmalarıydı. Diplomat niteliğindeki bu kişilerin, gönderildikleri ülkelere ilişkin bilgi toplamaları ya da dönüşlerinde, bu ülkeler hakkında raporlar vermeleri beklenmezdi. Bunlardan istenilen ve beklenen tek şey, görevlerinin yapılması sonucunda ülkelere dönüşlerinde, devletlerinin meclisleri önünde çok iyi birer konuşma yapmalarıydı. Bu nedenle, Yunan şehir-devletleri arasında, en iyi hatipleri diplomat olarak seçmek bir gelenek haline gelmişti. Kendilerine yarı-dinî yetkiler tanınan bu ilk Yunan diplomatları, eski mitolojinin bir tanrısı olan Hermes'in vesaleti altına konulmuştu. Hermes tanrılarının habercisiydi ve Yunan şehir-devletlerinin ilk

diplomatları sayılan habercilerin, seslerinin gürlüğü ve belleklerinin gücünü Hermes'ten aldıkları söylenirdi⁶.

Romalılarda, elçilere **nuntii** ya da **oratores** adı verilirdi. Bunlar Roma Senatosu tarafından atanırlar, güven mektuplarını ve yönergelerini yine bu Senatodan alırlardı. Bu elçilere "tam yetki" tanınmaz ve kendilerine tanınan yetkileri aştıkları anda, bunlar vatana ihanet suçundan cezalandırılırlardı. Romalı elçiler, genellikle senatörler ve en soylu şövalyeler arasından seçilirdi. Bunların görev süreleri kısaydı ve ülkelere dönüşlerinde, Senatoya yaptıkları işlere ilişkin bir rapor sunmak zorunluluğundaydılar⁷.

Bizans İmparatorluğu, o zamana değin uygulanmakta olan diplomasi yöntemine bir yenilik getirmişti. Bu da Bizans uygulaması ile, Eski Yunan'da ve Roma'da görülen "hatip-diplomat" tipinin yerini "gözlemci-diplomat" yerine bırakmasıydı. Komşu ülkeleri birbirlerine karşı oynamak düşüncesi, Bizans'taki hükümeti bu ülkelerin zayıf yönleri, ana kaynakları ve amaçlarına ilişkin bilgi edinmeye zorlamaktaydı. Bu nedenle, Bizans İmparatorlarının yabancı ülkelere gönderdikleri elçilerin başlıca görevleri, bu ülkelerin içişleri ve öteki devletlerle olan ilişkilerine ilişkin bilgi toplamak ve bu konularda ayrıntılı raporlar hazırlamak oluyordu. Bizans-

4) K. J. Holsti, *International Politics*, New Jersey, Prentice-Hall, 1972, ss. 175-76.

5) *Elçilerin götürmekle yükümlü olduğu armağanlar, genellikle, devletlerin birbirleriyle iyi geçinmek ve aralarındaki dostluk ilişkilerini pekiştirmek nedeniyle alınıp verilirdi. Bu armağanların başında, bakır ve bronzdan kılıç, balta, ok, yay gibi silahlarla kalkan, kemer ve kumaşlar gelirdi. Bkz.: Afet İnan, Eski Mısır Tarih ve Medeniyeti, Ankara, Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1956, s. 110.*

6) *Günümüzde bazı kişilerin, zaman zaman diplomasiye yöneltilen kötü ünün kökeninin, niteliklerinin başında hile ve kurnazlık gelen ve bu nedenle de, saygı duyulmayan bir kişiliğe sahip olan Tanrı Hermes olduğu savını ileri sürdükleri görülür.*

7) Harold Nicolson, *The Evolution of Diplomatic Method*, London, Constable and Co. Ltd., 1954, s. 18.

lılar, elçilerini belli bir eğitime tâbi tutmaktaydı ve yine o tarihe değin ilk kez olarak, dış ilişkileri düzenlemek ve yürütmekle yükümlü, Hükümete bağlı özel bir şube kurmuşlardı⁸.

Sürekli Diplomasiye Geçiş ve Sürekli Diplomatlarda Aranılan Başlıca Nitelikler

Sürekli diplomasi yöntemi, ilk kez on beşinci yüzyılda İtalyan şehir-devletleri tarafından uygulanmıştı. Bunun başlıca nedeni, İtalyan şehir-devletlerinin, birçok ülke ile olan ticarî ilişkilerini geliştirmek ve buradaki ticarî çıkarlarını korumak amacıyla, sürekli diplomasi temsilciliklerinin varlığına gereksinme duymasıydı.

İtalyan şehir-devletleri, genellikle zayıf ve istikrarsız devletler olmaları nedeniyle, aralarında karşılıklı güven temeline dayanan bir diplomasi anlayışı geliştirememişti. İtalyanlar, diplomasiye uzun süreli bir etkinlik gözüyle değil, hemen o andaki amaçlarını gerçekleştirmeye yarayacak bir şans oyunu gözüyle bakmaktaydı. İşte bu nedendir ki, bunların geliştirdikleri diplomasi anlayışı ve yöntemi de yalan, hile, kurnazlık ve aldatmacalara dayanmaktaydı.

Bu kuşku ve güvensizlik ortamında, diplomatın başlıca amacı, kendi aldanmadan başkalarını aldatmak oluyordu. Örneğin, Fransa Kralı XI. Louis (1223-1270), daima yararlı yalanlar söylemekle övünür ve bir elçinin verdiği sözden, bir diğerinin sorumlu tutulamayacağını söylerdi⁹. Kral'ın elçilerine vermiş olduğu şu yönerge, çağının diplomasi anlayışını yansıtmak yönünden oldukça ilginçtir: "Size yalan söyleyenlere, siz daha çok yalan söyleyin."¹⁰

On beşinci yüzyıl sonlarında ve on altıncı yüzyıl başlarında yaşamış olan İtalyan düşünürü Machiavelli, "Prens" adlı yapıtında gününün diplomasi anlayışını çok güzel dile getirmektedir. Machiavelli, genç diplomat Rafaello Girolami'ye şöyle bir öğütte bulunur: "Onurlu ol ve doğruyu söyle ama bunu yapamayacak bir durumda olursan, o zaman yalan söyle ya da hiç olmazsa, kendini akla yatkın bir biçimde savun. Aynı şekilde, bir hükümdar da, hiçbir zaman onu-

ru uğruna ülkesini gözden çıkarma yoluna gitmemelidir."¹¹

Onsekizinci yüzyılın sonlarına değin, İtalyan düşünürü Machiavelli'nin şu düşüncesinin bu çağların diplomasi anlayışını büyük ölçüde etkilediği görülmüştür: "Akıllı başında bir yönetici, özellikle çıkarının söz konusu olduğu durumlarda, önceden vermiş olduğu bir sözü tutmayabilir. İnsanlar doğal olarak kötü olduklarına ve sözlerine bağlı olmadıklarına göre, siz de onlara karşı dürüst davranmaya bilir ve vermiş olduğunuz bir sözü yerine getirmeyebilirsiniz."¹²

Ondokuzuncu yüzyıla kadar olan döneme, "bir elçi, yabancı bir ülkeye ülkesinin iyiliği için, yalan söylemek üzere gönderilen dürüst bir kişidir" görüşü egemendi¹³.

Onsekizinci yüzyıl yazarlarından de Torcy, yabancı diplomatları aldatmanın en iyi yolunun onlara gerçeği söylemek olduğunu ileri sürerken, yine aynı yüzyılda yaşayan Lord Stanhope da, yabancı diplomatlara gerçeği söylediği zaman, bunların hükümetlerine, söylediklerinin —bunun mutlaka yalan olacağı düşüncesiyle— tam tersini rapor ettiklerini yazmaktaydı¹⁴.

15-18. yüzyıl arasındaki dönemde diplomatlarda aranılan başlıca nitelikler şunlardı: İyi bir dil uzmanı olmak ve Latince'yi çok iyi bilmek; derin bir tarih bilgisine sahip olmak; askerî, coğrafi ve ticarî konularda uzman olmak; edebiyat, bilim, matematik, fizik, hukuk ve müzik gibi konulardan anlamak; iyi bir gözlemci olmak; sınırsız bir sabıra sahip olmak; çabuk karar verebilmek; alçak gönüllü olmak; hiç kimseye güvenmemek; sakin olmak ve duygularını denetleyebilmek;

8) Nicolson, *Diplomacy*, op. cit., ss. 24-26.

9) *The New Cambridge Modern History*, G.R. Potter, ed., Vol. I, Cambridge, University Press, 1957, s. 273.

10) Paul Reinsch, *Secret Diplomacy*, New York, Harcourt, Brace and Company, 1922, s. 28.

11) Niccolo Machiavelli, *Hükümdar*, çev. Yusuf Adil Egeli, Ankara, Yıldız Matbaası, 1955, s. 70.

12) Nicolson, *Diplomacy*, op. cit., s. 46.

13) Frederick H. Hartmann, *The Relations of Nations*, fourth edition, New York, The Macmillan Company, 1973, s. 92.

14) Reinsch, op. cit., s. 31.

kimsenin çekiciliğine kapılmadan çevresindeki herhangi kendisine hayran bırakabilmek; iyi bir dinleyici olmak; kadınlara ilgi göstermek ama hiçbir zaman şık olmamak; içkiye, kadına ve kumara düşkün olmamak; yakışıklı ve zengin olmak ve güzel bir eşe sahip olmak; çevresini eğlendirmesini ve konuklarını iyi bir biçimde ağırlıyabilmesini bilmek.

İlk sürekli elçilerin soylular ya da yönetici sınıflarından seçilme zorunluluğu yoktu. Zaten bu dönemde elçiliğin pek gözde bir meslek sayılmaması nedeniyle, soylular ya da yüksek tabakadan kişiler elçi olarak atanmak istemezlerdi. Örneğin, Fransa Kralı XI. Louis, bir yabancı ülkeye elçi olarak berberini göndermişti¹⁵.

On sekizinci yüzyılın sonlarına değin diplomasi hizmetine büyük ölçüde onurlu fakat yıkıcı bir sürgün gözüyle bakılmaktaydı, çünkü elçilik, uzun bir süre ülkeden ayrı kalmak, gayet güç koşullar altında seyafat yapmak, yaşama koşulları ve gelenekleri açısından tamamiyle değişik bir toplum içinde tek başına bir yaşam sürdürmek, az parayla çok masrafta bulunmak, bulunduğu ülkede her an kuşku altında tutulmak, insanlar nezdinde güven ve saygıyı yitirmek ve bir casus olarak addedilmek demektir. Bu nedenle, elçilik görevinin kabulü zorunlu hale getirilmişti¹⁶.

Diplomatların hırsızlık yapmaları, rüşvet almaları ve casusluk yapmaları bu yüzyıllarda oldukça olağan karşılanmaktaydı. "Bir tavus kuşu kadar kibirli ve bir uşak kadar aç gözlü; ne yaptıklarını söyler ne de söylediklerini yapar." İşte ,on sekizinci yüzyıl diplomatlarından Talleyrand'ı tanımlayan birkaç söz. Talleyrand, rüşvet aldığını ve bu yoldan da büyük bir servet yaptığını hiç kimseden saklamamıştı¹⁷.

Onyedinci ve onsekizinci yüzyıllarda, diplomatlara ödenen aylıkların çok az olması ve giderlerini karşılamaya yetmemesi nedeniyle, diplomatların büyük bir çoğunluğunun, gelirlerini arttırmak amacıyla, buldukları ülkelerin mal piyasalarında spekülasyonlara giriştikleri, aracılık yaptıkları ya da gümrük dokunulmazlıklarına sırtlarına dayayarak, kaçak mal ticaretinde buldukları görülürdü¹⁸.

Bu yüzyıllarda, diplomatın atandığı ülkenin içişlerine karışması, bulunduğu ülkedeki karışıklıkları özendirilmesi ve tahrik etmesi ve buradaki rakip toplulukları birbirine karşı kıskırtması, yerli halkın arasını bozması, ülkedeki devrimci akımları körüklemesi ve siyasal amaçlarla adam öldürmesi yasal ve hatta zorunlu sayılırdı¹⁹. Ancak, genel olarak, devletler hukukunun koruması altında bulunan diplomatların, bu yüzyıllarda, ülke dışına sürülebilmeleri ve tutuklanmaları da olağanüstü bir olay değildi²⁰.

"Yeni" Diplomasiye Geçiş ve "Yeni" Diplomatlarda Aranılan Başlıca Nitelikler

Birinci Dünya Savaşına kadar olan dönemde uygulanan diplomasi yöntemi, genel-

15) Nicolson, *The Evolution of Diplomatic*, op. cit., s. 34.

16) *The New Cambridge Modern History*, op. cit., Vol. VI, s. 178.

17) *Diplomasisini büyük ölçüde iki yüzlülük ve hileye dayandıran Talleyrand, döneminin hayranlık duyulan, korkulan ama o oranda da saygı duyulmayan diplomatlarına çok iyi bir örnek oluşturmaktaydı. Hatta araları açıldığında, Napoleon, Talleyrand'ı şu sözlerle suçlamaktan dahi çekinmemişti: 'Sen korkak bir casus ve hırsızısın. Sen herkese ihanet ettin ve herkesi aldattın. Sen babanı bile satmaktan çekinmezsın.'* Bkz. H. J. Chaytor, *European History*, Vol. IV, London, The Gresham Publishing Co. Ltd., t.y., ss. 8 ve 73.

18) Reinsch, op. cit., s. 26.

19) *Ibid.*, s. 27.

20) *Bu tür bir uygulamaya Osmanlı diplomasisinde de rastlamak mümkündür. Onsekizinci yüzyılın sonlarına değin, Osmanlı Devletinin yabancı bir devlete savaş ilân etmesi durumunda, savaş ilân ettiği devletin İmparatorluk nezdindeki elçisi ve maiyetini savaş süresince Yedikulede hapsedmesi usuldendi. Savaş bittiği an bunlar da özgür bırakılır ve eski görevlerine devam ederlerdi. Böyle bir uygulamanın nedeni, yabancı diplomatların, savaş süresince çar güvenliklerinin korunmasıydı. Aynı zamanda, bu yöntemi uygularken Osmanlılar, yabancı diplomatların savaş sırasında casusluk etkinliğinde bulunabilme olasılığını da gözönüne almıştı.*

likle, birçok yazar ve düşünür tarafından "eski" diplomasi olarak nitelendirilmiştir.

Birinci Dünya Savaşı ertesinde, Amerikan Başkanı Woodrow Wilson'un ortaya attığı "açık diplomasi" kavramı ile, yeni bir diplomasi türü sahneye çıkmış ve bu diplomasi yöntemi "yeni" ya da "parlamentar" diplomasi olarak nitelendirilmeye başlanmıştır²¹.

Yeni diplomasi, bir ölçüde, Birinci Dünya Savaşı öncesinde yaygın bir biçimde uygulanmakta olan "gizli diplomasi"ye tepki niteliğinde doğmuş olup, bu diplomasi türü büyük ölçüde kamuoyuna açıktır.

Diplomatın üç temel görevi "eski" diplomasi döneminde de, "yeni" diplomasi döneminde de hiç değişmemiştir. Diplomat, geçmişte olduğu gibi, bugün de hükümdarının ya da devlet başkanının temsilcisidir. İkinci olarak, diplomat görüşmecidir. Diplomat, nezdine atandığı ülke temsilcilerine hükümetinin mesajlarını ve duygularını tümüyle ve doğru olarak iletme sorumluluğu atındadır. Üçüncü olarak, diplomat bulunduğu ülkede gözlemde bulunmalı ve gözlemlerini ülkesine rapor etmelidir²².

Diplomatların görevlerinin geleneksel tanımı, onların bugünkü görevlerinin tümünü kapsamamakla birlikte, günümüzde de geçerliliğini korumaktadır.

Diplomatlar, uluslararası alanda ulusal amaçları ve çıkarları izlemek ve gerçekleştirmekle yükümlüdür. Diplomatların bu temel görevlerinin tanımı yüzyıllar içinde hiç değişmemiştir. Ancak, değişen öge "ulusal çıkar" kavramı olmuştur. Örneğin, bugünün barış-yapıcısı olarak görülen diplomatları, geçen yüzyılların savaş-yapıcısı olarak görülen diplomatlarıyla tam bir karşıtlık içindedir. Günümüzde silahların kazandığı öldürücü güç sonucu, uluslararası ilişkilerde güç ögesi, yerini büyük ölçüde görüşme sanatına ve inandırma yeteneğine bırakmıştır.

Zamanların değiştiği, ancak, diplomatların temel niteliklerinin bir değişime uğramadığı gözlemlenir. Diplomatlarda aranan niteliklerin başında gelen sağgörü, sabır, görüşme yeteneği, anlayış, hoşgörü ve kesinlik, her dönemde ve her çağda yaşamsal sayılmıştır. bazı diplomatlar, diplomasi mesleğine yeni giren bir kişinin okuyacağı temel yapı-

tın, 250 yıl kadar önce yazılmış olan, François de Callières'in "Hükümdarlarla Görüşme Sanatı" adlı yapıtı olduğunu savunurlar.

"Eski" diplomatlar küçük bir dünyanın üyeleri idi ve bunlar, genellikle birbirlerine sınıf bağı ile bağlıydı. Bugünün diplomatları ise, farklı görüşlere ve ideolojilere sahip devletlerin oluşturduğu çok daha geniş bir topluluğun üyeleridir ve bu farklı görüş ve ideolojiler sahibi devletlerin temsilcileriyle birarada yaşamak zorundadır. Bu olgu, diplomasi alanına, "eski" diplomatların yabancıları oldukları birtakım yeni değer yargıları ve davranış biçimleri getirmiştir²³.

Uluslararası ilişkiler alanında çağımızda ortaya çıkan bir başka yenilik, ekonomik, sosyal ve teknik konuların devletlerarası ilişkilerde kazandığı önemdir. Günümüzde bu tür sorunlar, genellikle ikili diplomasi yerine, çok-yanlı diplomasi yöntemiyle çözülmek-

21) 8 Ocak 1918 tarihinde, Woodrow Wilson (1856-1924) tarafından açıklanan "On-dört Nokta'nın birincisi şöyleydi: "Açık yürütülen görüşmelerin sonucunda varılacak açık sözleşmeler" ve "diplomasi, bundan böyle daima kamuoyunun gözleri önünde yürütülecektir."

22) Gözlemlerde bulunma ve bilgi toplama görevleri, diplomatlara "yasal casuslar" olma niteliğini kazandırmış ve karşılıklı bilgi toplama gereksinmesi, devletlerin geçmişte, sürekli elçi kabul etmelerinde önemli bir neden olmuştur.

23) Birinci Dünya Savaşını izleyen yıllarda, bağımsızlığına kavuşarak devletler topluluğuna katılan devletler, kendilerini "eski" diplomasi kuralları ile bağımlı saymamak eğilimindeydi. Bu devletlerin büyük bir çoğunluğu sömürge geçmişine sahip olmaları nedeniyle, "Batılı" olan her şeyin karşısındaydı. O zamana değin uluslararası ilişkilere egemen tüm diplomasi kuralları da Batılılar tarafından geliştirilmiş olduğundan, bağımsızlığına yeni kavuşan bu devletler, genel olarak, "Batılı" diye nitelendirdikleri diplomasi yönteminin karşısında yer aldılar ve uluslararası alana beraberlerinde yeni birtakım normlar getirdiler. Bu yeni normların vanısıra, uluslararası sahnede yeni bir ideoloji ve yeni bir diplomasi türü ha ortaya çıkmaktaydı; bu da Marksizm-Leninizm ve sosyalist diplomasi yöntemidir.

tedir²⁴. Bu olgunun sonuçlarından biri, günümüz diplomatının büyük ölçüde kamuoyuna yönelik bir diplomasi yürütmesidir. İkinci olarak, bugünün diplomatı giderek artan ölçüde ekonomik ve sosyal sorunlarla uğraşmak durumunda kalmıştır. Ve nihayet, "yeni" diplomat, günümüz diplomasisinin büyük bir bölümünün birçok değişik alandan uzmanlar tarafından yürütüldüğü gerçeğini kabul etmek zorunda kalmıştır²⁵.

Bugünün diplomatlarının ilişkide bulunduğu sınıf artık yalnızca yönetici kadrolar değildir. 'Elçilerin hükümdarların kulaklarına fısıldadıkları günler uzakta kalmıştır.'²⁶ Kitle iletişim araçları nedeniyle, elçiler bugün hükümdarlar ve hükümet başkanlarından çok, gazetecilere, işçilere, köylülere ve öğrencilere seslenmektedir. Başka bir deyişle, bugünün diplomatının yalnızca devlet ve hükümet başkanları değil, aynı zamanda, basın, sendikalar, tüccarlar ve televizyon seyircileri tarafından da kabul edilmesi gerekmektedir.

Günümüzde diplomasi mesleği, eskiden olduğu gibi, yalnızca zengin ve soylu sı-

nıfına açık bir meslek olma durumundan çıkmıştır. Bugün her ülkede, diplomasi toplu-
mun tüm sınıflarına açık olması yönünde bir eğilim egemendir.

- 24) Çok-yanlı diplomasi yönteminin, özellikle bazı konuların görüşülmesi ve tartışılmasında çok yararlı olduğu saptanmıştır. Örneğin, insan hakları, stahsızlaşma, çevre kirliliği, nüfus patlaması ve ortak güvenliğin sağlanması gibi, tüm devletleri ortaklaşa ilgilendiren genel nitelikteki sorunlar ya da devletler arasındaki ilişkileri düzenleyen temel antlaşma ve sözleşmelerin yapılması konularında olduğu gibi Bunun nedeni, devletlerin, doğrudan doğruya ulusal çıkarlarını ilgilendirmeyen konularda anlaşmaya ve uzlaşmaya daha yatkın olmalarıdır.
- 25) Bugün geniş bir elçilikte çalışma, tarım, enformasyon, kültür ve savunma bakanlıklarının temsilcileri bulunur.
- 26) G. N. Clark, 'European Equilibrium in the Seventeenth Century', *Diplomacy in Modern European History*, Laurence Martin, ed., New York, Macmillan Company, 1966, s. 8.

"MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK VE USUL HUKUKU HAKKINDA KANUN "ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Dr. Metin TULUAY*

Mimarları, Fakültemizin "Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü" Mensupları olan¹ "Milletlerarası özel hukuk ve Usul Hukuku hakkında kanun"² kısa bir süre önce Resmi Gazetede yayınlanmış olup³, 47. maddesindeki yürürlük hükmü gereği, yayınından 6 ay sonra, yani 22 Kasım 1982 tarihinden itibaren uygulanacaktır.

Yeni kanun, devletler hususi hukuku ile medeni usul hukukunun ortak bazı konularında yeni bir düzenleme getirmektedir. Bu düzenleme, bir devletler hususi hukukçusunu ilgilendirdiği kadar, medeni usul hukuku alanında çalışan bir hukukçunun da uğraşı sahasına girmektedir.

Kanunun, medeni usul hukuku alanında getirdiği değişiklikleri, iki grupta toplamak mümkündür.

Bu gruplardan ilkinin, yeni kanunun yürürlükten kaldırarak yeni bir düzenlemeye tabi tuttuğu HUMK. hükümleri oluşturmakta-

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Usul Hukuku Asistanı.

1) Bkz. Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Kanunu Öntasarısı Sempozyumu, 22-24 Kasım 1976, İstanbul 1978.

2) 20 Mayıs 1982 tarih ve 2675 sayılı kanun, metinde, "yeni kanun" olarak anılacaktır.

3) RG., 22.5.1982, S. 17701.

dir. Ayrıca, bugüne kadar, kanuni bir düzenlemeye kavuşmamış olan, yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin yeni hükümler getirilmiş ve bu konudaki kanuni boşluk doldurulmuştur.

Yeni kanunun getirdiği ikinci grup değişiklikler ise, medeni usul hukukçularını, HUMK. nun ilgili hükümlerini yeniden tetkik ve üzerlerinde düşünmeye ve gerekirse yeni bir yoruma tabi tutmaya itecek niteliktedir. Yeni kanunun yabancı hukukun uygulanmasına ilişkin 2. maddesi, HUMK. nun 76. maddesine nazaran, bu nitelikte bir hüküm olup, bu yazıda ikinci grup içinde, özellikle bu hüküm üzerinde durulacaktır.

I. YENİ HÜKÜMLER

Yeni Kanun, yabancı ülkelerde yaşayan türk vatandaşlarının ahkâmı şahsiye (kişisel hal) ile ilgili davalarında, münhasır yetkili mahkemeyi belirleyen HUMK. nun 18. maddesi ile, aynı kanunun yabancı mahkemelerden verilen ilâmların ne şekilde tenfiz olacağını belirleyen ve bu arada, tenfize ilişkin maddi şartlar arasında, "ahkâmı şahsiyeye ve aile hukukuna" ilişkin ilmlar hakkında tenfiz kararı verilmesini yasaklayan (HUMK. 540/4) dokuzuncu babının birinci fasıl (HUMK. 537-545) hükümlerini yürürlükten kaldırmıştır.

Değişikliğin sebebi, uluslararası ilişkilerin girift bir hal alması ve yurt dışında yaşayan türk vatandaşlarının sayısının çok artmış bulunması olduğu kadar⁴, belki de daha fazla, yürürlükteki sistemin mahzurlarını bertaraf etmek düşüncesidir.

Yürürlükteki sistemde, ahkâmı şahsiyeye ilişkin ilamlar hakkında tenfiz kararı verilememesi, hakkaniyete ve adalete aykırı sonuçlara yol açabilmektedir: Ahkâmı şahsiye konusunda elde ettiği yabancı ilamın tenfizine karar aldırılmayan türk vatandaşı için, bu defa türk mahkemelerinde aynı konuda yeni bir dava ikamesinden başka çare kalmamaktadır⁵. Bu sistem çok sakıncalı sonuçlara yol açabilmektedir: Meselâ, İsviçre'de boşanma davası açarak boşanmaya hüküm aldırılmış ve yeni statüsüne uygun bir şekilde İsviçre'de yaşamaya başlamış olan kadın, ahvali

şahsiyeye ilişkin bu ilam türkiyede tenfiz ettirilemediği için yeni bir boşanma davası açılınca, yeniden savunma yetkisi elde etmekte ve bu defa, türkiyede boşanma davası açan eşin kusurlu bulunması sebebiyle, MK. nun 134. maddesi gereğince, boşanma davası ikamesine hakkı bulunmadığını ileri sürebilmektedir. Olayda davaya bakan mahkeme boşanmaya karar vermiş, fakat yargıtay 2.H.D., MK.nun 134. maddesi gözönünde tutulmadan hüküm tesis edildiğinden bahisle, boşanma hükmünü bozmuştur. Mahkemenin ilk kararında ısrarı üzerine, HGK. mahkemenin hükmünü onamıştır⁶. Onama kararına karşı karar düzeltilmesi yolu ile vaki başvuruya karşı HGK., bu defa, MK.nun 2. maddesine dayanarak, "Davalının, İsviçre'de davacı kocası aleyhinde açtığı boşanma davası sonunda tarafların boşanmalarına karar verilmiş ve bu karar kesinleşmiş olmasına göre, kocasının Türkiyede açtığı boşanma davasının reddedilmesini istemesi, yukarıda açıklanan yasa esasları uyarınca (MK. 2) objektif iyi niyet kuralları ile bağdaşmaz⁷" gerekçesi ile karar düzeltilmesi talebini reddetmiştir.

Yargıtayın ulaştığı sonucu tasvip etmekle birlikte, MK. 134/2 nin ihmal edilerek, MK. 2'ye dayanılıp boşanma hükmü tesis edilmesi karşısında duyulan tereddütlere⁸ hak vermemek, teknik hukuk açısından mümkün değildir.

Yeni davanın getirdiği zaman kaybı ve masraflar bir yana, uzun prosedür süresince davacının ölümü halinde, boşanmış ve bu statüsüne uygun yaşayan eş, hakkaniyete

4) SAKMAR A., *Yabancı ilâmların Türkiyedeki sonuçları*, İst. 1982, s. 1-2.

5) *Yabancı ilamların tenfizini kabul etmeyen, İngiltere, Holanda ve İsveçte de, sadece kişisel hal konusunda değil, her konuda, yeni dava sistemi uygulanmaktadır* (Bkz. SAKMAR A., *age.*, s. 9).

6) HGK., 11.10.1972, E. 971/2 - 493, K. 829, (İBD, Ocak-Şubat 1973, S. 1-2, s. 44-46).

7) HGK. 11.10.1973, E. 1971/2-493, K. 829 ve 6.10.1973, E. 1972/2-1667, K. 768 (İBD. Koşım-Aralık 1973, S. 11-12, s. 1275-1278).

8) Bkz. BAKICI Sedat, *Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararı ve düşündürdükleri* s. 549. (İBD., Eylül-Ekim 1974, S. 9-10, s. 547-550).

aykırı bir şekilde, mirasçı sayılacaktır. Davacı müteveffanın mirasçıları, açık ve belirgin menfaatlerine rağmen, güncel sistem içinde, ne yeni açılan boşanma davasına devam edebilecekler, ne de İsviçre'de verilen hükmün tanınmasını sağlayabileceklerdir.

Yeni düzenleme bu sakıncayı bertaraf etmektedir.

Bu genel açıklamalardan sonra yeni hükümlerin düzenleme biçimini inceleyelim:

1. Kişisel hal (ahvali şahsiye) konusunda yetkili mahkeme :

Yeni kanun, türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin HUMK.nun yer itibariyle yetki kuralları ile belirleneceğini ifade ettikten (m. 27) sonra, 28. maddede, HUMK.nun 18. maddesinin öngördüğü faraziye bakımından yeni bir düzenleme getirmektedir.

HUMK. nun 18. maddesi, yabancı bir ülkede oturan ve Türkiyede ikametgahları bulunmayan türk vatandaşlarının kişisel hallerine (ahvali şahsiye) ilişkin olarak açacakları davalarda yetkili mahkemeyi hasri bir şekilde göstermektedir.

28. madde ile getirilen değişiklikler yabancı ülkede yaşayan türk vatandaşlarına kolaylık sağlamak amacına yöneliktir.

Bu amacı gerçekleştirmek için iki yönde değişiklik yapılmıştır:

Bir yandan, türk mahkemelerinin türklerin kişisel durumlarına ilişkin davalar bakımından milletlerarası alandaki münhasır yetkisi kaldırılmış ve böylece yabancı ülkede yaşayan **türk vatandaşlarına** kişisel hallerine ilişkin ihtilâfları halle yetkili bir **yabancı mahkeme bulabildikleri takdirde, bu mahkemeye başvuru imkânı sağlanmıştır.**

Diğer taraftan, 18. maddenin muhtevası genişletilerek ve bu maddede sayılan mahkemelerin sayısı artırılarak, yabancı bir ülkede yaşayan bir türk vatandaşının kişisel haline ilişkin bir ihtilâfı türk mahkemeleri önüne götürmesi istemesi halinde, kolaylıkla yetkili bir mahkeme bulması sağlanmak istenmiştir. Yeni düzenlemeye göre yabancı bir ülkede yaşayan ve Türkiyede ikametgâhı bulunmayan türk vatandaşları, kişisel hallerine ilişkin ihtilafda, **öncelik sırasına göre, aşa-**

ğıdaki yer mahkemelerine başvurabileceklerdir:

1) Türk sistemi, yetkili bir mahkeme tesbit etmişse, bu mahkemeye başvurulacaktır.

Bu hüküm, HUMK. nu tadil eden 1711 sayılı kanunun 73. maddesi ile getirilen HUMK.nun 9. maddesinin 3. fıkrasını, muhafaza amacını gütmektedir. 9. maddenin 3. fıkrası, sadece boşanma ve ayrılık davalarında yetkili mahkemeyi belirleyen bir hüküm olup, bu maddenin belirlediği, "davacının ikametgâhı veya eşlerin davadan evvel, son defa, altı aydan beri birlikte oturdukları yer" mahkemelerinin, kişisel hallere ilişkin diğer ihtilâfların çözümünde yetkisi yoktur.

Türk sistemi böyle bir yetkili mahkeme tesbit etmemişse yeni düzenlemeye göre, ikinci derecede öncelikli mahkeme:

2) Davacının türkiyede oturduğu yer mahkemesidir.

HUMK.nun 18. maddesi de bu mahkemenin yetkisini öngörmektedir. Burada bir değişiklik söz konusu değildir.

Davacı Türkiye'de oturmuyorsa :

3) Dava Türkiyedeki son ikametgah mahkemesinde açılır.

Bu hükmü teknik anlamda ikametgah olarak değil, "son olarak oturulan yer" olarak anlamak gerekir. Zira davacı, Türkiyeyi terkedip yabancı bir ülkeye gittiğine göre, son olarak oturduğu yerde "yerleşmek niyetinde" olmadığı, kendi davranışı ile ortaya çıkmıştır. Fakat herhangi bir şehirde, bir otelde geçici bir süre misafireten kalmak, bu şehrin mahkemelerinin yetkili olduğunun kabulü için yetmez. Bir yer mahkemesinin yetkili olabilmesi için, bizce, davacı, belirli bir meslek veya sanatı icra ederek, belirli bir süre o şehrin hemşehrisi olarak yaşamalıdır. Böyle bir durumun mevcut olmadığı dosya münderecatından anlaşılırsa, mahkeme de daha sonraki 4. bentte sayılan şehirlerden birinin mahkemesi değilse, re'sen veya talep üzerine yetkisizliğine karar vermelidir. Zira yeni kanunun 28. maddesi her ne kadar, türk mahkemelerinin milletlerarası alandaki münhasır yetkisini kaldırmışsada, kuralın belirlediği mahkemeler, iç hukuk bakımından münha-

sır yetkili mahkemelerdir. Bir önce sayılan mahkemenin varlığı halinde, bir sonraki mahkemeye başvuru imkânı yoktur. Bir sonraki mahkemenin yetkisizliğini ileri sürmek için iptidai itiraz dermeyan etmek gerekli değildir. Bu husus usulün her kısım ve derecesinde taraflarca ileri sürülebileceği gibi, hakim tarafından da, usulün her safhasında re'sen nazara alınması zorunludur.

Davacı Türkiye'de hiç ikametgah tesis etmemişse (yani, belirli bir meslek veya sanat icra ederek belli bir şehirde, o şehrin hemşehrisi olarak hiç oturmamışsa) :

4) Dava, Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birinde görülür.

Yeni düzenleme, HUMK. 18. maddesinin öngördüğü Ankara mahkemesinin yetkisini İstanbul ve İzmir mahkemelerine de teşmil etmektedir.

Burada, yeni kanunun yürürlüğe girmesinden sonra ortaya çıkabileceğini düşündüğümüz bir meseleye dokunmak istiyoruz: Yabancı bir mahkemede, meselâ, bir boşanma davası açıldıktan sonra, davanın aleyhine bir seyir aldığını gören (bu saik zorunlu değil ya!) taraflardan biri, aynı sebeple türk mahkemelerine başvurur ve diğer taraf, bu davaya karşı derdestlik iptidai itirazını ileri sürerse, bu iptidai itiraz kabul edilecek midir?

Bundan böyle, yabancı mahkemenin kararı Türkiye'de tanınacak ve tenfiz edilecek olduğuna göre, ilk bakışta derdestlik itirazının kabulünün uygun olacağı fikri çekici gelmektedir. Fakat hiç olmazsa bazı hallerde, türk sisteminin aradığı tenfiz şartlarının gerçekleşmemesi sebebiyle, yabancı mahkeme kararının türkiyede tenfiz ettirilmesinin mümkün olamayacağı düşünülürse, bu fikre itiraz edilebilir. Bu takdirde, derdestlik itirazının kabulü, yabancı bir ülkede görülmekte olan bir dava sonunda itihaz edilmesi melhuz, halen mevcut olmayan bir hükmün ileride Türkiye'de tanınıp tanınmayacağı, tenfiz ettirilebilip ettirilemeyeceği meselesine bağlı kılınmış olmaktadır. Bu ikinci problemin çözümünün, bu safhada, çok güç ve hattâ imkânsız olduğu açıktır.

İtalyan yasa koyucusu, bu güçlükleri aşmak için "Yabancı bir mahkemede davanın derdest olması, bu sebeple veya bununla irtibatı olan bir sebeple açılan bir davada İtalyan mahkemelerinin selahiyetini nezetmez (CPC. 3)." kuralını sevketmiştir. Bu durumda, aynı konuda ve aynı taraflar arasında yabancı bir ülkede görülmekte olan dava veya bununla irtibatı olan bir dava İtalyada açılmışsa derdestlik itirazı nazara alınmayacaktır.

Türkiye'de de içtihatların bu istikamette gelişeceğini tahmin etmekteyiz.

Ne olursa olsun, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisini bertaraf edecek şekilde HUMK. nun 18. maddesinin tadili isabetli olmuştur.

Artık, HUMK.nun "ecnebi mahkemelerinden verilen ilamların sureti tenfizi"ne ilişkin 9 maddesini (537-545) yürürlükten kaldırarak yeni bir düzenleme getiren hükümlere geçebiliriz.

2. Yabancı mahkeme ve Hakem kararlarının Tenfizi ve tanınması :

Bu hükümler bir makalenin konusunu çok aşacak ve bir monografiye⁹ konu teşkil edecek hacim ve önemdedir.

Bu konuda değişiklikleri belirtmekle yetineceğiz.

1 — Yeni kanun, eskisinden farklı olarak yabancı hükmün tenfizi ile tanınması arasında bir ayırım yapmış ve yabancı hükmün tanınmasını tenfizinden daha hafif şartlara bağlı kılmıştır (m. 42).

Tenfiz, yabancı hükmün Türkiye'de icra edilmesi şartıdır. Bu sebeple tenfize ilişkin hükümler cebri icra hukukunun konusuna girer. HUMK.nun dokuzuncu babının birinci faslında yer alan hükümler, esasında, icra iflas kanununun ilamların icrasını düzenleyen hükümleri arasında yer almalı idiler.

Buna karşılık tanıma, Türkiye'de cebren icrasına ihtiyaç duyulmayan, fakat kendisine adli hakikat (kesin hüküm) vasfı verilmek istenen yabancı ilamlar bakımından söz konusudur.

9) Bkz. SAKMAR, A., age., s. 1-187.

Böyle olunca, yeni kanunun tanımayı kabulü ve bunu tenfize nazaran daha hafif şartlara tabi kılması faydasını, yabancı mahkemelerde ittihaz olunan tesbit ilamları bakımından gösterecektir. Nizasız kaza kararları da aynı hükme tabidir (m. 42).

Bir eda hükmünün Türkiye'de icra edilebilmesi için, tenfiz kararı alınabilmesi yeni kanunun 38. maddesinde tahdidi olarak saydığı (a, b, c, d, e) maddi şartların varlığına bağlıdır. Bunun gibi, cebri icraya ihtiyaç göstermeyen inşai davalar¹⁰ sonucu elde edilen hükümler neticesinde, Türkiye'de idari bir işlem yapılması gerekiyorsa (meselâ nüfus memurunun boşanmayı nüfus kütüğüne işlemesi gibi), bu idari işlemin yapılması yabancı ilamın tenfizine karar verilmesi ile mümkün olur (M. 42/3) ve 38. maddedeki maddi şartların varlığı aranır. Bu maddi şartlar:

a) Mahkemesinin verdiği ilam Türkiye'de tenfiz edilecek yabancı devletle Türkiye arasında, hukuki veya fiili bir mütekalibiyet bulunmalıdır. Kanun bu şartı, "Türkiye Cumhuriyeti ile ilamın verildiği devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma yahut o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilamların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün veya fiili uygulamasının bulunması" kelimeleri ile ifade etmektedir. Böylece, tenfize karar verilebilmesi için bir anlaşmanın varlığını arayan HUMK 540/1 hükmü, genişletilmiş olmaktadır.

Yeni kanunun 42. maddesine göre, yabancı ilamın tanınması için, bu şartın gerçekleşmesine ihtiyaç yoktur.

b) İlamın türk mahkemelerinin milletlerarası alandaki münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması.

Gerek tenfiz ve gerekse tanıma açısından bu şart tahakkuk etmelidir.

c) Hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması.

Bu da her iki hukuki kurumun uygulanması açısından ortak şartlardandır.

d) Tanıma bakımından aranmayan, fakat tenfiz için aranan bir şartta "O yer kanunları uyarınca, kendisine tenfiz istenen ki-

şinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş veya bu kanunlara aykırı bir şekilde, gıyapta hüküm verilmiş ve bu kişinin yukarıdaki hususlardan birine dayanarak tenfiz istemine karşı türk mahkemesine itiraz etmemiş olması" şartıdır.

Şart, medeni usul hukukçularının "vica-hilik = tartışma ilkesi, olarak isimlendirdikleri genel ilkeye ilişkindir. Tartışma ilkesine riayet edilmemişse, ne bir muhakemeden, ne de objektif bir hükmün varlığından söz edilebilir. Tartışma ilkesi, medeni usul hukukunun temel ilkesidir. Her usul kanunu her iki tarafın da, muhakemeye ve dava konusu hakkında tartışmaya katılması için gerekli şartlara sağlamak zorundadır.

Tartışma ilkesinin gerçekleşmesinin asgari şartı, davalının, aleyhine ikame olunan davadan, usulüne uygun bir şekilde haberdar edilmesi, ve kendisine dinlenilmiş olmak (savunma) hakkının tanınmasıdır¹¹ "hakim her iki tarafı istima veyahut iddia ve müdafalarını beyan etmeleri için kanuni şekillere tevfikan davet etmedikçe hükmünü veremez", diyen HUMK. 73 tartışma ilkesini veciz bir şekilde ifade etmektedir.

Yeni kanunla, şimdi, garip bir durum ortaya çıkmaktadır. Meselâ bir tesbit davasında, hasmı usulüne uygun şekilde davet etmeden hüküm tesis edemeyecek olan türk hakimi, yabancı bir hakim tarafından aynı şartlar içinde tesis edilen bir hükmü tanımak zorunda mı bırakılacaktır?

Böyle şey olmaz! Kanımızca, durum, HUMK.nun 73. maddesine uyulmadan ittihaz olunmuş bir hükmün, savunma hakkının çok ağır bir ihtilali niteliğini taşıması sebebiyle kamu düzenine açıkça aykırı bulunmasından ötürü ne tanınmasına ne de tenfizine imkan tanınmıyarak kurtarılabilir.

Bunun için, savunma hakkının bu ağır ihlali keyfiyetinin, incelediğimiz d bendinde öngörüldüğü şekilde, aleyhine tenfiz kararı

10) ÖNEN E., *İnşai dava*, Ankara 1981 S. 195; POSTACIOĞLU, İ., *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, İst. 1975, s. 264-267; ÜSTÜNDAĞ, S., *Medeni Yargılama Hukuku*, İst. 1977, s., 271.

11) Karş. POSTACIOĞLU, İ., *age.*, s. 24; ÜSTÜNDAĞ, S., *age.* s. 219.

istenen tarafından itiraz olarak dermeyan edilmesine dahi ihtiyaç yoktur. Zira türk hâkimi, yabancı ilâmın tenfizine veya tanınmasına karar verebilmek için, yabancı ilâmın türk kamu düzenine açıkça aykırı bulunmamasını res'en araştırma zorundadır.

e) Nihayet gerek tenfiz ve gerekse tanıma açısından varlığı zorunlu bir şart da türklerin ahvali şahsiyelerine ilişkin ilamlar bakımından söz konusu olup, tenfize veya tanımaya karar verilebilmesi için, yabancı mahkeme, ya Türk kanunlar ihtilafı kuralları gereğince uygulanması gerekli hukuku uygulamış veya yabancı mahkeme, bu hukuku uygulamamış faraza lex fori'yi uygulamışsa, davalı tenfize veya tanımaya bu yönden itiraz etmemiş olmalıdır. Kanun, davalının bu itirazının dinlenebilmesi için, türk vatandaşı olması şartını aramaktadır (m. 38/e).

Bu hükümle, HUMK.nun 540. maddesinin 4. bendi değişmiş olmaktadır. Daha önce ifade ettiğimiz gibi, bu değişiklik isabetlidir.

Tenfize ve tanımaya ilişkin bu maddi şartların dışında, yeni kanun bir takım şekli (usuli) şartlar da öngörmektedir.

a) Tenfiz kararı elde edebilmek için, aleyhine tenfize başvuru tarafın, Türkiye'de ikâmetgâhının bulunduğu yer, eğer Türkiye'de ikâmetgâh tesis etmemişse, sakın olduğu yer Asliye mahkemesine başvurulur. Bu taraf Türkiye'de oturmuyorsa, bu takdirde tenfiz kararı İstanbul, Ankara, İzmir mahkemelerinden birinden talep edilebilir (m. 35).

Bu hükmün yetki meselesini düzenleyen HUMK.un 538. maddesinden yegâne farkı, Ankara, İstanbul mahkemelerinin yetkisinin, İzmir mahkemelerine de teşmil edilmiş olmasıdır. Buna karşılık, yabancı ilâm herhangi bir Türk mahkemesi tarafından tanınabilir. Türkiye'de görülmekte olan bir dava da, yabancı ilâm kesin delil olarak ibraz edilirse veya kesin hükmün varlığı ileri sürülürse, yabancı ilâmın tanınmasının bir bekletici mesele teşkil etmeyeceği görüşünderiz. Davayı görmekte olan hakim bu dava bakımından bir kesin delil veya kesin hüküm teşkil edecek olan yabancı ilâmın tanınması şartlarının varlığını araştırmak yetkisini haizdir.

b) Tenfiz isteği dilekçe ile yapılır (m. 36). Talebe eklenmesi gereken belgeler m. 37'de gösterilmiştir.

c) Tenfiz talebine karşı ancak tenfize ilişkin maddi şartların bulunmadığı veya yabancı ilâmın kısmen veya tamamen icra edildiği veya icra edilmesine engel bir sebebin ortaya çıkmış olduğu ileri sürülerek savunma yapılabilir. (m. 39).

Tenfiz talebine karşı, sayılanlar dışında başka bir savunma sebebi ileri sürülürse, dinlenmez.

d) Tenfiz istemi duruşmalı olarak incelenir. Basit muhakeme usulü (HUMK. 507-511) uygulanır (m. 39).

e) Tenfiz istemi karşısında mahkeme taleple bağlıdır. Talebin kısmen yahut tamamen kabulü veya reddi istikametinde karar verilebilir (m. 40). Daha değişik nitelikte bir karar veremez (HUMK. 74).

Mahkemenin tenfize ilişkin ittihaz ettiği karar, yabancı ilâmın altına yazılır ve hakim tarafından mühürlenip imzalanır (m. 40).

f) Tenfiz kararının temyizi, genel hükümlere (HUMK. 427-444) tabidir (m. 41).

İlke olarak temyiz icrayı durdurmadığı halde (HUMK. 443), HUMK'un 544. maddesinde yer alan istisna yeni kanunda da muhafaza edilmiş olduğundan, tenfiz kararının temyizi icrasını durdurur (m. 41).

Tenfiz bir yabancı ilâmın davalının Türkiye'de bulunan malları üzerinde icrasını sağlamak üzere istendiğine göre, öngörülen istisnanın sebebini anlamak kolaydır:

Tenfiz kararı kesinleşmeden, Türkiye'de bulunan malların, muhtemelen yabancı olan davacı yararına paraya çevrilmesi, böylece, engellenmiş olmaktadır.

g) Nihayet tenfiz kararının temyizi üzerine verilen bozma veya onama kararlarına karşı, şartları varsa, HUMK'nun 440. maddesinde sayılan sebeplerle karar düzeltilmesi yoluna başvurulabilir. Karar düzeltilmesi yolu yargıtay'ın bozma veya onama kararlarına karşı kabul edilmiş bir kanun yolu olduğuna ve tenfiz kararları bakımından bu yolu kapatan herhangi bir hüküm bulunmadığına göre, karar düzeltilmesi yoluna müracaat imkânı açıktır.

2 — Yeni kanunun, yeni sıfatına en lâ-yık hükümleri, 43, 44 ve 45. maddelerde yer alan "**Yabancı hakem kararlarının tenfizine**" ilişkin hükümlerdir.

Bilindiği gibi HUMK, da yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin hükümler bulunmadığından doktrin bu boşluğu kıyas yolu ile doldurmaya çalışmakta idi¹².

Hakem kararlarına izafe edilen akti¹³ veya kazai¹⁴ niteliğe göre yabancı hakem kararının tenfizinin tabi tutulacağı usul değişmektedir¹⁵.

Önceleri yargıtay akdilik fikrine üstünlük tanır ve yabancı hakem kararlarının icra edilebilmesi için, HUMK.nun 536. maddesinin öngördüğü prosedür içinde, hakim tarafından usulen tasdik edilmelerini yeterli görürken, daha sonra, bu görüşü terketmiş ve yabancı hakem kararlarının tenfizi için, HUMK.nun yabancı mahkeme kararlarının tenfizi bakımından öngördüğü sistemi, istikrarlı bir biçimde, kıyasen uygulamaya başlamıştır¹⁶.

Kıyas yolu ile ortaya çıkan müstakar içtihat bugün kanunlaşmış bulunmaktadır. Yeni düzenlemede de bu eski alışkanlığın etkisi sürmektedir. Gerçekten yabancı hakem kararlarının tenfizi ve inceleme usulünü düzenleyen yeni kanunun 44. maddesi biraz önce hepsine temas etmek fırsatını bulduğumuz yabancı mahkeme kararlarının tenfizine ilişkin 38/a, 39, 40, 41. maddelerin kıyasen uygulanacağını ifade etmektedir.

a) Yabancı bir hakem kararının Türkiye'de tenfiz edilebilmesinin ilk şartı karara hangi unsurun yabancılık vasfını verdiği meselesinin çözümüne bağlıdır. Zira ancak bu meselenin çözümünden sonra 38/a maddesinin öngördüğü şartın gerçekleşip gerçekleşmediğinin tesbiti mümkün olabilecektir.

Hakem kararlarına hangi unsurun yabancılık vasfı verdiği hususunda değişik çeşitli görüşler ileri sürülmüştür¹⁷ hakem kararlarına akdi nitelik tanıyan görüşe göre, hakem kararına yabancılık vasfı veren kararın otoritesi altında tesis edildiği yabancı kanundur. Türk tatbikatında yakın yıllara kadar (1976) itifat gören bu kıstas, artık terkedilmiştir¹⁸.

Buna karşılık hakem kararlarının kazai nitelikte olduğu görüşü yabancılık unsurunu kararın verildiği devlet bakımından görmek-

tedir¹⁹. Yargıtay bugün bu kıstası benimsemektedir²⁰.

Böyle olunca, hakem kararının tenfizine karar verebilmek için, kararın verildiği devlet ile Türkiye Cumhuriyeti arasında karşılıklılık esasına dayanan bir **anlaşma** mevcut olmak veya o devletin hukuk nizamında, Türkiye'de verilmiş hakem kararlarının tenfizini mümkün kılan bir **kanun hükmü** bulunmak veya o devlet mahkemelerinde, **fiilen**, Türkiye'de verilen hakem kararları tenfiz edilegelmiş olmalıdır. (m. 38/a).

b) Kesinleşmiş ve cebri icra kaabiliyeti kazanmış bir yabancı hakem kararının tenfizi için, tarafların aralarında selahiyetli kıldıkları bir mahkeme varsa bu mahkemeye, böyle bir selahiyet anlaşması yoksa aleyhine tenfiz istenenin Türkiyede ikametgâhı varsa bu yer mahkemesine, ikâmetgahı yoksa oturduğu yer mahkemesine, eğer Türkiye'de oturmuyorsa mallarının bulunduğu yer mahkemesine başvurulur (m. 43).

c) Yabancı hakem kararlarının tenfizi için başvuru şeklini ve inceleme usulünü 44. madde tanzim etmektedir.

d) 45. maddede 9 bent halinde hangi hallerde tenfiz talebinin reddi gerekeceği

12) Geniş bilgi için bkz. SAKMAR, A., *age.* s. 24-25.

13) KORAL, R., *Hakemliğin milliyeti ve yargıtay XV Hukuk dairesinin 1976 tarihli kararının eleştirisi H. TİMUR Anısına Armağan, İst. 1979, s. 441-; SATTA, S., Contributo alla dottrina dell'arbitrato, Milano 1969, s. 109.*

14) ALANGOYA Y., *Medeni usul hukukunda tahkimin niteliği ve denetlemesi, İst. 1973, s. 52 vd.*

15) POSTACIOĞLU, *age.*, s. 810.

16) SAKMAR, A., *age.*, s. 36; POSTACIOĞLU, İ., *age.*, s. 810.

17) Hepsi için bkz. KORAL, R., *agm.*, s. 430 vd.

18) Bkz. SAKMAR, A., *age.*, s. 32.

19) Bkz. SAKMAR, A., *age.*, s. 30, Ayrıca Müellifin kişisel görüşü hakkında, özellikle bkz s. 33-34; POSTACIOĞLU, *age.*, s. 811.

20) KORAL, R., *agm.*, s. 423-426 ve orada zikredilen 15. HD., 10.3.1976 tarih ve E. 975/1617 K. 976/1052 Sayılı kararı Özellikle kararın 3/a bendine bkz).

sayılmıştır. Bu haller tahkimin özüne ve hakem kararının kesinleşmesine ilişkin sebepler, hakem muhakemesinde tarafların temsiline ve usul yetkilerinin kullanılmasına ilişkin sebepler, hakemlerin faaliyetlerinin icrasına ilişkin sebepler başlıkları altında üç grupta toplanabilir. Bu hallerin ayrıntılı bir şekilde incelenmesine, sahife sorunu sebebiyle giremiyoruz.

Yeni kanunun yürürlükten kaldırarak veya boşlukları doldurarak yeni bir düzenleme getirdiği HUMK hükümleri bunlardan ibarettir.

II. YENİ KANUNUN MEDENİ USUL HUKUKU ALANINDAKİ DOLAYLI ETKİLERİ

Yeni kanun iki eski problemi yeniden gündeme getirmektedir. Bunlardan birincisi yeni kanunun 2. maddesinin düzenlediği HUMK'nun 76. maddesinde öngörülen yabancı hukukun tatbiki meselesine; ikincisi ise, yeni kanunun 32. maddesinde düzenlenmiş olan HUMK'nun 97. maddesinde öngörülen davacının veya müdahilin teminat gösterme zorunluluğuna (*Cautio iudicatum solvi*) ilişkindir.

Burada yer darlığı sebebiyle yabancı hukukun uygulanmasına ilişkin yeni düzenlemeyi incelemekle yetineceğiz:

1 — Yabancı hukukun uygulanması : Usuli sistemde iddia ve savunma sebeplerinin oluşturduğu dava malzemesi, usule taraflarca sokulur. Hâkim iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya iddia sebeplerini re'sen göz önünde tutamaz ve onları hatırlatacak hallerde dahi bulunamaz (*Da mihi factum da bo tibi ius*) (HUMK. 75).

Latince darbimeselin ifade ettiği gibi, hâkim, ileri sürülen ve isbat edilen her vakıyı, uygulanması mümkün olan bütün hukuki görüşler altında inceler²¹ ve hukuku uygulayarak ihtilafı çözüme bağlar (*lura novit curia*). HUMK 75, hakimin Türk kanunlarını re'sen uygulayacağını ifade etmektedir. Bu hükme göre, "bir ecnebi hukukun tatbiki lâzım olan hallerde, buna istinat eden taraf o kanun hükmünü isbatla mükelleftir. İsbat

olunmazsa Türk Kanunları mucibince hükümlenir."

Yeni kanunun 2. maddesi, hukuk normunu felsefi mânâda hukuk olarak anlamakta²² ve Türk kanunu ile yabancı kanun arasında uygulanma açısından yapılan ayırımı bertaraf etmektedir. 2. maddeye göre:

"Hakim, Türk kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygular".

Bu kadar değil! "Uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının bir başka hukuku yetkili kılması halinde bu hukukun maddi hükümleri uygulanır."

Bu hükmün ışığında, yabancı hukukun bir vakıa olarak nazara alınması gerektiğini²³ savunmak artık mümkün değildir.

Vakıa teorisinin getirdiği usuli kolaylıkların varlığı reddedilemez. En önemli mesele, hakimin yabancı hukuku bilmek mecburiyetinde olmadığı, bilemeyeceği meselesidir. Bu mesele nasıl halledilecek? Yeni kanun soruya cevap getiriyor:

"Hâkim, yetkili yabancı hukukun muhtevasının tesbitinde tarafların yardımını isteyebilir."

Usul faaliyeti, taraflar ve hakim arasında işbirliği esasına dayanan kollektif bir faaliyettir. Şimdiye kadar, bazılarınca, münhasıran hâkime tahsis edilmiş bir saha olarak anlaşılacak istenilen hukukun uygulanmasında, işte güzel bir işbirliği örneği...

Buna rağmen kanun koyucu, hakimlerin ve tarafların yeteneğine ve becerilerine tam bir güven duymadığını ifade etmiş: "Yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin tüm araştırmalara rağmen tesbit edilmemesi halinde (Ne demek! olurmu böyle şey?) Türk hukuku uygulanır."

Kanaatimizce, kanun koyucunun bu hükmü usul ekonomisi düşüncesiyle, davaların uzamasına engel olmak için sevkettiği tarzın-

21) Bkz. Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, C. I, İst. 1977, s. 200.

22) Bkz. NOMER, E., *Davada Yabancı Kanun İst. 1972*, s. 5 ve 9. *Yeni Kanunun 2. maddesi, NOMER'in bu monografisinde ulaştığı sonuçların bir sentezi niteliğindedir.*

23) Bkz. NOMER, E., *age.*, s. 9-25. *Vakıa görüşüne karşı, özellikle s. 15-25'e bkz.*

da bir yorumdan kaçınmak gerekir. Böyle bir yorumun kabulü, her zaman, Türk Kanunlar ihtilafı sistemini görmemezliğe gelmeye ve bu sistemin öngördüğü yabancı hukuku uygulamaktan kaçınmaya açık kapı bırakmak olur.

Kanunun mutlak ifadesi karşısında, yabancı hukukun varlık ve içeriği, davanın her safhasında, usulün her kısım ve derecesinde ileri sürülebilecektir. Bidayet mahkemesinde hukuk olan yabancı hukuk, hiç olmazsa, hukukun yeknesak uygulanmasını temin etme işlevi bakımından yabancı hukuk açısından fark gözetmeyen güncel kanun yolu sistemi içinde, temyiz mahkemesinde "vakıa" niteliğine bürünemeyeceğine göre esas hâkimin bulup uygulayamadığı yabancı hukukun varlık ve içeriği ilk defa Yargıtayda dermeyan edilebilecek ve böyle bir durumda

Yargıtay, yabancı hukukun uygulanması için hükmü bozacaktır²⁴.

Getirilen yeni sistemin değerlendirilmesinin yapılması için zaman erkendir. Yeni sistem, uygulamanın işlerini kolaylaştırdığı ve sıkıntılarını giderdiği ölçüde başarılı sayılacaktır. Uygulamayı görmeden, başarının tesbiti mümkün değildir.

24) *Bu konuda, ister istemez, inhisari alternatif durum ortaya çıkmaktadır. Yabancı hukuk ya hukuk veya vakıa olarak nazara alınacaktır. Üçüncü bir usuli unsur mevcut olmadığına göre, bu sonucu tabii karşılamak ve boşu boşuna, usuli sahadı uygulanacak yabancı hukuk için üçüncü bir nitelik arama-ya uğraşmamak gerekir (Krs. Nomer, E., age., s. 11).*