

B. M. OYLAMALARI İÇİN BİR TABLO ÖNERİSİ

Asis. Dr. Haluk GERGER*

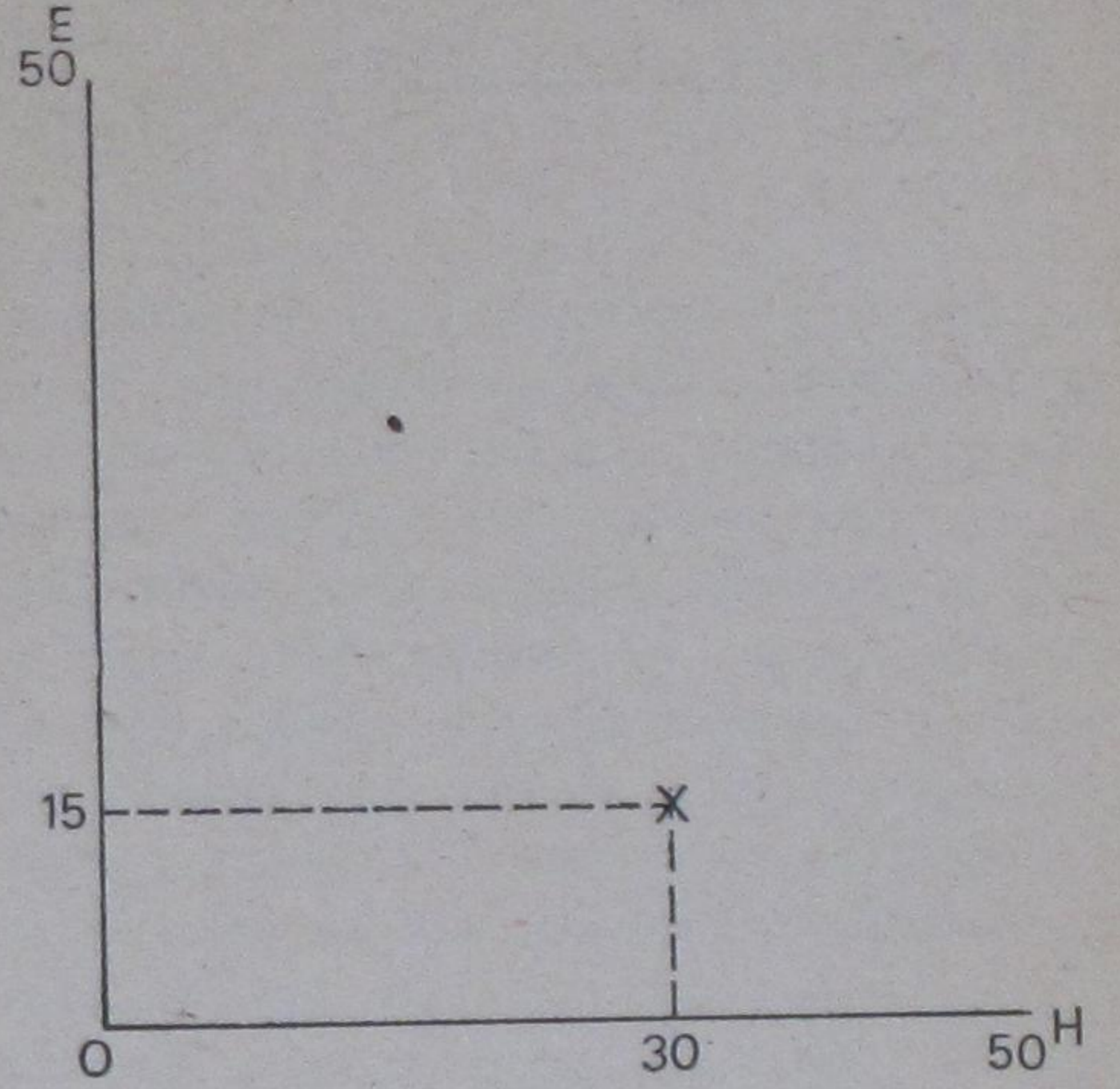
Birleşmiş Milletler üyelerinin bu örgütün çeşitli organlarında görüşülen karar taslakları için kullandıkları oylar, bir dış politika davranışını ifade eder. Çeşitli konularda değişik görüşlerin yer aldığı bir karar tasarımasına verilecek olumlu ya da olumsuz oylar, ülkelerin bu konulardaki tavırlarını saptama olanağı veren göstergelerdir.

Belirli bir zaman kesiti içinde ve belirli bir sorun üzerinde Birleşmiş Milletler oylamaları ve üyelerin bu oylamalardaki tavırları, kullandıkları oylara bakarak incelenmekte, tek tek üyelerin ya da üye gruplarının dış politika tavırları konusunda sonuçlara varılabilmektedir. Bilimsel literatürde bu tür sayısal çözümler (analizler) önemli bir yer tutar.

Bununla birlikte, Birleşmiş Milletler oylamalarının sonuçlarını ve üye devletlerin almış oldukları tavırları (oylar) ile bunların birbirleriyle karşılaştırılması, üye ve oylama sayısı düşünüldüğünde, önemli bir sorun olmaktadır. Özellikle, belirli bir konuda ve uzun bir zaman kesiti içinde, üye devletlerin tümünün o konudaki davranış kalıplarını gösteren bir tablo gerekli olmaktadır. Bir bakışta üye devletlerin belirli konulardaki oy verme durumlarının gösterilebilmesi öteki ülkelerle tavır beraberliği ya da farklılığının karşılaştırılması olanağının bulunması ya da oy kalıplarına göre üyelerin bir şekil üzerinde kümelenmesinin sağlayacağı yararlar açıktır.

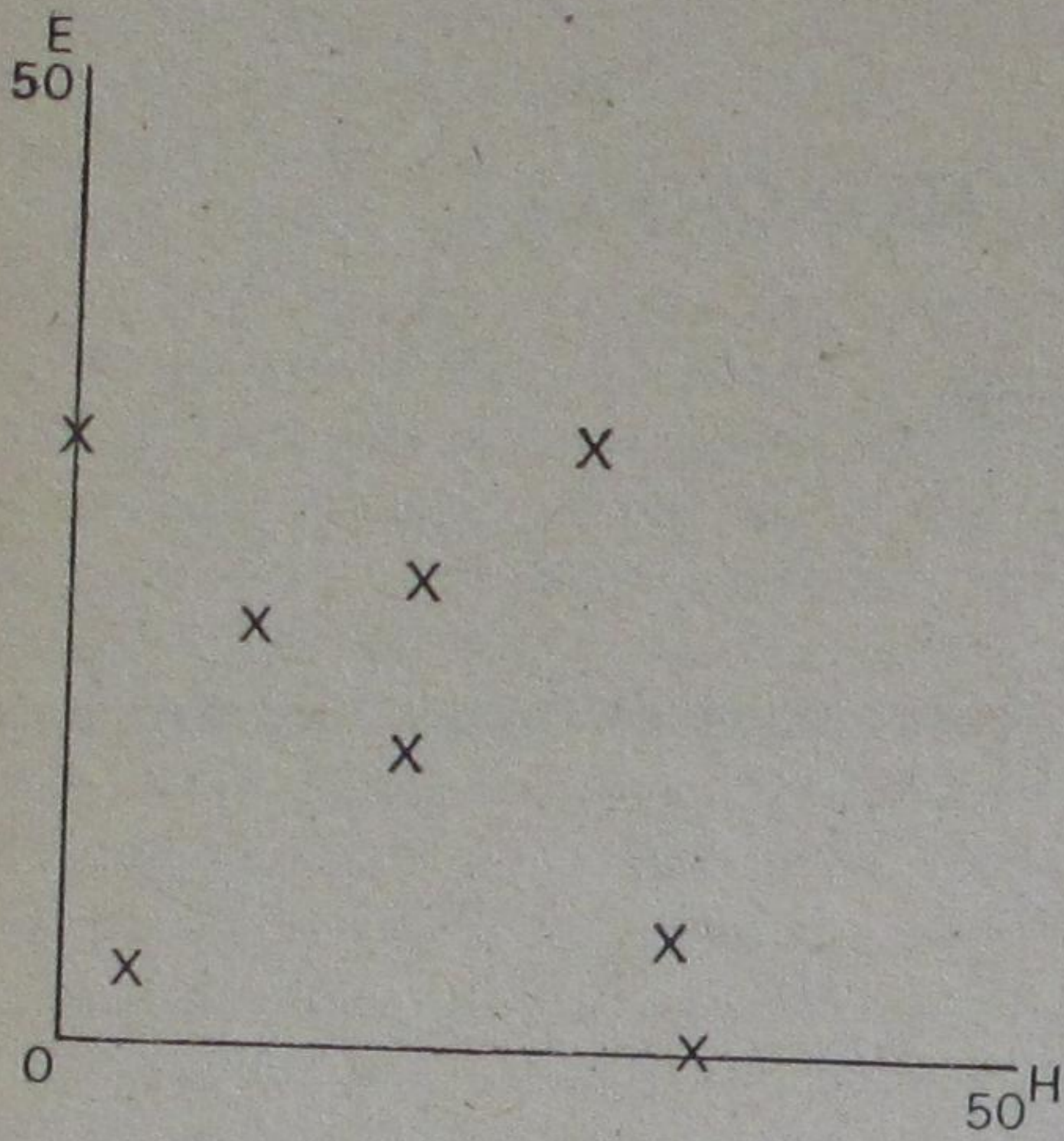
Bir üye devletin herhangi bir konuda, örneğin, yirmi yıl içinde, oylanmış elli karar tasarısında kullandığı olumlu (evet) ve olumsuz (hayır) oylar bir grafik üzerine işlenerek gösterilebilir. Söz konusu ülkenin elli oylamada onbeş olumlu, otuz olumsuz oy

kullandığını düşünürsek ortaya aşağıdaki basit şekil çıkar.

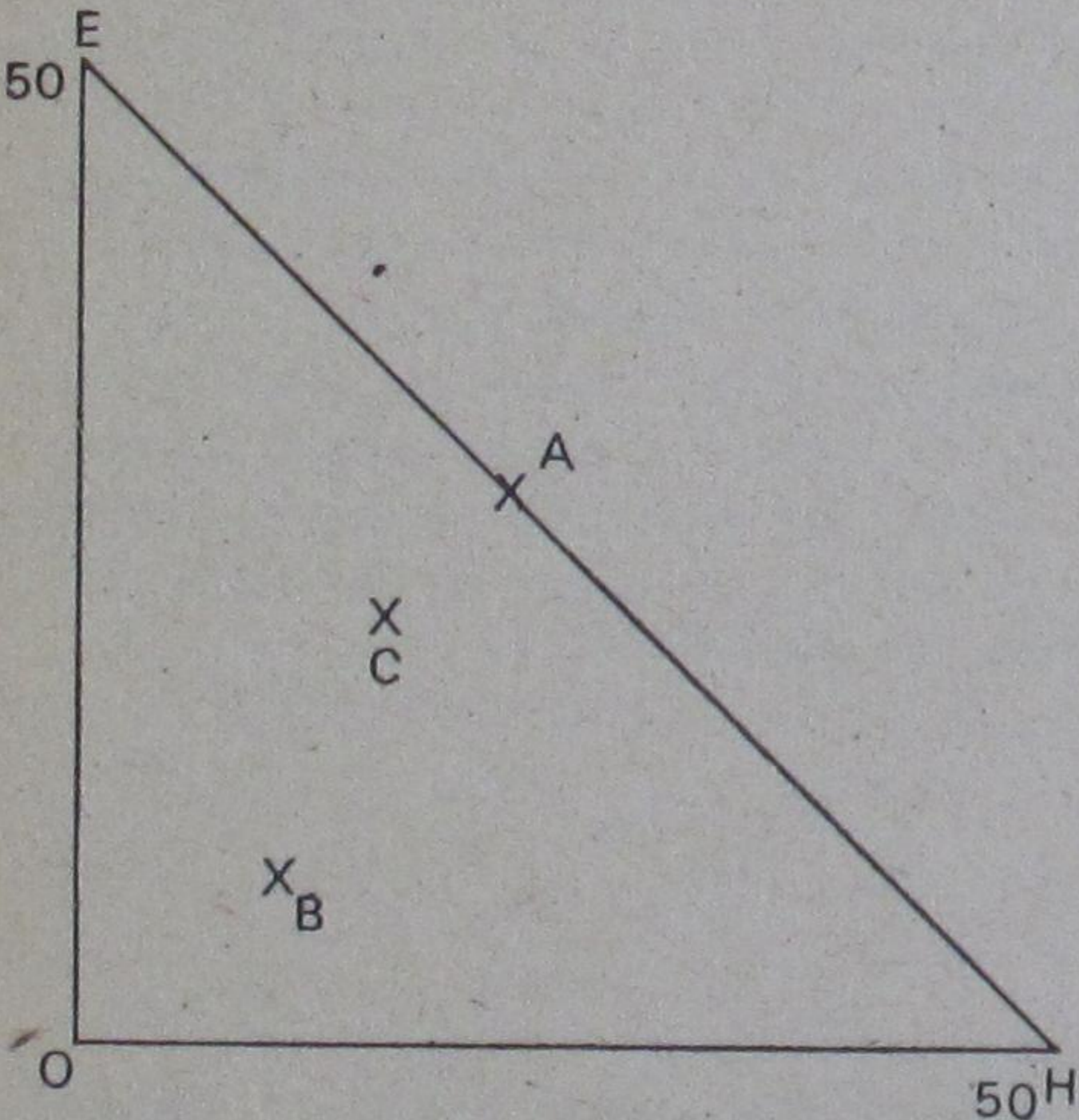


Yukarıdaki şekil birçok açıdan fazla bir çözümler değeri taşımamaktadır. Herşeyden önce, çabuk bir bakışta, ülkenin çekimser oylarını (ya da oylamalara katılmama durumunu) saptama olanağı yoktur. Ayrıca, öteki devletlerin de oy durumları şekle sokulacak olursa, ortaya çıkacak karışık görüntüden anlamlı bir karşılaştırma yapma olanağı da olmayacaktır. Bu durumda karşımıza şöyle bir tablo çıkacaktır.

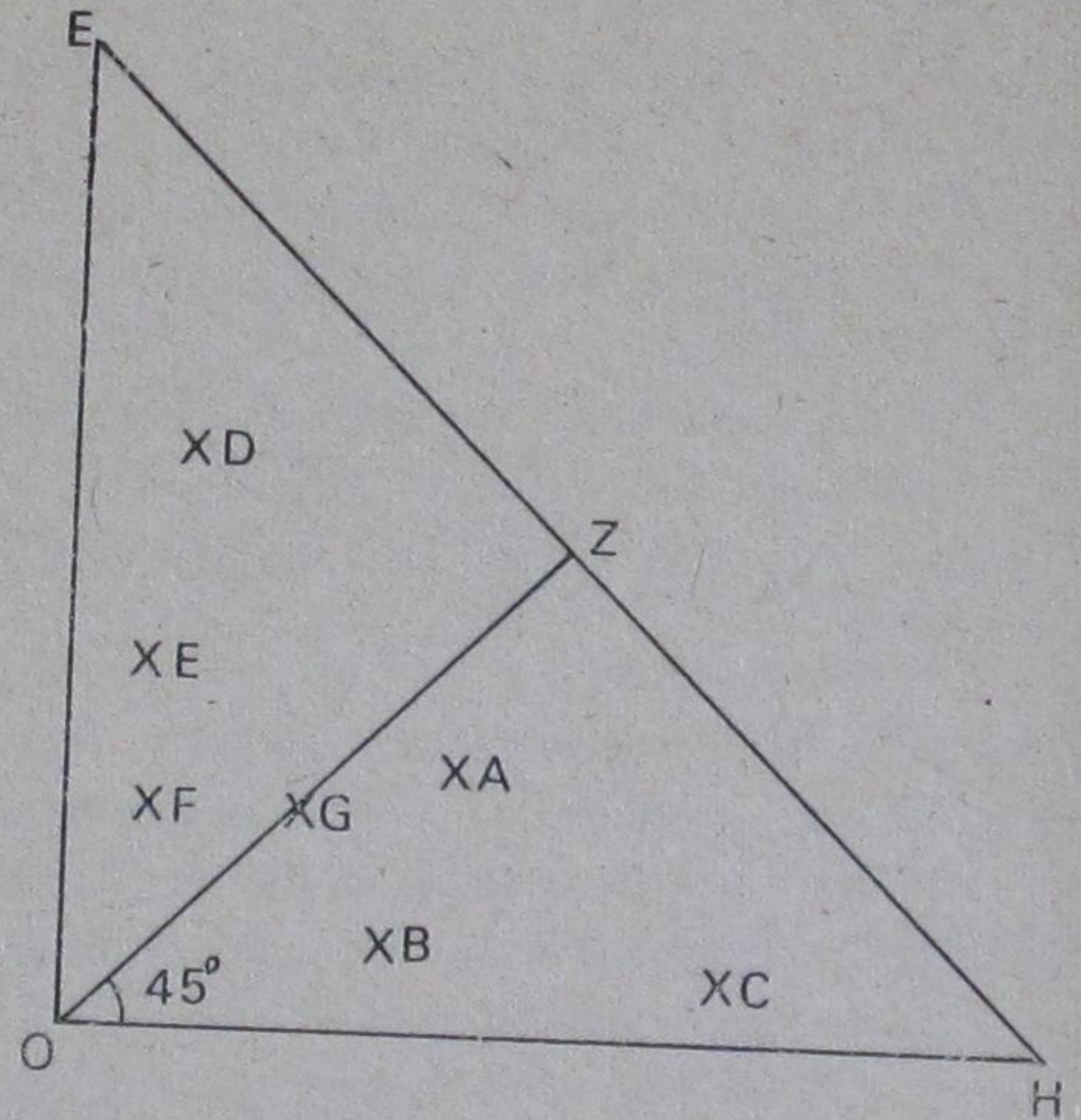
* Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Uluslararası İlişkiler Kürsüsü.



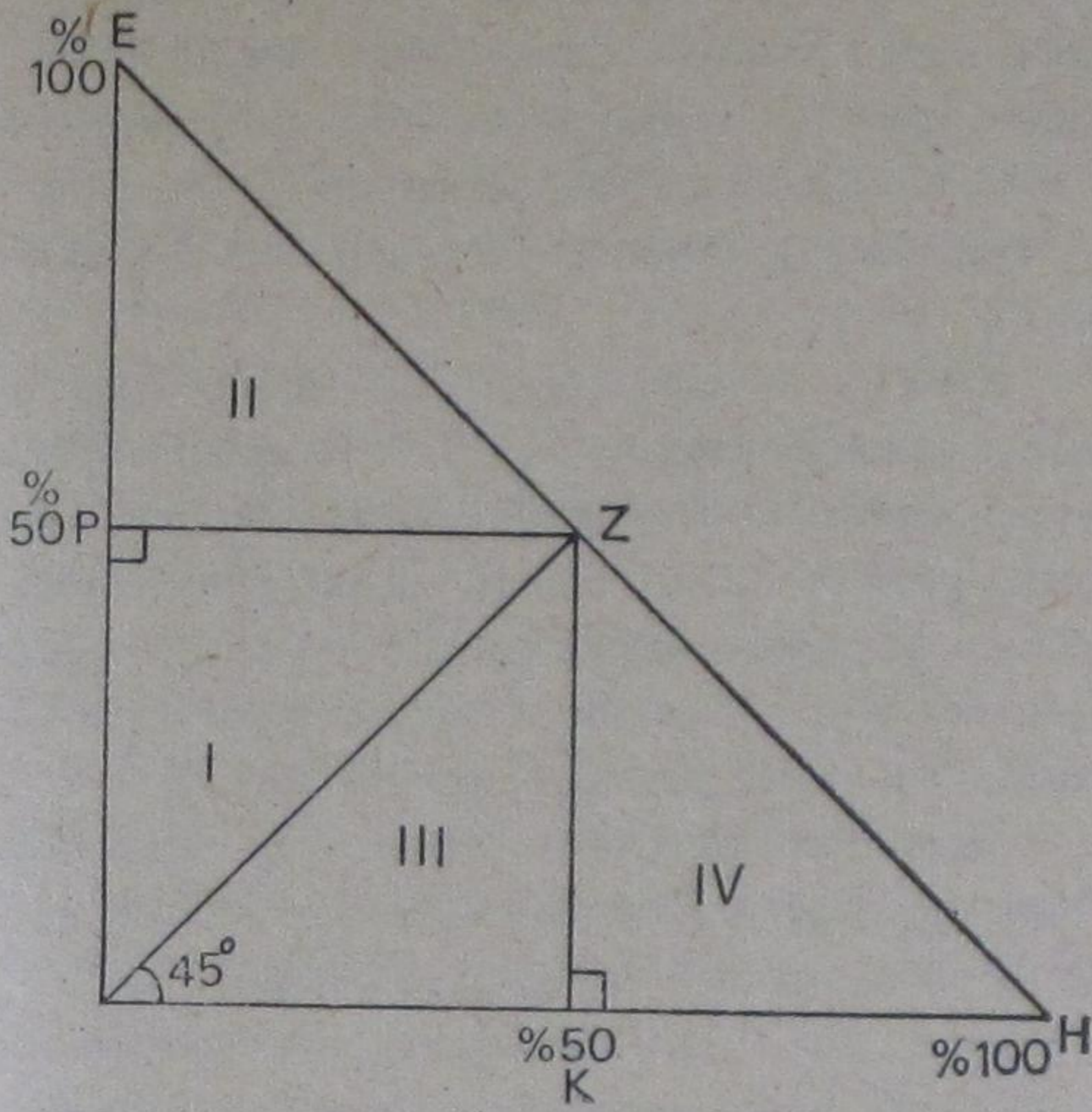
Bu tür bir tabloya basitlik ve anlam kazandırabilmek, gözle görülebilir bir düzenlilik getirebilmek için öncelikle çekimser oylar açısından da bir karşılaştırma olanağı bulmak gerekir. Grafiğin **sınır eğrisi** (EH) çizildiği zaman, bu çizgiye olan mesafeleri, ülkelerin çekimser oylarını gösterir. Örneğin aşağıdaki tabloda kullandıkları oylara göre yerleştirilmiş ülkelerden "A", sınır eğrisi çizgisi üzerinde olduğuna göre hiç çekimser oy kullanmamıştır. "B" ise sınır eğrisine uzaklığı "C" den fazla olduğuna göre, çekimser kalma ya da katılmama oranı da "C" ye göre daha çoktur.



Ülkelerin oylamalarda gösterdikleri dış politika tavrını daha net bir biçimde göstermek ve aralarında en basit biçimiyle "tavır karşılaştırması" yapabilmek için, **eşitlik doğrusundan**, yani 45° lik çizgiden (OZ) yararlanılabilir. Bu durumda, tablo içinde OZ doğrusunun altında kalan, örneğin, "A", "B" ve "C" ülkelerinin "hayır" oyları (konu üzerindeki olumsuz tavrı "evet" oylarına göre daha fazladır $H > E$). Buna karşılık, OZ çizgisinin üstünde yer alan "D", "E" ve "F" ülkelerinin olumlu oyları daha fazladır $(E > H)$. OZ üzerindeki "G" ülkesinin ise, oy dağılımı eşittir $(H = E)$. Her bir ülkenin sınır eğrisine olan uzaklıkları ise, çekimser oylarını ifade eder.



Özellikle, ülkeler ve ülke grupları, bloklar arasında gözle görülebilir karşılaştırma yapma açısından ise, şekli biraz daha açmak gerekmektedir. H ve E eksenlerinin yüzde ellisinden çıkarılacak iki dikme bu açıdan yararlı olacaktır.



Bu durumda ortaya dört üçgen çıkmaktadır. Bu üçgenler, içlerinde yer alan ülkelerin oy dağılımları açısından şunları gösterir:

I. Üçgen (POZ) —

i) Bu üçgen içinde yer alan ülkelerin olumlu oyları, olumsuzlardan fazladır ($E > H$). Söz konusu sorunda verdikleri ve oylarıyla ifade ettikleri dış politika desteği ise mutlak değildir. Bir başka deyişle, "evet" oyları "hayır"lara göre fazla olmakla birlikte, kullandıkları toplam oyları içinde yüzde ellinin altında kalmaktadır ($E < \%50$).

II. Üçgen (PEZ) — Bu üçgen içinde yer alan ülkelerin de olumlu oyları olumsuzları

dan fazladır ($E > H$) ve dış politika destekleri daha kesindir ($E \geq \%50$)*.

III. Üçgen (KOZ) — Bu konudaki ülkelerin ise olumsuz oyları daha fazladır ($H > E$). Bununla birlikte, "hayır" oyları yüzde ellinin altında kalmaktadır ($H < \%50$).

IV. Üçgen (KHZ) — burada da olumsuz oylar daha fazladır ($H > E$) ve dış politikalarında sorun üzerindeki karşıt tavırları kesindir ($H \geq \%50$)*. Doğal olarak, her küme içindeki ülkeler de OZ ve EH çizgilerine olan mesafeyle birbirleriyle, ayrıca, karşılaştırılabilirler.

Bu tür bir tablo, özellikle kapsamlı çözümler için, **görgül**, **görsel** ve **sistemik** bir ülke sınırlandırması açısından yararlı olabilir. Belirli bir konu, örneğin, Orta Doğu sorunu, Birleşmiş Milletlerin belirli bir organında, esas olarak Genel Kurulda, uzunca bir süreyi kapsayacak biçimde ele alınabilir. Belirli örnek oluşturabilecek ülkeler, örneğin, bir kaç bağlantısız devlet, NATO ve Varşova Paktı üyeleri, seçilir ve verdikleri oylar saptanır, her ülke tabloya yerleştirilir. Her grup için bir önder ülke seçilir, örneğin, bağlantısızlar için Hindistan, NATO için ABD ve Varşova Paktı için Sovyetler Birliği gibi. Daha sonra da, bu ülkeler etrafındaki kümelermeler, ortak tavırlar ortaya çıkar ve blok içi ya da bloklararası karşılaştırmalar yapılabilir. Tüm bunların hammaddesi olan oy kalıpları ise bu tablodan açık bir biçimde görülebilir.

* PZ kenarını PEZ üçgeni, KZ kenarını KHZ üçgeni içeriyor.

KIEV VE TÜRK BOĞAZLARI *

H. Gary KNIGHT**

Türkçeye Çeviren: Asis. Aslan GÜNDÜZ***

Sovyet harp gemisi Kiev, 18 Temmuz 1976 da, Türkiye'nin rızası ile Türk Boğazlarını katederek Karadeniz'den Akdeniz'e transit geçti¹. Bu transit geçişin milletlerarası geçerliliği konusunda sorular ortaya atıldı. Türk Boğazlarından denizaltıların geçişine ilişkin kuralların Sovyetler tarafından ihlal

* *The Kiev and The Turkish Straits, American Journal of International Law, (1977), Vol. 71, 125.*

** *Luisiana State University Law Center.*

*** *İstanbul Hukuk Fakültesi Devletler Umumi Hukuku Kürsüsünde Asistan.*

1) *New York Times, 19 Temmuz, 4; Washington Post, 19 Temmuz 1976, A-16.*

edilmiş olduğu iddiasına karşı daha önce gösterilen tipkilerin de ışığında² olayları ve konuyu yöneten hukuku incelemek uygun olacaktır.

Kiev Sovyetlerin Karadeniz'deki limanı Odessa'da inşa edilmiş ve Nikolayev'de donatılmış 35-40 bin tonluk bir savaş gemisidir. Geminin genişliği 200 fit, uzunluğu 925 fittir. Yaklaşık olarak 580 fit uzunluğu 90 fit genişliği olan açılı bir uçuş güvertesine sahiptir³. Maksimum sür'atının 30 mili aşacağı tahmin edilmektedir, ve Sovyetler Birliği tarafından "Protivo Lodochy Kreyser", yani denizaltısavar kruvazör olarak tarif edilmektedir.

Kiev'in silahları Goblet Füzeleri (bu füzeler 20 mil menzili olan yerden havaya atılan füzelerdir) için iki tane ikili SAN-3 füze rampası; muhtemelen üç veya dört yerden havaya SAN-4 füze rampası; bir denizaltısavar ("ASW") ikili rampa; 28 parça, 76 mm. 57 mm. ve 25 mm. lik konvansiyonel top; ve ilave konvansiyonel ASW rampalarından ibarettir.

Kiev'in 25-30 kadar sabit kanatlı uçağı, -muhtemelen NATO'nun "freehand" olarak tavsif ettiği dikey olarak kalkıp inen (VTOL) YAK -36 uçağını- taşıması planlanmıştır. Aynı zamanda 25 ile 30 kadar denizaltısavar helikopter de taşıyabilir. New York Times'de yazan askeri muhabir Drew Middleton Yak-36 uçaklarının ilk defa Akdeniz'deki Sovyet filosu için denize dayalı himaye sağlamalarının ve bir savaşta bu jet uçaklarının Akdeniz'deki Amerikan 6. filosunun normal bir parçasını oluşturan iki uçak gemisinin güvertesindeki uçaklara saldırılarının beklendiğini ifade etmektedir⁴. Middleton daha sonra şunları ilâve etmektedir: Kiev'in ortaya çıkışına kadar, Sovyet filosu Sovyetler Birliğinden veya muhtemelen Suriye üslerinden gelecek hava desteğine güvenmek zorundaydı.

Gazete haberlerine göre, Sovyetler Birliği, Montreux⁵ Konvansiyonu'nun gerekli gördüğü şekilde, önceden Türkiye'ye, deniz altısavar kruvazör olarak tarif ettiği, Kiev'in geçişini ihbar etmiştir. Anadolu Ajansı transit halindeki geminin yaklaşık olarak 30 uçakla 25 helikopteri taşıdığından Türkiye'nin ha-

berdar⁶ edildiğini bildirdi. Kiev İstanbul Boğazını, Marmarayı, Çanakkaleyi ve Ege Denizini geçerek nihayet Girit'in güneyindeki yerini aldı. Birkaç gün sonra da Akdenizden çıkarak Kuzey Atlantik Okyanusuna hareket etti.

Kiev'in transit geçişi iki temel sorunu ortaya çıkarmaktadır: 1) Türk Boğazlarından geçişi yöneten Montreux Konvansiyonu bir harp gemisi sınıfı olarak uçak gemilerinin transit geçişini yasaklıyor mu? ve, 2) eğer öyleyse, Kiev Montreux Konvansiyonun hükümlerine göre bir uçak gemisi midir?

Montreux Konvansiyonunun 8. maddesi "harp gemisi tariflerinin ve özelliklerinin... Ek II de öngörüldüğü gibi olacağını" belirtmektedir. Ek II altı kategori harp gemisini, yani hattı harp gemilerini, uçak gemilerini, küçük su üstü gemileri, denizaltıları, küçük harp gemilerini, yardımcı gemileri, tarif etmektedir.

Konvansiyonun 10. maddesi barış zamanında bu kategorilerden üçünün —küçük su üstü gemilerinin, küçük harp gemilerinin ve yardımcı gemilerin— ister Karadeniz ülkelerine, isterse diğer ülkelere ait olsunlar, boğazlardan geçiş serbestisine sahip olacaklarını öngörmektedir. Daha sonra 11. madde Karadeniz Devletlerinin sadece 15 bin tondan daha fazla bir toplam tonaja sahip olan **hattı harp** gemilerini, tek tek ve en fazla iki destroyer refakatinde olmak şartıyla, boğaz-

2) *N.Y. Times* 8 Şubat, 1976, 1.

3) Kiev konusundaki bu ve sonraki veriler esas itibariyle J. Moore (ed.) *Jane's Fighting Ships 1975-76*, 551 (1976) den alınmıştır.

4) *N. Y. Times* 22 Temmuz, 1976.

5) 20 Temmuz 1936 da Montreux'da imzalanan Boğazlar Rejimine dair Konvansiyon'un metni için bkz. 173 LNTS 215; 31 AJİL Supp. 1 (1937). Konvansiyona taraf devletler şunlardır: Bulgaristan, Fransa, İngiltere, Yunanistan, Japonya, Romanya, Türkiye, Yugoslavya, Sovyetler Birliği.

6) *The Associated Press*'in haberi Anadolu Ajansının bir haberine dayanıyordu. *New York Times* (Reuters) Kiev'in tamamen işler halde olmadığını belirtti. Fakat *Washington Post* Kiev'in Boğaz Köprüsünün altından geçerken 25 ile 30 uçak ve aynı sayıda helikopter taşıdığına inanıldığını belirtti.

lardan geçirebileceklerini öngörür⁷. Madde 12. Karadeniz Devletlerine ait denizaltıların inşa veya satın alma yeri, geçiş zamanı, seyrüsefer şekliyle ilgili belirli şartlar altında geçirilmelerini öngörür. Bununla beraber, uçak gemilerini kapsayan herhangi bir hüküm yoktur.

Hafif su üstü gemileri, küçük harp gemileri ve yardımcı gemiler dışında kalan gemilerin **sadece** 11 ve 12. maddelerin (hattı harp gemileri ve denizaltılarla ilgili) özel hükümlerine göre transit geçiş hakkına sahip olduklarını belirten 10. maddenin uslûbû karşısında, uçak gemilerini kapsayan bir hüküm yoksa, Karadeniz Devletlerine ait bu tip gemilerin geçişinin yasaklandığı sonucuna varmak mantıki olacaktır.

Bu analize karşı yapılabilecek iki karşı iddianın incelenmesi gerekir. Birincisi, Madde 15 transit halindeki harp gemilerinin hiçbir durumda taşıyabilecekleri herhangi bir uçağı kullanmayacaklarını" öngörür. Bununla beraber, hattı harp gemilerinin ve diğer gemilerini çok defa katapultlarla fırlatılan ve denizden toplanan keşif uçakları taşımaları, bu maddenin münhasıran uçak gemilerinden bahsettiği şekilde anlaşılabilir. İkinci olarak, uçak gemileri hattı harp gemilerinin bir çeşidi olduğu kabul edilemez; çünkü sonucunun EK II deki tarifi özellikle uçak gemilerini ihraç etmektedir. (Hattı harp gemileri uçak gemilerinden gayri su üstü gemileri...dir")..

Türk Boğazlarının tarihi, özellikle 1923 Lozan Andlaşması ve Montreux Konvansiyonu, incelendiğinde⁸, görüşmecilerin uçak gemileri ile ilgili niyetlerine rastlanmaz. Aynı şekilde, andlaşmanın **tek** amacının Karadeniz Devletlerin çıkışını veya diğer devletlerin girişini kolaylaştırmak olduğunu söylemek mümkün değildir. Bilakis, müzakereler tarihi Montreux Konvansiyonu'nun Karadeniz devletleriyle diğer devletler arasında bir uzlaşma olduğunu, hiçbirinin tercihli bir durumunun olmadığını ortaya koymaktadır. Mutlak seyrüsefer serbestisi ile harp gemilerinin Boğazlardan geçişinin tamamen yasaklanması arasında bir denge kurulmuştur.

Çok kısa olarak özetlersek, Sovyetler Birliği daha güçlü denizci devletlerin Karadeniz'e girişinden sakınmak için Boğazların

kapalı olmasını tercih ettiğinden, Boğazlardan geçiş serbestisi ile ilgili Lozan Andlaşmasından memnun değildi. 1930'larda TÜRK-SOVYET ilişkilerinin geliştirilmesiyle birlikte, Lozan Andlaşmasının gözden geçirilmesi taahhüt edildi. Türkiye son derece Sovyetler Birliğinin lehine olan ve Türkiye'ye mutlak olmazsa bile önemli ölçüde boğazlarda seyrüseferi kontrol etme imkânı veren bir taslağı sundu. Bu durum Sovyetlerce de arzulanan bir durumdu. Sovyetler Boğazlardaki menfaatlerinin Türkiye ile yapılacak ikili düzenlemelerle en iyi şekilde korunacağını hissediyordu. Birleşik Krallık Türkiye'nin teklifine itiraz etti. Bunun sonucu Montreux Konvansiyonu esas itibariyle Sovyet ve İngiliz temsilcilerinin iki hafta boyunca müzakere ettikleri bir uzlaşma oldu. Durum bu olunca, ortaya çıkan andlaşmanın, Karadeniz Devletlerinin Akdeniz'e transit geçişini kolaylaştırmak ve görüşmelere konu olmuş sınırlamalara tabi olarak, Karadeniz Devletleri dışında kalan devletlerin Boğazlardan Karadenize geçişini temin etmek suretiyle, her iki durumda da menfaatlerine hizmet ettiği ancak söylenebilir.

Böylece, 1. maddede Konvansiyon'a taraf devletlerin "boğazlarda transit geçiş ve seyrüsefer özgürlüğü prensibini kabul ve teyit ettikleri" genel bir şekilde ifade edilmiş olmasına rağmen, görüşmeler tarihi hem Karadeniz Devletlerinin hem de diğer devletlerin seyrüsefer konusunda bazı sınırlamalar getirme niyetlerini açıklığa kavuşturmuştur. Bu sebeple Karadeniz Devletlerine ait uçak ge-

7) *Karadeniz Devletler dışındaki devletlerin Boğazlarda ve Karadenizde bulundurabilecekleri gemilerin tonajları madde 14 ve 18 de belirtilmiştir. Bu inceleme ile ilgili değildir.*

8) *Bkz. J. Shotwell and F. Deak, Turkey at the Straits; A short History, 1940; F. Vali, The Turkish Straits and NATO, ch. 3 (1972); Routh, The Montreux Convention Regarding the Regime of the Black Sea Straits (20th July, 1936), Survey of Int'l Affairs 1936, at 584 (1936); Kirkpatrick, The Montreux Straits Convention, 7 Geneva Special Studies (No. 6) (Sep. 1936); Note, The Straits Convention of Montreux, 18 Brit. Y. B. Int'l. L. 186 (1937).*

milerinin transit geçişinin Konvansiyonla yasaklandığı sonucuna varmak bu amaca aykırı değildir.

Kiev bir uçak gemisi midir? Montreux Konvansiyonu (Ek II) uçak gemilerini şöyle tarif ediyor:

“Su taşıyıcıları ne olursa olsun, esas itibariyle denizde uçak taşıma veya uçakları harekete geçirmek amacıyla yapılmış veya buna göre uyarlanmış su üstü harp gemileridir. Herhangi bir harp gemisi esas itibariyle denizde uçak taşıma veya uçakları harekete geçirme amacıyla yapılmamış veya buna göre uyarlanmamışsa, bu gemiye bir iniş veya kalkış güvertesinin konması, onun uçak gemisi kategorisi içinde sınıflandırılmasını gerektirmez.”

Jain's Fighting Ships, 1975-76'ya göre, ismiyle anılan Kiev de dahil, helikopter taşıyıcıları veya helikopter taşıyan kruvazörler uçak gemisi olarak sınıflandırılır⁹. Yayıncının Sovyet sınıflaması konusundaki yorumu ilginçtir:

“Bu büyüklükteki bir gemi için enteresan bir tanım. Geminin gelecekteki kullanımı bakımından denizaltısavar savaşı yönünden bir eğilimi hatırlatıyor. Fakat Türk Boğazlarının kullanımını, düzenleyen Montreux Konvansiyonunun uçak gemileri için getirdiği sınırlamaları bertaraf etmeyi amaçladığı daha büyük ihtimaldir¹⁰.

Deniz stratejisi bakımından Kiev'in önemini analiz eden Jain's yayıncıları, geminin yapısının Amiral Gorshkov'un görüşlerini yansıttığını ayrıca belirtmektedirler. Amiral dışarıda siyasi nüfuzu genişletmek meyanında kullanılan deniz kuvvetlerinin denize dayalı taktik hava birliklerine sahip olması gerektiği üzerinde ısrar etmiştir.

Galiba Kiev'in bir uçak gemisi olarak sınıflandırılması lehindeki en inandırıcı iddia onun silahlandırılması şeklinde temelleniyor. Bir tek ASW ikili füze rampası ve sınırlı sayıda konvansiyonel rampalar kırk bin tonluk bir gemide uçakla ilgisi olmayan yegane ASW silahlarıdır.

Bu sınırlı sayıdaki ASW silahlarını taşımak için Kiev büyüklüğünde ve şeklinde bir gemiyi inşa etmenin zaruretine inanmak çok

zordur. Sadece sabit veya döner kanatlı uçakların ilâve edilmesi suretiyle Kiev etkin bir ASW platformu olabilirdi. Daha önce denize indirilmiş olan helikopter gemisi Moskova ve Leningrad'a etkin birer ASW gemisi olmaları için döner kanatlı uçaklar ilâve edildi. Kiev'i kullanışlı ve ucuz maliyetli bir ASW gemisi haline getirmek için kalkış ve iniş platformu ile birlikte helikopterlerin ilâvesi gerekiyordu. Büyük ve açılı bir uçuş güvertesi ile birlikte hava korumasını sağlaması tasarlanan 25-30 VTOL jet uçağının ilâve edilmesi geminin esas itibariyle hem helikopter hem de VTOL uçaklarını taşıma ve harekete geçirme amacıyla yapıldığını ve bir ASW füzeleri platformu olmadığını açıkça ortaya koymaktadır¹¹. Önemli bir kısmı büyük uçak güvertesi olmadan yerleştirilemeyen denize dayalı bir müstemilata sahip olmaksızın geminin çok az vurucu gücü vardır ve hiçbir etkin ASW amacı taşımaz. Böylece, Konvansiyon'daki uçak gemilerinin tarifi —esas itibariyle denizde uçak taşıma veya uçakları harekete getirme amacı ile yapılmış— Kiev'in şekil ve muhtemel misyonu ile tatmin edilmiş görünmektedir.

Buraya kadar yapılan analiz Kiev'in bir uçak gemisi olduğu ve Montreux Konvansiyonu'nun uçak gemilerinin Türk boğazlarından geçişini yasakladığı sonucuna işaret etmektedir¹². Bununla beraber, bu analiz kabul edlise bile, siyasi realiteler bu veya gelecek transitler için hukuken yapılsa dahi çok az

9) *Jain's Fighting Ships 1975-76*, (dn. 3, 105.

10) *Id*, 551.

11) *Kiev'in rolü ve muhtemel misyonu konusunda Bkz. Hynes, The Role of The Kiev'in Soviet Naval Operations, 20 Naval War College Rev. (Nr. 2) 38 (Fall 1976).*

12) *Yetkin bir Sovyet makalesi bu neticeyi tartışmaktadır. Tartışmayı şu ifadeye dayandırmaktadır. Montreux Konvansiyonu ile ilgili eksiksiz bir analiz gösterdiği gibi, hukuki açıdan Karadeniz devletlerine ait herhangi bir geminin boğazlardan geçişinin Konvansiyonun lafzı ve ruhu ile çelişmediği düşünülebilir. Serkov, Legal Regulations for the Black sea Straits, Morskoï Sbornik 7 (1976).*

şeyin yapılabileceğini zorunlu hale getirmektedir. Boğazlarla ilgili bir monoğrafide ifade edildiği gibi "gemi yapım ve donanımında (Konvansiyonun imzalanmasından) sonraki buluş ve değişiklikler bir dereceye kadar harp gemilerinin yukarıdaki sınıflandırılmasını metruk hale getirmiş ve Türk Hükümetinin şüpheli durumlarda nazik kararlar alması zaruretini getirmiştir."¹³

Sovyetler Birliği şimdilik Karadeniz'de Kiev'in bir kardeşini inşa ediyor ve böylece bir veya iki yıl içinde boğazlardan bu uçak gemisinin geçirilmesi için yeniden Türkiye'den ricada bulunacaktır. Sovyetlerle sınırdaş olması ve kritik boğazların iki yakasında yer alması sebebiyle, Türkiye'nin, bir NATO üyesi olmasına rağmen, Sovyet isteğinin reddi konusundaki NATO'nun ısrarını lehte karşılaması ihtimali yoktur. Son Türk-Amerikan ilişkilerinin Amerikanın Kiev'in geçişine karşı tartışma gücünü etkilediği kuşkusuzdur. Galiba bu sovyetlerin gelecekteki yayılmalarına karşı hiçbir etkin tedbirin alınmayacağı anlamına gelir.

Bununla beraber, Milletlerarası hukuk bilginleri, Montreux Konvansiyonunu yeniden incelemek ve gelecekte Türk Boğazlarında istikrarı sağlamak için, mevcut düzenin alınması da dahil, hangi seçeneklerin mevcut olduğunu gözden geçirmek hususunda bu fırsatı kullanmalıdırlar. Bu tür konuların incelenmesi için güzel bir hareket noktası Ferenc A. Vali'nin "The Turkish Straits and NATO" isimli eserinin "The Turkish Straits: Issues and Options", adını taşıyan 7. bölümüdür. O bölümde Montreux konvansiyonu'nun revizyonu, Boğazların savunması, Amerikanın Boğazlardaki menfaatları Orta Doğu'daki varlığı ile ilgili muhtemel politikaları özetlemektedir. Eğer başka hiçbir şey yapamadıysa bile, Kiev'in geçişi Montreux Konvansiyonu'nun geçmişteki başarıları ve hem teknoloji hem de kuvvetler dengesinde meydana gelen önemli değişikliklerin onu nasıl hassas hale getirdiği hususunda milletlerarası hukukçulara yeni bir bilinç getirmelidir.

13) F. Vali (dn. 8), 44.

TÜRKİYE'DE YAPILAN EVLİLİKLERİN ŞEKLİNE UYGULANAN HUKUK ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Doç. Dr. Yücel SAYMAN*

Türkiye'de yapılan evlenmelerin şekline uygulanacak hukuk saptanırken başlıca üç yol izlenebilir. Her üç yolu ayrı ayrı ele alarak ortaya çıkan sorunları genel hatları ile incelemeye çalışacak, Yargıtay kararlarıyla benimsenen çözüm üzerinde duracağız.

1 — Birinci yol, 1330 tarihli Muvakkat Kanununun 4. maddesi ile devletler hususi hukukunda bir teamül kuralı olan Locus Regit Actum (LRA) kuralı arasında uyum sağlayarak sonuca ulaşmaktır.

Muvakkat Kanununun 4. maddesi, "ecnebi teb'aya müteallik olup da nikâh akdi... gibi aile hukukuna... müteallik bulunan davalar"

ın Türkiye'de görülebilmesi durumunda ... devletin amme intizamına mugayir olmak şartıyla alâkadarların tabi oldukları hükûmetin kanunlarına... tevfikan muamele olunur" demektedir. Muvakkat Kanununun 4. maddesi, kapsamına aldığı konular bakımından esas-şekil ayırımı yapmamış, bir bütün olarak milli hukukun uygulanmasını öngörmüştür. Nitekim, Medeni Kanunun yürürlüğe girmesinden önce, müslüman olmayan yabancıların evlilikleri şekil açısından da milli hukuklarına tabiydi.

* İstanbul Hukuk Fakültesi Devletler Hususi Hukuku Kürsüsü Öğretim Üyesi.

Mukayeseli devletler hususi hukukunda evlenmenin şekline uygulanacak hukukun bir teamül kuralı olan LRA kuralı ile saptanması en çok başvurulan çözümdür. Türk Hukukunda da evlenmenin şekline LRA kuralının uygulanması doktrin¹ ve Yargıtay kararları² tarafından ilke olarak kabul edilmiştir. LRA kuralı seçim hakkı sağlayan bir kuraldır. Hukuki işlem ya yapıldığı ülke hukukunun şekil şartlarına, ya da hukuki işlemin mahiyetine göre saptanacak bir başka ülke hukukunun şekil şartlarına uygun olarak gerçekleştirilebilir. Örneğin, evlenme yapıldığı ülkenin hukukuna göre ya da tarafların milli hukuklarına göre belirlenen şekil şartlarına uyularak akdedilmekle geçerli olarak kurulabilir.

Muvakkat Kanununun 4. maddesi, doktrin ve Yargıtay kararlarınca benimsenen LRA kuralının seçim hakkı sağlayan **ihtiyari niteliğini** desteklemektedir. LRA kuralı gereği Türkiye'de yabancılar Türk Medeni Kanununa göre evlenebilirken, Muvakkat Kanununun 4. maddesi uyarınca kendi milli hukuklarına göre de evlenebileceklerdir. Böylece Türkiye'de yapılan evliliklerin şekli bakımından LRA kuralının ihtiyari niteliğiyle uygulanması Muvakkat Kanun'un 4. maddesi açısından zorunlu olmaktadır.

Ancak LRA kuralının ihtiyari niteliğiyle uygulanabilmesinin önünde iki engel bulunmaktadır. Bu engellerden birincisi **Auctor Regit Actum** kuralıdır. Auctor Regit Actum kuralına göre, resmi şekil şartının gerçekleşmesi bir kamu görevlisinin müdahalesine bağlıysa, hangi kamu görevlisinin yetkili olacağını ve ne gibi işleri yapabileceğini her devlet kendi saptar. Kural olarak bir kamu görevlisi kendi ülkesinin sınırları dışında resmi faaliyet gösteremez. Türk hukukunda da evlenmenin hangi makamlar önünde yapılabileceği kanunla belirtilmiştir. Kanunla belirtilmemiş bir makamın evlendirme yetkisi olmaz. Bu bakımdan yabancı tarafların milli hukukları evlenme akdinin resmi makam önünde yapılmasını öngörürken yetkili makamı dinî makam olarak saptamışsa, ya da evlenme resmi makam önünde yapılsa bile dinî merasimi zorunlu kılmışsa, bu evlenmenin Türkiye'de yapılması mümkün değildir. Çünkü Türk kanunlarına göre evlendir-

me yetkisi olmayan bir makamın yabancı hukuk gereği böyle bir yetki kazanması, ya da medeni evlenme akdetmeye yetkili kamu görevlisine yabancı hukuk emri ile dini merasim yapma görevinin yüklenmesi Auctor Regit Actum kuralına aykırıdır³.

Nitekim Dışişleri Bakanlığının Ankara'daki Yunan Elçiliğine gönderdiği 3 Şubat 1927 tarihli ve 2627 sayılı yazıda "müslüman ya da ortodoks hiç bir makamın herhangi bir evlenme akdi yapamayacağı"⁴ belirtilmektedir. Bu nedenle, Türkiye'de evlenen yabancıların bu evliliklerinin şekline LRA kuralının ihtiyari niteliğiyle uygulanabilmesi için belli dini makamlara ya da din adamlarına yabancıları evlendirme yetkisinin verilmesi gerekmektedir. Ancak hemen belirtelim ki, tarafların milli hukukunun evlenmenin akdedilmesinde hiç bir makamın ya da yetkili kişinin varlığını aramaması halinde, Auctor Regit Actum kuralı LRA kuralının ihtiyari niteliğiyle uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir.

LRA kuralının ihtiyari niteliğiyle uygulanabilmesinin önündeki ikinci engel tarafların milli hukuklarının farklı olması durumunda ortaya çıkmaktadır. Taraflar ayrı vatandaş-

1) GÜRAL, J.; *Evlenmeden Doğan Kanun İhtilâfları*, AHFD, III, (1946), 167; YÖRÜK A. K.; *Devletler Hususi Hukuku Bakımından Evlenme*, İBD (1934) 4530; ULUOCAK; *Kanunlar İhtilâfı*, İstanbul 1971, 59; BERKİ, O. F.; *Türk Hukukunda Kanun İhtilâfları*, 2. bası, Ankara 1971, 65; GÖĞER, E.; *Devletler Hususi Hukuku*, 3. bası, Ankara 1975, 125-172; NOMER, E., *Devletler Hususi Hukuku*, İstanbul 1978, 238; TEKİNALP, G., *Milletlerarası Özel Hukuk*, İstanbul 1981, 109.

2) Y2HD'nin tarihi saptanamayan bir kararı (BERKİ - ERGÜNEY; *Yabancılar Hukuku ve Kanun İhtilâfları ile ilgili Yargıtay Kararlarının Tahlili ve İzahları*, Ankara 1963, 55); Y2HD. 7.5.1937 tarihli kararı (BERKİ - ERGÜNEY, 55); Y2HD 29.11.1974 tarihli kararı (İBD, (1975), 285).

3) RIGAUX, note sous Trib. Bruxelles, 10 Kasım 1956 (*Annales de Notariat et de l'Enregistrement* 1956, 329-333).

4) TENEKIDES, *La Condition de Forme du Mariage des Etrangers en Turquie*, CLUNET, 1929, 59.

lıkta olmakla birlikte milli hukukları aynı şekil şartlarını öngörüyorsa sorun yoktur. Eğer taraflardan birinin milli hukuku resmi evlenmeyi, diğerinin milli hukuku dini evlenmeyi öngörüyorsa LRA kuralının ihtiyari niteliğiyle uygulanabilmesi zorlaşmaktadır. Bu durumda taraflar arasında ortak olabilecek bir hukuk araştırmak yerine (ortak ikametgah ya da ortak mesken hukuku gibi), yalnız evlenmenin yapıldığı ülke hukukunu uygulamak en sağlıklı çözüm olsa gerekir. Muvakkat Kanununun 4. maddesi tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları durumunda uygulanacak hukuk devletler hususi hukuku kaidelerine göre saptanmasını öngörmüştür. Ayrı vatandaşlıkta olan ve milli hukukları aynı şekil şartlarını öngörmeyen yabancılara evlendikleri ülke olan Türk hukukunu uygulamak Muvakkat Kanununun bu hükmüne de uygun düşmektedir.

Yukarıdan beri açıkladığımız bu birinci yol Türk hukuk uygulamasında izlenmemiştir: Muvakkat Kanununun 4. maddesinde yer alan milli hukuk kuralı yabancılara Türkiye'de yaptıkları evliliklerin şekline uygulanmaktadır. Yabancılar Türkiye'de ancak Medeni Kanunun öngördüğü şekle uyarak evlenebilmektedirler.

2. İkinci yol, 1330 tarihli Muvakkat Kanununun 4. maddesinin evlenmenin yalnız esasa ilişkin şartlarına uygulanacak hukuku gösterdiği noktasından hareketle, evlenmenin şekline ilişkin yetkili hukukun LRA kuralı ile saptanacağını kabul etmektir.

Muvakkat Kanun Cumhuriyet döneminden önce, İslâm devletler hususi hukuku anlayışı çerçevesinde çıkartılmıştır. Kanunun kapsamına aldığı konular bakımından müslüman olmayan yabancıların kendi dinî ya da millî hukuklarına tabi olması İslâm hukukunun özünde vardır. Bu öz kapitülasyonların kaldırılması sonucu çıkartılan muvakkat Kanunda yer almıştır. Muvakkat Kanununun Cumhuriyet döneminden önce İslâm hukuku anlayışı ile yorumlanması doğaldır. O dönemde müslüman olmayan yabancıların İslâm hukukuna göre evlenmeleri bizzat İslâm hukuku anlayışına ters düşerdi. Bu nedenle, müslüman olmayan yabancıların Osmanlı İmparatorluğu'nda yaptıkları evlilikler esas-şekil

ayırımı yapılmaksızın milli hukuklarına tabi olmuştur. Ancak, Cumhuriyet döneminden sonra, lâik hukuk sisteminin benimsenmesi sonucu, Muvakkat Kanunun yorumu da farklı olacaktır. Muvakkat Kanun artık İslâm devletler hususi hukuku değil, lâik devletler hususi hukuku anlayışını yansıtmaktadır. Buradaki lâik devletler hususi hukuku anlayışından kasıt, Cumhuriyet döneminden sonra Batı örnek alınarak geliştirilen devletler hususi hukuku anlayışdır. Bu anlayış çerçevesinde, ilke olarak esas-şekil ayırımı yapılmakta ve her iki kategori farklı hukuklara tabi olabilmektedir. Şekil söz konusu olduğunda LRA kuralının uygulanması devletler hususi hukukumuzda ilke olarak kabul edilmiştir. Esas-şekil ayırımı Muvakkat Kanununun kapsadığı konular bakımından da geçerlidir. Bu bakımdan, Muvakkat Kanununun 4. maddesindeki ifadeyle "aile hukukuna, ehliyet ve menkul mallara ait vasiyete" ilişkin konularda şekil açısından bu Kanunun öngördüğü milli hukuk kuralı geçerli olmayacaktır. Şekle uygulanacak hukuku, Muvakkat Kanundan bağımsız olarak yerleşen LRA kuralı gösterecektir.

Evlenmenin nasıl gerçekleşeceği (medeni evlenme, dini evlenme, şekilsiz evlenme, vs.) konusunda yetkili olan hukukun Muvakkat Kanununun 4. maddesine göre bulunup bulunmayacağı vasıf ihtilâfının çözümüne bağlıdır. Evlenmenin medeni, dini ya da şekilsiz olması esasa mı, şekle mi ilişkin bir konudur? Vasıf ihtilâfını burada lex fori'ye yani Türk hukukuna göre çözümlenecek olursak⁵ evlenmenin medeni, dinî ya da şekilsiz olmasının esasa değil, şekle ilişkin olduğu sonucuna varırız. Medeni Kanuna göre evlenme merasiminin resmi memur önünde yapılması evlenmenin kurucu şartlarından olmakla birlikte bir şekil sorunudur. Şu halde Muvakkat

5) *TENEKIDES, Lozan Antlaşmasınının 16. maddesinde sayılan haller bakımından yalnız yargılama yetkisinden doğan çatışmalar değil, yasama yetkisinden doğan çatışmaları da çözümlendiğini, bu nedenle evlenmenin şekline ilişkin konularda Yunan Mahkemelerinin davayı görmeye ve uygulanacak hukuku saptamaya yetkili olduğunu belirtmektedir. Yazara göre, bu nedenle vasıf ihtilâfının Yunan Hukukuna göre çözümlenmesi gerekir (dn. 4), 63.*

Kanunun öngördüğü milli hukuk kuralı değil, LRA kuralı uygulanacaktır.

Türkiye'de yabancıların yaptıkları evliliklerin şekline ilke olarak LRA kuralının uygulandığı sonucuna vardıldıktan sonra, bu kuralın ihtiyarî ve mecburî niteliği arasında bir seçim yapmak gerekmektedir. Hemen belirtelim ki, Muvakkat Kanununun 4. maddesinin konuya uygulanmaması LRA kuralının ihtiyari niteliğiyle kabul edilmesini engellemez. LRA kuralının bizzat kendisi taraflara evlenmenin yapıldığı ülke hukukunun ya da millî hukuklarının öngördüğü şekil şartlarına uyarak geçerli bir evlenme akdetme olanağı sağlamaktadır. Yukarıda LRA kuralının ihtiyarî niteliği ile kabulünün önündeki engeller üzerinde durduk. Yabancıların Türkiye'de ancak Medeni Kanununun öngördüğü şekil şartlarına uyarak evlenebilmeleri de uygulamada LRA kuralının ihtiyarî niteliğiyle benimsenmediğini göstermektedir.

LRA kuralının bazı konularda, bu arada evlenmenin şeklinde mecburi niteliğiyle uygulanması oldukça taraftar toplayan bir görüşdür⁶. Bu görüş çerçevesinde, evlenme hangi ülkede yapılıyorsa ancak ve yalnız o ülke hukukundaki şekil şartlarına uyulmakla geçerli olarak doğacaktır. Kanımızca LRA kuralının mecburi niteliği teorik bir temelden çok pratik zaruretlere dayanmaktadır. Evlenme, evlât edinme, tanıma, gayrimenkullere ilişkin bazı akitler vs. gibi belli konularda şekle ilişkin iç hukuk hükümleri milletlerarası düzeyde de kamu düzeni niteliği taşımakta ya da şeklin gerçekleşmesi bir kamu görevlisinin müdahalesini gerekli kılmakta, bu nedenle akdin yapıldığı ülke hukukundan başka bir hukukun şekil açısından yetkili olabilmesi mümkün gözükmemektedir. Bu pratik zaruretlere cevap verebilmek için de LRA kuralının mecburi niteliğiyle uygulanması önerilmektedir⁷. Oysa, LRA kuralının ihtiyari niteliğiyle uygulanmasının doğuracağı sakıncaları kanunlar ihtilâfı kuralının normal işleyişi içinde kamu düzeni müdahalesi ile, ya da doğrudan doğruya uygulanan kurallar metodunu kullanmak suretiyle ortadan kaldırmak mümkündür. Bu nedenle, biz LRA kuralının her konuda ihtiyari niteliğiyle uygulanması gerektiği inancındayız⁸.

Uygulamada yabancılar Türkiye'de ancak Medeni Kanununun öngördüğü şekil şartlarına uyarak evlenebilmektedirler. LRA kuralının mecburi niteliğiyle uygulanması görüşü bu uygulamayı açıklayabilir⁹. Ancak uygulamada varılan bu çözüm LRA kuralının mecburi niteliğiyle benimsenmesi sonucu değil, bir başka yol izlenmek suretiyle ortaya çıkmıştır. Aşağıdaki bunun üzerinde duracağız.

3. Üçüncü yol, yabancıların Türkiye'de yaptıkları evlenmelerin şekline uygulanacak hukuku klâsik kanunlar ihtilâfı metodu ile değil, doğrudan doğruya uygulanan kurallar metodunu uygulayarak saptamaktır. Kanımızca Türk hukukundaki uygulama bu metodun izlenmesiyle ortaya çıkmıştır.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 21.9.1946 tarihli kararında¹⁰, "Türkiye'de bulunan ecneblerin yaptıkları dinî nikâh muteber değildir" derken, yabancılar arasındaki dinî nikâha neden Muvakkat kanununun 4. maddesini uygulamadığını, hukukî çözümü neden Medeni Kanun hükümlerine göre getirdiğini belirtmemiştir. Yargıtay'ın kararında LRA kuralından da söz edilmemektedir. Açıkçası Yargıtay Medeni Kanun hükümlerini uygularken her hangi bir kanunlar ihtilâfı kuralından hareket etmemiştir. Klâsik kanunlar ihtilâfı metodu çerçevesinde kalınsa, tarafların dini nikâhı öngören millî hukuklarının uygulanmaması için önce vasıf ihtilafını çözümleye-

6) *LRA Kuralının ihtiyari-mecburi niteliği üzerine*, bkz. GENİN - MERİC R; *La Maxime Locus Regit Actum*, Paris, 1976, 272 vd.

7) Bkz. (dn. 6), 272 vd.

8) Bazı yazarlar eşlerin dilerlerse buldukları ülkede o ülke hukukunun öngördüğü şekil şartlarına, dilerlerse Konsolosluklarında milli hukuklarındaki şekil şartlarına uyarak evlenebilecekleri noktasından hareketle, LRA kuralının ihtiyari niteliği ile uygulandığını söylemektedirler (ULUOCAK, (dn. 1), 94; JAE-SCHKE, *Türk Hukukunda Evlenme akdinin şekli*, İHFM, XIX (1953), 405; TENKİDES (dn. 4) 52-56). Bu görüşün eleştirisi için bkz. SAYMAN, Yücel, *Türk Devletler Hususi Hukukunda Evlenmenin Kuruluşu*, basılmamış Doçentlik tezi, İstanbul 1978, 134-135.

9) NOMER E., (dn. 1), 235.

10) BERKİ - Ergüney, (dn. 2), 54-55.

rek, dinî nikâhın şekle ilişkin bir sorun olduğu gerekçesiyle Muvakkat Kanundaki millî hukuk kuralının uygulanmayacağı (ya da millî hukukun kamu düzenine aykırı düştüğünü) belirtmek, sonra da mecburi niteliğiyle benimsenen LRA kuralı gereği evlenmenin yapıldığı yer hukuku olan Türk hukukunun uygulandığı sonucuna varmak gerekirdi. Yargıtay Türkiye dışında yapılan evlenmelerin şekline LRA kuralının uygulanacağını açık seçik belirtirken¹¹, Türkiye’de yapılan evlenmeler açısından aynı kuraldan söz etmemektedir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 29.4.1952 tarihli kararında da¹², “...Medenî Kanunun yürürlüğe girmesinden önce gizlice akdedilmiş olan dinî nikâhın, o dinin yüksek ruhani heyetince muteberiyeti de kabul edildikten sonra... butlanı veya gayrimevcud addi içap etmeyeceğine...” denilmektedir¹³. Yargıtay bu sonuca 4 Ekim 1926 tarihli Kanunu Medenin sureti meriyet ve şekli tatbiki hakkında Kanun’un 9. maddesi uyarınca varmıştır. Ancak karardaki “...Medenî Kanunun yürürlüğe girmesinden önce gizlice akdedilmiş olan nikâh” ifadesinden, Yargıtay’ın 1946 tarihli kararı doğrultusunda yabancıların Medeni Kanun’un yürürlüğe girmesinden sonra Türkiye’de yaptıkları evlilikleri şekil açısından millî hukuklarına değil, Medenî Kanunun hükümlerine tabi tuttuğu anlaşılmaktadır. Söz konusu kararda da LRA kuralının benimsendiği yolunda en ufak bir belirti yoktur. Diyebiliriz ki, Yargıtay yabancıların Türkiye’de yaptıkları evliliklerin şekline uygulanacak hukuku herhangi bir kanunlar ihtilâfı kuralından hareket ederek bulmamakta, Medeni Kanun’un 108 ve 109. maddelerini doğrudan doğruya uygulamaktadır.

Medenî Kanunun 108 ve 109. maddelerinin, bir kanunlar ihtilâfı kuralı ile yetkili kılınmalarına gerek olmaksızın, Türkiye’de evlenen Türk ya da yabancı herkese uygulanacağı söylenebilir. Ancak bu görüşün devletler hususi hukuku açısından bir değer kazanabilmesi için söz konusu maddelerin doğrudan doğruya uygulanabilme niteliğini haiz olması gerekir.

Medenî Kanunun evlenme merasiminin resmi memur önünde yapılmasını öngörürken ulaşmak istediği başlıca amaçlar ince-

lenerek, 108 ve 109. maddelerin doğrudan doğruya uygulanma niteliğinin olup olmadığı konusunda bir sonuca varılabilir.

Medenî Kanunun evlenme merasiminin resmi memur önünde yapılmasını öngörürken ulaşmak istediği bir amaç, evlenmenin kuruluşunda dinî unsuru kaldırarak evlilik kurumunu lâik bir yapıya kavuşturmadır. Batı uygarlığının kendi iç dinamiğinin ortaya çıkardığı biçimiyle “lâik devlet” resmi ideoloji olduğuna göre, evlenmenin kuruluşuna ilişkin kuralların İslâm uygarlığının geliştirdiği hukuk sisteminden değil, Batı hukuk sisteminden alınması doğal. Ancak devletler hususi hukuku alanında evlenmenin şekline uygulanacak hukuk saptanırken medeni evlenme ile dinî evlenmeye lâiklik-anti lâiklik perspektifinden yaklaşmak doğru olmaz. Bir başka deyişle, medeni evlenme lâiklik ilkesinin zorunlu sonucu, İslâm hukukuna göre evlenme lâiklik ilkesinin reddi olarak ele alınır ve bu yaklaşım uygulanacak hukukun saptanmasında ana unsuru belirlerse, yabancılara dinî evlenme olanağı sağlayan yabancı bir hukukun daha baştan Türkiye’de uygulanma ihtimali kalmaz. Bu, hukukumuz açısından istenen bir sonuç mudur? Medenî Kanunda öngörülen medenî evlenmenin, lâik devlet yapısını yakından ilgilendiren hukukî örgütlenmenin¹⁴ temel taşlarından biri sayılması gerektiğinde ve toplumsal ve ideolojik asgari birliği sağlamaya yönelik olduğunda¹⁵ kuşku yoktur. Ancak Medenî Kanunun 108 ve 109. maddelerinin haiz olduğu bu nitelik

11) Bkz. (dn. 2).

12) YAZICI-ATASOY; Şahıs, Aile ve Miras Hukuku ile İlgili Yargıtay Tatbikatı, Ankara, 1970, 156, No. 207.

13) Aynı yönde, Y.2.H.D., 30.12.1963 tarihli kararı (YAZICI-ATASOY) (dn. 12), 153, No. 198.

14) Doğrudan doğruya uygulanan kuralının, bu özü için, bkz; FRANCES-CAKIS, Ph. Encyclopédie Dalloz. Droit International, Paris, 1968, 1969 C. I, Conflits de lois (Principes Généraux), Nr. 124.

15) Doğrudan doğruya uygulanan kuralların Bu özü için, bkz. KARAQUILLO, J. P. Etude de Quelques Manifestations des Lois d’Application Immédiate dans la Jurisprudence Française de Droit International Privé, Limoges 1977, 150 vd.

Türkiye'de evlenen Türk vatandaşları söz konusu olduğunda ağırlık kazanmaktadır. Türk vatandaşlarının yurt dışında yaptıkları evliliklere uygulanacak hukuk saptanırken Medeni Kanunun 108 ve 109. maddelerinin belirttiğimiz niteliği önemini yitirmekteidr. Nitekim Yargıtay kararları Türk vatandaşlarının yabancı ülkede, o ülke hukukuna uygun olarak yaptıkları dinî evlenmeleri geçerli saymaktadır. Hatta zaman zaman çıkartılan yasalarla Türkiye'de gerçekleşmiş dini ya da fiili evliliklerin, belli şartlara uyularak geçerlilik kazanması sağlanmaktadır. Yargıtay Türk vatandaşlarının yurt dışında yaptıkları dinî evlilikleri geçerli sayarken; yasa koyucu Türkiye'de yapılmış dinî evlilikleri hukuk alanına sokarak bu konuda hoşgörü gösterirken, Türkiye'de evlenmek isteyen yabancılara Medeni Kanunun 108 ve 109. maddelerinin lâiklik ilkesinin bir gereği olarak doğrudan doğruya uygulanacağını söylemek büyük bir çelişik olur sanırız. LAINE'nin dediği gibi¹⁶, yasalar çatışmasının normal işleyişi içinde yetkili olan ve yabancılar için dinî evlenmeyi öngören yabancı hukukun uygulanmasını engellemek lâiklik ilkesini koruma yolunda bir mücadele sayılamaz.

Medeni Kanunun evlenme merasiminin resmi memur önünde yapılmasını öngörürken ulaşmak istediği bir diğer amaç, tarafların evlenme iradelerinin açıklanma şeklini düzenlemektir. Evlenmenin kuruluşunda resmi memurun bulunmasıyla, devlet, toplumsal kurum olarak ayrı bir önem verdiği aileye daha kuruluşu anında müdahale etme olanağı bulmaktadır. Böylece evlenme ehliyetinin varlığı, evlenme engellerinin yokluğu resmi şekilde araştırılabilmekte, tarafların evlenme iradeleri üçüncü kişilere duyurulabilmekte; tarafların evlenme iradelerini bizzat açıkladıkları saptanmış olmaktadır. Evlenme merasiminde resmi memurun bulunması bu yönü ile Anayasamızın 35. maddesine göre **Türk toplumunun** temelini oluşturan aileyi meydana getirecek evlilikler için emredici niteliktedir. Bu nedenle, Medeni Kanunun 108 ve 109. maddelerinin bu yönü ile de taraflardan hiç birinin Türk vatandaşı olmadığı evliliklere doğrudan doğruya uygulanabilme niteliği bulunmamaktadır.

Türkiye'de yapılan evliliklere Medeni Kanunun 108 ve 109. maddelerinin doğrudan doğruya uygulanması metod açısından da eleştirilebilir. Doğrudan doğruya uygulama hangi bağlama noktasından hareket etmektedir? Eğer bağlama noktası **kişi** olacaksa, yabancılardan ya da Türk vatandaşlarının yabancı ülkede yaptıkları evlilikler bakımından Medeni Kanunun 108 ve 109. maddelerine tabi olmamaları doğrudan doğruya uygulanan kurallar metodunun işleyişi ile açıklanamaz. Eğer bağlama noktası **ülke** olacaksa, Türkiye'de yapılan tüm evliliklere Medeni Kanunun uygulanması gerekir. Oysa yabancılar Türkiye'de kendi konsolosluklarında milli hukuklarına göre evlenebilmektedirler. Bu evliliklere millî hukukun uygulanması, evlenmenin Türkiye ülkesi dışında yapılmış sayılması gerektiğinden değil, evlenmenin konsoloslukta, evlendirme yetkisi gönderen ülke ile Türkiye tarafından tanınmış bir yabancı tarafından aktedilmesi nedeniyledir¹⁷. Şu halde **ülke** de Medeni Kanun 108 ve 109. maddelerinin doğrudan doğruya uygulanması için bağlama noktası olmamaktadır. Medeni Kanunu söz konusu maddeleri ancak bir **Türk resmi memuru önünde** yapılan evliliklere uygulanmaktadır. "Türk resmi memuru"nun evlenmeyi akdetmesi ise, Medeni Kanunun 108 ve 109. maddelerinin doğrudan doğruya uygulanmasında bir bağlama noktası olmaktan çok, yabancılar arasındaki evliliklere şekil açısından neden millî hukuklarının uygulanmadığını göstermektedir.

SONUÇ : 1) Yabancılardan Türkiye'de yaptıkları evliliklerin şekline uygulanacak hukukun LRA kuralının ihtiyari niteliğiyle saptanması kanımızca en iyi çözümdür. Muvakkat Kanunun 4. maddesi de LRA kuralının ihtiyari niteliğiyle benimsenmesine dayanak sağlamaktadır. Ancak Auctor Regit Actum kuralı bu çözümü engelleyebilmektedir. Engelin aşılabilmesi için yabancılardan arasındaki evliliklerde, il-

16) LAINE, *Esquisse d'une Théorie de la Forme des Actes Instrumentaires en Droit International Privé*, CLUNET, 1908, 680.

17) *Fransız hukuku bakımından aynı görüş için bkz; KARAQUILLO, J. P., (dn. 15), 63.*

gililerin millî hukuklarında öngörülen evlenmeyi akdetmek üzere bir makama yetki verilmesi gerekmektedir. Yabancılar arasındaki şekilsiz evlenmelerde bu engel kendiliğinden ortadan kalkmış olmaktadır.

2. Uygulamada, Yargıtay Medenî Kanununun 108. ve 109. maddelerini Türkiye'de yabancıların yaptıkları evliliklerin şekline bir kanunlar ihtilâfı kuralından geçmeksizin, doğrudan doğruya uygulamıştır. Kanımızca 108 ve 109. maddelerin doğrudan doğruya uygu-

lama nitelikleri yoktur. Üstelik bu maddelerin doğrudan doğruya uygulanma biçimi de metodolojik açıdan eleştiriye açıktır.

3. Uygulamanın ortaya çıkarttığı çözüm, yabancıların Türkiye'de ancak Medenî Kanununun öngördüğü şekil şartlarına uyarak evlenebilmeleridir. Yargıtay'ın Medenî Kanununun 108 ve 109. maddelerini doğrudan doğruya uygulayarak vardığı bu sonucu doktrin LRA kuralının mecburi niteliği ile uygulanması olarak açıklamaktadır.

MİLLETLERARASI ÖZEL TİCARİ İLİŞKİLERDEKİ HAKEM KARARLARINA İLİŞKİN ÇAĞDAŞ BAZI MİLLETLERARASI DÜZENLEME ÇABALARI

Prof. Dr. Vedat. R. SEVİĞ*

Giriş

Bilindiği üzere Türkiye'nin ticaret hayatında yararlı olabilecek hükümleri HUMK. içermekte olmasına karşın hakemlik yöntemi iç ticaret ilişkilerimizde çok yoğun bir uygulama alanı bulmamaktadır. Bu duruma ters orantılı olarak hakemliğin milletlerarası özel ticarî ilişkilerde çok yoğun bir uygulama bulmasına karşın mevzuatımız bu konuda hüküm içermemektedir.

Milletlerarası alandaki hakemlik konusunda ilk akla gelen gereksinim yabancı hakem kararının ülkede icra edilebilmesidir. Bu konudaki boşluğu ise mahkemelerimiz genellikle yabancı hakem kararını yabancı ilâmın tenfizine ilişkin rejime tâbi tutmak yoluyla doldurmayı uygun görmekteyiz. Oysa yabancı mahkeme ilâmının Türkiye'deki tenfizi şartları gerçekten ağırdır. Özellikle ilâmın çıktığı ülke ile Türkiye arasında bir andlaşmanın bulunması koşulu, Türkiye'nin konuya ilişkin olmak üzere pek az ülke ile andlaşma aktetmiş olması dolayısıyla, birçok ülkenin ilâm ve hakem kararının Türkiye'de icra edilmesini engellemektedir.

Bu durumun sakıncası hakem kararlarında mahkeme kararlarından daha büyüktür. Gerçekten kişisel statü (ahvali şahsiye) ko-

nularında çoğu kez tenfiz değil tanıma önemlidir ve tanıma konusunda andlaşmanın varlığı şart değildir. İthalat veya ihracatla ilgili olmayan medenî hukuka ait patrimonial ilişkilerde ise yoğun adlî ilişki sözkonusu olmadığı gibi borçlunun Türkiyede malı bulunması durumunda HUMK. m. 16 ya dayanarak alacaklı, Türkiye'de dava açabilir.

Ancak dış ticaret alanında, ihracatta, ithalatta, istisna akitlerinde ve bunlara ait yan ilişkilerde durum değişiktir. Şöyle ki yaygın bir milletlerarası uygulamaya göre taraflar çoğu kez aralarında çıkabilecek nizaların mahkemeler tarafından değil de hakemler tarafından çözümlenmesini şart koşarlar. Niza çıktığında ise hakemler çoğu kez ne ihracatçının ne de ithalatçının ülkesinde toplanmayıp bir üçüncü ülkede bir araya gelip sorunu çözümlerler. Bu durumda yabancı bir hakem kararı karşısında bulunduğumuz görüşü hâkim olursa, bu kararın Türkiye'de icra edilebilmesi için HUMK 537 vd. maddelerine başvurmak gerekli olur. O zaman da ilgili yabancı devletle bir andlaşma yoksa tenfiz gerekliliği kararının verilmesi ve dolayısıyla hakem kararının icrası imkânsız olur.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

Buna karşı ilk düşünülen çare davanın bir Türk mahkemesinde açılması ve hakem kararının inandırıcı bir kanıt olarak gösterilmesi merkezindedir. Ne var ki bu durumda geç kalınmış olabildiği gibi, hakemlikle sağlanmak istenilen kolaylığa veda etmek gerekir.

Hakemliğin milletlerarası alanda karşılaştığı ilk önemli ve göze batan güçlük budur. Bunun yanında da başka güçlükler vardır. Davalının hakemlik prosedürünün başlamasından önce yapması gereken şeyler vardır, hakemini seçmek gibi. Eğer hakemlik şartında hakemliğin hangi kanuna tâbi olacağı veya nerede cereyan edeceği önceden kararlaştırılmamışsa hangi ülkenin yargıçlarının bu eksikliği gidermek için hakem tayin etmede müdahalede bulunabileceği kestirilmeyebilir. Bu yüzden hakemlik prosedürünün başlaması ihtimali vardır.

Bu gibi durumları düzeltmek için Devletler Hususî Hukuku açısından hakemlik uzmanları yoğun çaba harcamışlardır¹. Bu cümleden ileriki satırlarda ana çizgileri anlatılacak olan sözleşmeler aktolunmuştur. Dünyada bunlardan başka sözleşmeler de meydana getirilmiştir. Fakat burada sözkonusu edeceklerimiz Türkiye'nin doğal olarak ilgilenebileceği, katılmasında yarar düşünülebileceği sözleşmelerdir. Şöylece sıralanabilirler:

- a) Yabancı Hakem Kararlarının İcrasına ilişkin New-York Sözleşmesi,
- b) Milletlerarası Ticarî Hakemlik Konusunda Avrupa Sözleşmesi (Cenevre);
- c) Hakemlik Konusunda Yeknesak bir Kanunun meydana getirilmesine ilişkin Avrupa Sözleşmesi.

Biz burada ilk ikisi hakkında bilgi vermekle yetinip üçüncüsünün hükümlerinin tahlilini başka bir yazımıza bırakmaktayız.

I. YABANCI HAKEM KARARLARININ TANINMASI VE İCRASI HAKKINDA NEW-YORK SÖZLEŞMESİ²

Birleşmiş Milletler çerçevesinde düzenlenmesi New-York'ta 10 Haziran 1958 de

1) ALANGOYA, *Medeni Usul Hukukunda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi*, İstanbul 1973; AYİTER, *Vollstreckbarkeit ausländischer Schiedssprüche in der Türkei*; KALPSÜZ, *Hakem Kararlarının Milliyeti* BATİDER IX (1978) 601 vd.;

KORAL, *Yeni ve Eski Hukukumuzda Tahkim*, İHFM 13 (1947) 1 vd.; İç Hukukumuzda Tahkim, İHFM 13 (1947) 3; *Türk Devletler Hususî Hukukunda Hakemlik*, Ord. Prof. Muammer Raşit Seviğ'e Armağan 1956; *Yabancı Kanunlara Teban Verilen Hakem kararlarının Türkiye'de İcrası I*, İHFM 17 (1951) 1, *Yabancı Kanunlara Teban Verilen Hakem Kararlarının Türkiye'de İcrası II İstanbul 1958*; *Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi konusunda Türk Sistemi (Ticaret ve Banka Huukku Haftası, Ankara 1965, 373 vd)*; *The Ceation of an Arbitration Center Within de Frame of the World Peace trough Law Center*, (World Peace Trough Law, The Geneva World Conference 1969, 93); *Hakemlik Münasebetine İzafe Edilecek Yerlilik veya Yabancılık vasıfları hakkındaki Türk Sistemi ve 1951 Tarihli Yargıtay Genel Kurulunun "Otorite Kanunu" Kriteri* (İHFM c. XLII s. 14); *Hakemliğin Milliyeti ve Yargıtay XV. Hukuk Dairesinin 1976 tarihli Kararının Eleştirisi Prof. Dr. Hıfzı Timur'a Armağan, İstanbul 1979*; *Milletlerarası Hakemlikte İfa Davası ve Milletlerarası Usul Hukuku Kanun Tasarısı* (Prof. Dr. Hıfzı Timur'a Armağan, İstanbul 1979 vb.); KURU, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Ankara 1974 s. 987 ve 1028; NOMER, *Milletlerarası Hakemlik Sözleşmelerinde Kanunlar İhtilafı* (Tahkim Haftası, 500-533); TEKİNALP, G., "Yabancı hakem kararlarının Milletlerarası Andlaşmalarda, Tanınması ve Tenfizi (Tahkim Haftası) 5037 vd; TEKİNALP, Ü., "Hakem Sözleşmesinni hukuki mahiyeti konusunda düşünceler" (Tahkim Haftası) 28-35; ÜSTÜNDAĞ, *Medeni Yargılama Huukku cilt II, 3. bası, İstanbul 1977 s. 133 vd.*; ARMINJON, *Précis de Droit International Privé*, 2. bası III, Nr. 344; BALLADORE-PALLIERI *L'arbitrage privé dans les rapports internationaux Rec. Cours Acad C. I (1935) Vol. 1, 291 vd.*; DAVID; *Le concept darbitrage privé et les conventions internationales Etudes Juridiques Offertes à Léon Juliot de la Morandière, Paris 1964*; FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international Paris 1965*; GOLDMAN, *Arbitrage (Droit International Privé) Dalloz, Répertoire d2 Droit International C. I*; KLEIN, *Considérations sur l'arbitrages en droit international privé Basel 1955*; LALIVE, *Le droit applicable au fond du litige en matiere d'arbitrage Rassegna d'el Arbitrage, Roma 1977.*

2) KORAL, B. M. *New York Konferansı ve 10 Haziran 1958 tarihli Sözleşme* İHFM(24 (1961).

tamamlanmış olan bu sözleşmenin amacı imzacı bir ülkenin dışında verilmiş hakem kararlarının tanınma ve icra koşullarının saptanmasıdır. Şöyle ki sözleşme kapsamına giren kararlar millî sayılan kararın tanınması veya icrası için konmuş koşullardan daha ağırlığına tâbi olmasın ve her imzacı ülkede bu tür kararların reddedilme durumları aynı olsun (madde 3).

Sözleşmenin kapsamına giren hakem kararları **birinci maddeye göre** gerçek veya tüzel kişiler arasında doğan uyuşmazlıklarda, tanınması ve icrası istenen devletten başka bir devlet toprağında verilen hakem kararlarıyla tanınması ve icrası istenen devlette millî sayılmıyan hakem kararlarıdır. "Hakem kararı terimi" bu sözleşmenin kapsamına göre daimî hakemlik kurumlarının verdikleri kararları da kapsar.

Bu sözleşme aslında imzacı devleti, millî sayılmıyacak tüm hakem kararlarını saptanmış koşullar çerçevesinde tanımaya ve icraya mecbur tutar. Ne var ki, **birinci maddenin 3. fıkrasına göre**, imzası veya onayı esnasında devlet bu konudaki yükümlülüğünü ancak âkit devletler ülkesinde verilmiş kararlara inhisar ettirebilir. Bu durumda sözleşme o imzacı devletin koymuş olduğu veya koyacağı genel hükümleri değiştirmez veya sınırlamaz, yalnızca sözleşmeye girmiş veya girecek ülkelere karşı ahdî bir yükümlülük doğurmuş olur. Ayrıca hakemlik, anlaşmasının mevcut olmasına rağmen, kendisine başvurulacak olan mahkemenin kendini yetkisiz sayması gerektiğini bildiren hüküm 2. maddenin 3. fıkrada yer almaktadır.

Hakem kararının icrasını talep eden tarafın getireceği belgeler arasında sözleşmenin 4. maddesi "hakem kararının usulüne uygun olarak tasdik edilmiş" aslından söz etmektedir. Bu ibarede kullanılmış olan tasdik sözcüğü HUMK. m. 536 daki yani karara icra kuvvetini veren tasdik (homologationu amaçlıyan tasdik) olmayıp sadece (authentication'u) yani bir hakemliğin gerçekten cereyan etmiş ve verilen kararın ibraz edilen belgede tam olarak yer almış olduğunu belirleyen bir karardır.

Bu hüküm ile 3. maddenin yabancı hakem kararının icrası koşullarını ağırlaştırmayı

meneden hüküm bir araya gelince şu sonuca varılabilir ki bir imzacı ülkede gerçekliği bir authentication tasdikiyle saptanmış olan bir hakem kararı diğeri bir imzacı ülkede yerli bir hakem kararı gibi yerli mahkemeden bir homologation tasdikine kavuşmakla icra kuvvetini kazanır yani ne ilk ülkede bir homologation tasdiki ne de icranın talep edildiği ülkede bir tenfiz gerekliliği kararı söz konusu değildir.

Sözleşmenin 5. maddesi, millî sayılmıyan hakem kararlarının hangi durumlarda tanınmasının veya icrasının reddolunabileceğini saptamaktadır. Böylece millî sayılmıyan hakem kararları konusunda hukuku birleştirmiş oluyor.

5. maddeye göre red nedenleri: tarafların ehliyetsizliği, hakemlik anlaşmasının geçersizliği, aleyhine hakem hükmü öne sürülen tarafın iddia ve müdafaa vasıtalarını ikame edememiş olması, kararın hakemlik anlaşması dışındaki bir husus hakkında verilmiş olması, prosedürün yetkili kanuna uymamış olması kararın henüz mecburilik kazanmamış veya yetkili makamca iptal edilmiş olmasıdır.

Ayrıca aynı madde "tanıma ve icra isteğinin öne sürüldüğü memleketin kanununa göre uyuşmazlık konusunun hakemlik yolu ile halle elverişli bulunmaması veya hakem kararının tanınması ve icrasının zikri geçen memleketin amme intizamı kaidelerine aykırı olması"nı da zikretmektedir.

5. maddenin (e) bendinde hakem kararının "mecburilik kazanmış olmasından söz edilmektedir. Kanımızca, mecburilik kazanmış olma durumunu icra kuvvetini kazanmış olma durumuyla karıştırmamak gerekir. Hakem kararı kanunî yollar kapandıktan sonra mecburilik kazanır, bağlayıcı olur. Yani normal olarak karara göre bir edaya mahkûm olan taraf bunu yerine getirmişse karşı tarafa karşı bundan böyle haksız iktisap iddiasında, bu konuda, bulunamaz. Oysa icra kuvvetinin kazanılması için kanun yollarının kapanmış olması yeterli olmayıp ayrıca icra talep edilen ülkedeki yetkili mahkemenin hakem kararını tasdik etmesi yani bir homologation tasdiki kararını vermesi gerekir.

Dikkat edilsin ki bu tasdik yabancı

mahkeme ilâmları hakkında verilen lüzumu tenfiz kararı değildir.

Yine 5. maddede yetkili makamdan sözedilmektedir. Memleketimiz bu Sözleşmeye katıldığı takdirde yetkili makam Türkiye'de icrası istenen fakat milli olmıyan bir hakem kararı için Türk hakem kararları için yetkili olan Türk mahkemesi ve yetkili Türk icra dairesi olur. Türkiyede icra dairesinin saptanması için yetkili mahkemenin saptanmasına yarıyan kuralların kıyasen uygulanması dolayısıyla bu durumda hakem kararıyla borçlu olduğu saptanan kişinin veya firmanın Türkiye'deki ikametgâhının (merkezinin), malının bulunduğu yer veya aktin Türkiye'deki icra yeri mahkemesi ve icra dairesi Türkiye'deki yetkili makam sayılmaktadır.

II. MİLLETLERARASI TİCARÎ HAKEMLİĞE İLİŞKİN AVRUPA SÖZLEŞMESİ³

21 Nisan 1961 de Cenevre'de imzalanmış bulunan bu Sözleşme ilgili olduğu coğrafî alan olarak New-York Sözleşmesininkinden daha dardır. Bu bir Avrupa Sözleşmesidir.

Uygulanma alanının daha dar ve ticarî hakemliğe inhisar etmiş olmasına karşılık yalnızca verilmiş kararların icrası aşamasıyla meşgul olmayıp hakemliğin tüm prosedürüne ilişkin kurallar getirmektedir. Böylece hakemlik prosedürünün işleyebilme şartlarını gerçekleştirmeğe çalışır. Bunun için kanunlar çatışması kurallarını imzacı devletler arasında birleştirmeğe çalıştığı gibi, bazı maddî hukuk kurallarını da birleştirmeğe çalışır, hatta milletlerarası düzeyde yeni bir mercinin kurulmasını da öngörmektedir.

Çünkü problem yalnızca yabancı hakem kararının tenfizi veya icrası değildir. Ondan evvelki problem de prosedürün işliyebilmesidir, özellikle hakemliğe peşinen razı olduğunu usulü dairesinde beyan etmiş olup da sonradan bu prosedürden kaçınma yolunu arayan bir davalı sözkonusu olunca.

Eğer taraflar hakeme başvurulacağını kararlaştırıp ne hakemlerin kimliğini veya seçilme tarzları ne de hakemliğin cereyan yerini saptamamışlarsa davalının kaçınma olanağı vardır. İşte buna karşı Sözleşme Özel bir

Komitenin (Comité Spécial) bu eksikleri tamamlaması yolunu göstermektedir. Özel Komitenin oluşma tarzı için Sözleşmeye bir Ek (Annexe) konulmuştur. Buna göre komite bir başkan ve iki üyeden oluşur. Üyelerden biri ve sıra ile başkanlık yapabilecek kişilerden biri kendi ülkesinde Milletlerarası Ticaret Odası şubesi bulunan devletlerin Ticaret Odaları seçilirler. Diğerleri de ülkelerinde Milletlerarası Ticaret Odasının şubesi bulunmayan devletlerin Ticaret Odaları seçilirler.

Bu sözleşme adının da gösterdiği gibi yalnız ticarî hakemlikle ilgili olup (madde 1, 1/a) özel hukuka ait sair hakemliği kendi kapsamına almaz. Ayrıca bu hakemliklerin milletlerarası nitelikli olmalarını da arar ve bunun da koşullarını şöyle gösterir ki hakemlik kararı tek bir ülke ile ilgili olmıyacaktır. Yani meskenleri veya muamele merkezleri değişik devletler ülkelerinde bulunan gerçek veya tüzel kişiler arasında aktedilmiş hakemlik anlaşmalarına dayalı olacaktır (madde 1, 1(b))

Sözleşme hakemlik anlaşmasının şekli bakımından (madde 1, 2 (a)) yazılı şekli (telgraf veya teleskriptör'le olsa bile) şart koşmaktadır. Yalnızca bu şartı aramıyan memketler arasındaki ilişkilerde bu memleketlerin kanunlarına itibar edileceğini bildirir. Bundan şu anlam çıktığı kanısındayız ki yazılı şekle bağlı bir ülkedeki bir tacirle yazılı şekle bağlı olmıyan bir ülkedeki bir tacir arasındaki hakemlik anlaşması yine yazılı şekilde olmalıdır, çünkü ancak bu şartı iki ülke de aramıyorsa bu şartın aranmıyacağını sözleşme beyan etmiştir.

Hakem mahkemesinin yetkisizliği def'inde bulunma süresi Sözleşmeye göre kısıtlıdır. Şöyle ki bu yetkisizlik hakemlik anlaşmasının yokluğundan, butlanından veya hükümden düşmüş olmasından doğabilir veya hakemin yetkisini aşmış olmasından. Yetkisizlik hakem anlaşmasının yokluğundan butlanından veya hükümden düşmüş olmasından doğuyorsa o zaman bunun ileri sürülmesi ancak en geç olarak esasa ait müdafaa ile birlikte olabilir. Hakemin yetkisini aşmış ol-

3) KORAL, B. M. Cenevre Konferansı ve 21 Nisan 1961 tarihli Sözleşme İHFM, 30 (1965).

ması konusu ise en geç bu konuya gelindiğinde ileri sürülebilir. Hakem, bu durumlardaki bir gecikemnin geçerli bir nedenden gelmiş olması durumunda def'i kabul edebilir.

Eğer hakemin uyguladığı kanun gereğince bu defiler münhasıran tarafların ileri sürebileceği def'ilerden iseler bunların yukarıda sözkonusu sürelerden sonra ileri sürülmesi sözkonusu olmaz. İleri sürülen defiler esas hakkında veya hakem kararının icrası konusunda işe el koyan mahkemenin bulunduğu ülkenin kanunlar çatışması kurallarına göre yetkili olan kanun uyarınca tarafların ihtiyarına terkedilen def'ilerden sayılırlarsa bunlar esasa veya hakem kararının icrasına ait sonraki bir muhakeme prosedürü sırasında ileri sürülemezlerdir.

"Bununla beraber mahkemenin def'in vaktinden sonra öne sürüldüğü hakkında hüküm vermeğe yetkisi vardır"⁴.

Yetkisi hakkında def'i ileri sürülen hakem ihtilaftan elini çekmemelidir. Onun kendi yetkisi ve hakemlik anlaşmasının veya bunun dayandığı aktin geçerliliği hakkında hüküm verme yetkisi vardır (madde 5 son fıkraya göre).

Görüldüğü üzere bu maddede hem yetkili kanuna atıflar vardır, hem de bazı maddi hukuk kurallarının birleştirilmesine yönelik hükümler vardır.

Sözleşmenin kazaî yetkiye ilişkin olan 6. maddesi yine hakemlik anlaşmasının yokluğu veya butlanı konusunu ele alıp bu kez yetkili sayılacak olan kanunun saptanmasında ayrıntılar vermektedir. Şöyle ki hakemlik anlaşmasının butlanı ile ilgili olarak tarafların ehliyeti sözkonusu edilecekse bu konuda tarafların tâbi olduğu kanunu fakat diğer konularda yetki, tarafların seçmiş olduğu kanuna, taraflar kanun seçmelerini belirtmemişlerse hakem kararının verileceği ülke kanununa ve bu da saptanamıyorsa işe bakan mahkemenin tâbi olduğu kanunlar çatışması kurallarına göre yetkili sayılan kanuna Sözleşme tarafından yetki tanınmıştır. Ayrıca nizam hakemlik konusu olabilecek konulardan olup olmadığı sorunu lex fori tarafından çözümleneceğine dair Sözleşmede hüküm vardır (madde 6 fıkra 1 ve 2). Aynı mad-

denin 3. fıkrası ise hakemlik prosedürünün başlamış olması durumunda mahkemelerin derdesti rüyetlik itirazını kabul edeceklerini beyan etmektedir. 4. fıkrada ise ihtiyat veya muhafaza tedbirlerinin cereyan etmekte olan bir hakemlik prosedürüne rağmen mahkeme tarafından alınabileceğine dair hüküm getirilmektedir.

Nizam esasına uygulanacak kanun konusunda, Sözleşmenin 7. maddesi, tarafların seçtikleri kanuna itibar etmekte olup bunun taraflarca belirtilmemiş olması durumunda hakemlerin en uygun kanunu saptıyacaklarına ve her iki durumda da hakemlerin aktin şartlarına ve ticarete ait teamüllere dikkat edeceklerine dair hüküm getirmektedir.

Milletlerarası bir hakem kararının ancak ülkesi içerisinde verildiği memleket mahkemesince iptal edilmesi durumunda bu iptal başka bir imzacı memlekette nazara alınacaktır o da şu şartla ki iptal kararının verilmesi nedeni aşağıdakilerden biri olsun: taraf ehliyetsiz, hakemlik anlaşması geçersiz, iptal eden "taraf hakemin tayininden veya hakem prosedüründen usulü dairesinde haberdar edilmemiş" veya iddia ve müdafaa vasıtalarını ikame edememiş olsun, veya, karar hakemlik anlaşmasını aşan veya onun dışındaki bir konuya ait olsun (anlaşmayı aşmayan karar kısımları geçerli kalır), hakem mahkemesinin oluşumu tarafların anlaşmasına veya anlaşma yokluğunda Sözleşmenin 4. maddesine uygun olmasın (madde 9).

III. YENİ TASARI VE YUKARIDA SÖZÜ EDİLMİŞ SÖZLEŞMELER

Enstitümüzün yani İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsünün hazırlanmasında önyak olduğu "Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkınad Kanun Tasarısı" son almış bulunduğu şekli ile yabancı hakem kararlarının tenfiz ve tanınması konusunda ayrıntılı üç madde getirmektedir.

4) Def'i hakkındaki bu satırlar için bakınız Sözleşme madde 5 fıkra 1 ve 2 (Türkçeye çevirisi KORAL tarafından yapılmıştır ve Milletlerarası Ticaret Odası Türkiye Milli Komitesinin yayınlardandır).

Bu maddeler mevzuattaki boşluğu büyük ölçüde doldurmaktadır. Ayrıca mevzuattaki boşluk dolayısıyla yabancı hakem kararlarının yabancı mahkeme ilâmlarının tâbi oldukları rejime tâbi tutulmalarının getirmiş olduğu elverişsiz durumu, özellikle yabancı ülke ile Türkiye arasında bir andlaşmanın bulunması şartının doğurduğu güçlükler, bu Tasarı ile giderilmektedir. Şöyle ki bir kere yabancı ilâmlar için andlaşma aranmayıp kanunî ve fiilî karşılıklılıkla yetinilmektedir, ayrıca da hakemlik konusunda hiç karşılıklılık aranmamaktadır.

Şunu hemen kaydedelim ki yukarıda sözü edilmiş olan New-York Sözleşmesine Tasarıdaki hükümler tam uymamaktadır. Çünkü New-York Sözleşmesi (double exequatur) denilen durumu (yani hakem kararının verilmiş olduğu ülkede yetkili mahkemenin homologation tasdikine iktiran etmesi yani hakkında exequatur kararı verilmesi durumundan sonra tenfiz için başvuru olan ülkede bir tenfiz gerekliliği kararını beklemesi yani orada ikinci bir exequatur'e muhtaç olması durumunu) ortadan kaldırmak için: kesinleşmiş olan hakem kararının yani hakkında kanunî yollar kapanmış bulunan hakem kararının kendi ülkesinde homologation tasdikine iktiran etmemiş olsa bile tenfiz edilmesi için başvuru olan ülkede yerli bir hakem kararı gibi yerli mahkemeden bir homologation tasdikile icra kuvvetini kazanacağı ilkesini getirmektedir.

Tasarının 45. maddede kabul edilmiş olan yabancı hakem kararının tenfizini red etme

konusundaki koşullar büyük ölçüde New-York Sözleşmesindeki koşullara uygundur.

Avrupa Sözleşmesine gelince onun hükümlerinin Tasarıya genellikle yansıtılmamış olduğu hükmüne varabiliriz.

Sonuç

Yukarıda sözü geçen New-York ve Avrupa Sözleşmelerini anaçizgileriyle gördükten sonra şu sonuca varabiliriz ki mevzuatımızı yabancı hakem kararları konusunda tamamlamak zorundayız ve bu konuda "Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanunu" Tasarının bir an önce kanunlaşması çok yararlı olur.

Mevzuatımız tamamlanmadan bile jürips-rüdansımıza özellikle Yargıtayımıza bu konuda önemli bir görev düşmektedir o da şu ki mademki bir boşluk vardır bunun doldurulması için kıyas yoluyla muhakeme yürütüldüğünde elverişsiz hükümlerinin uygulanması şart olmadığı düşüncesiyle hareket ederek pekâla hiç değilse kanunî veya fiilî bir karşılıklılıkla yetinilebilir. Hatta bu konuda karşılaştırılmalı hukuka önem verilirse götürür ki genellikle karşılıklılığı yabancı ilâmlar konusunda şart koşan ülkeler (örneğin Almanya) yabancı hakem kararları konusunda böyle bir şartı ileri sürmemektedirler. Buna göre Yargıtay karşılıklılık aramaktan da sarfınazar edebilir. Yeter ki hakem kararlarına adlî kazaya ilişkin bir nitelik izafesi merkezindeki görüşünü daha nüanslı bir niteleme ile değiştirsin.

TÜRKİYE'DE, YABANCILARIN SOSYAL GÜVENLİĞİ

Asis. Cemal ŞANLI*

Türkiye, özellikle son yıllarda birçok ikili ve çok taraflı Sosyal Güvenlik Sözleşmesine taraf olmuştur. Diğer taraftan, sosyal ve ekonomik mülahazalarla, sosyal güvenlik sisteminin kapsamı, "riskler" ve "şahıslar" bakımından hergeçen gün biraz daha geniş-

letilerek iç mevzuatta önemli değişiklikler yapılmaktadır.

"Sosyal Güvenlik" kavramı; gelir düzeyleri ne olursa olsun, kişileri, muayyen sos-

* İ. Ü. Hukuk Fakültesi Devletler Hususi Hukuku Kürsüsü.

yal, ekonomik ve fizikî tehlikelere karşı koruma faaliyetini ve bu faaliyetle ilgili kurum ve kuruluşları ifade etmektedir. Çağımızda bu faaliyet, "Sosyal Devlet" in vazgeçilmez fonksiyonlarından biri olarak kabul edilir. Şüphesiz devletin, "sosyal güvenlik" kavramı altında ifade edilen "sosyal iyileştirme" ve "sosyal himaye" si, öncelikle kendi vatandaşları için sözkonusudur. Ancak, çağımızda, ülkeler arası emek ve işgücü transferlerindeki hızlı gelişim, "insan" olarak tüm kişilerin —özellikle çalışanların— buldukları ülkede sosyal güvenlik kapsamına alınmasını zorunlu kılmıştır. Bugün birçok ülke, sosyal güvenlik haklarından yararlanmada —bilhassa çalışanlar açısından— "vatandaş-yabancı" ayırımını kaldırmış gözükmektedir¹.

Türk hukukunda, bir devlet bakımından, o devlete vatandaşlık bağı ile bağlı olmayan kişi; "yabancı" olarak tanımlanmıştır. Öyle ise, yabancı, ülkede bulunan ve fakat, Türk vatandaşı olmayan diğer devlet vatandaşları, mülteciler ve vatansızlardır. Bu yazımızda, adigeçen şahısların Türkiye'de tabi oldukları sosyal güvenlik rejimini açıklamaya çalışacağız.

I. İÇ MEVZUATTA YABANCILARIN SOSYAL GÜVENLİĞİ

Anayasa'mızın 48. maddesi, "herkes sosyal güvenlik hakkına sahiptir..." diyerek, bu konuda vatandaş-yabancı ayırımı yapmamıştır. Ancak, 13. maddede, "bu kanunda gösterilen hak ve hürriyetler, yabancılar için milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir" denmekle; yabancıların sosyal güvenlik haklarının, vatandaşlara nisbetle sınırlanabileceği belirtilmiştir. Acaba, çıkarılan yasalarla, yabancıların sosyal güvenlik haklarına ne gibi sınırlamalar getirilmiştir?

"Bir hizmet akdine dayanarak bir veya birkaç işveren tarafından çalıştırılan... kişilerin" sosyal güvenliklerini düzenleyen, Sosyal Sigortalar Kanunu'na göre, yabancıların sosyal güvenliği, ikili bir ayırımı tabi tutulmuştur:

Birincisi; fiilen Türkiye'de çalışıp da yabancı ülkede sigortalı olanlardır SSK. m. 3/G Bendi'ne göre: "yabancı bir memlekette

kurulu herhangi bir müessese tarafından ve o müessese nam ve hesabına Türkiye'ye bir iş için gönderilen ve yabancı memlekette sigortalı olduğu bildirilen kimseler sigortalı sayılmazlar". Bu tür işçilerin, Türkiye'de sigortalı sayılmaması için, başka bir ülkede sigortalı olduklarına dair herhangi bir bildirimde bulunmaları şart değildir. Bildirim, sadece, durumu bilinmeyen işçilerin ücretlerinden prim kesilmemesi için gereklidir².

Bu şekildeki işçiler bakımından, SSK.na tabi olmadan devam edecek Türkiye'deki çalışma, Kanun'da herhangi bir süre ile sınırlanmamıştır. Bu konu, sözleşmelerle düzenlenmektedir. Meselâ: Türkiye-Avusturya Sosyal Güvenlik Sözleşmesi'nin 8. maddesinde; "çalışan kimse, âkitlerden birinin ülkesinden, diğer âkidin ülkesine işvereni tarafından gönderilmiş olmasında, bu ülkedeki çalışmanın, ilk 24 ayı için, kendisini gönderen işverenin ülkesinde çalışıyormuş gibi hakkında bu ülkede cari olan mevzuatın uygulanmasına devam olunur. 24 aydan sonra, işçi ile işverenin mutabakatı ve çalışılan ülkenin muvafakatı ile süre uzatılarak çalışan kişi, işverenin ülkesinin mevzuatına tabi olmağa devam edebilir" denmektedir. Değişik süreleri içeren benzer hükümler, diğer ikili ve çok taraflı sözleşmelerde de yer almıştır.

İkincisi ise, bazı sigorta kolları bakımından sigortalı sayılmaları için istekte bulunmaları gereken yabancılardır: SSK. m. 3-II/A hükmüne göre; "malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları bir işveren emrinde çalışan ve Türk uyruklu olmayan kimselerden, Kurumdan yazılı istekte bulunanlar hakkında ve istek tarihinden sonraki ay başından başlanarak uygulanır". Demek ki, "yabancılık", SSK.'na göre sigortalı olmayı engelleyici bir unsur değildir. Ancak, yabancıların bu tür uzun vadeli sigorta kollarından yararlanması onun isteğine bırakılmıştır. Yabancılar bu üç

1) *Bütün Dünya ülkelerinin, yabancılarla ilgili sosyal güvenlik rejimleri için ABD Sağlık-Eğitim ve Refah Bakanlığı'nın her yıl yayınladığı "Social Security Programs throughout the World, 1980" adlı Rapor'a bakılabilir.*

2) Y10HD, 14.3.1975 T., 6558 E., 1427 K.; CUHRUK, - ÇOLAKOĞLU, - BÜKEY.; SSK, Şerh - İctihat, Ankara - 1977, 56.

branş dışında kalan İş Kazası, Meslek Hastalığı, Hastalık ve Analık Sigortalarına zorunlu olarak tabidirler.

Tatbikatta, adı geçen maddede yer alan "yazılı istek" şartının hukukî niteliği konusunda ihtilaflar çıkmıştır. Yargıtay ve Sosyal Sigortalar Kurumu, son karar ve Genelgelerinde, yabancı işçinin malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarından yararlanması için yerine getirmesi gereken "yazılı istek şartı"nın, sigortalı sayılmanın bir "sıhhat şartı" veya "şekil şartı" değil, sadece, "isbat şartı" olduğunu belirtmişlerdir³. Böylece, yazılı istek şartını yerine getirmeyen yabancı işçi, şayet primlerini ödemiş ise, zımnen istek şartını yerine getirmiş sayılacak ve sigortalı kabul edilecektir.

Esnaf ve Sanatkârlar ile diğer bağımsız çalışanların sosyal güvenliklerini düzenleyen 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu ise, m. 24/ç Fıkrası ile, yabancıları kapsam dışı bırakmıştır. Ancak, Kanun'un 79. maddesinde yapılan 1979 tarihli bir değişiklikle, esnaf-sanatkâr veya serbest çalışıp da Türkiye'de ikamet eden Türk asıllı yabancılar —isteğe bağlı olarak— Bağ-Kur Kanunu kapsamına alınmışlardır⁴. Aslında, ülkemizde pek çok iş ve mesleğin icrası yabancılarla yasaklanmışken, sosyal güvenlik alanında yapılan bu tür yasa değişikliklerinin pratik bir değeri olamazdı. Ancak, 2527 Sayılı "Türk Soyulu Yabancıların Türkiye'de Meslek ve Sanatlarını Serbestçe Yapabilmelerine, Kamu, Özel Kuruluş veya iş yerlerinde Çalışabilmelerine İlişkin Kanun"⁵ ile, Türkiye'de mukim Türk asıllı yabancılarla çalışma imkânı sağlanmış ve böylece, Türk asıllı yabancılarla ilgili Bağ-Kur Kanununda yapılan 1979 tarihli değişiklik bir anlam kazanmıştır.

Kamu görevlilerinin sosyal güvenliklerini düzenleyen 5434 Sayılı Emekli Sandığı Kanunu da, yabancıları kapsam dışı tutmuştur. Ancak, yukarıda adı geçen 2527 Sayılı Kanun, Türk asıllı yabancılarla kamu kesiminde de çalışma imkânı sağlamış ve sosyal güvenlik bakımından da, çalıştıkları sektörlerde uygulanan mevzuata tabi olacaklarını hükme bağlamıştır (m. 5). Böylece, kamu sektöründe çalışan yabancılar, bundan böyle, Emekli Sandığı Kanunu kapsamına alınacaklardır.

II. ÇOK TARAFLI SÖZLEŞMELERDE YABANCILARIN SOSYAL GÜVENLİĞİ

Uluslararası Çalışma Örgütü, sosyal güvenliğin milletlerarası alanda yaygınlaştırılması, geliştirilmesi ve yabancı-vatandaş ayırımının giderilmesinde önemli rol oynamıştır. Türkiye, Örgütün üyesidir ve Sosyal güvenliğe ilişkin hazırladığı sözleşmelerden üç tanesine taraftır.

Bunlardan birincisi; "Milletlerarası Taşıma İşlerinde Çalışan İşçilerin Sosyal Güvenliği Hakkında Avrupa Sözleşmesi"dir (RG. 22.12.1960 - 10687). Sözleşme, ülkelerarasında kara, hava ve iç su yolu ile yapılan Uluslararası nakliyat işlerinde çalışan kişilerin, istihdam edildikleri ülke dışına çıktıklarında tabi olacakları sosyal güvenlik rejimini düzenlemek amacıyla hazırlanmıştır. Sözleşmeye göre kural; işçinin âkit devletlerden sadece birinin mevzuatına tabi olmasıdır. Bu ise kaideten; işçiyi istihdam eden teşebbüs merkezinin bulunduğu âkit ülke mevzuatıdır (m. 2-b/2). Sözleşmenin getirdiği bu prensip ile SSK. m. 3/G bendi tutarlılık arz etmektedir.

İkinci Sözleşme de, 102 Sayılı "Sosyal Güvenliğin Asgarî Normları Hakkında Sözleşme"dir (RG. 15.10.1974 - 15037). Sözleşmenin, konuya ilişkin 68. m. ne göre, yabancılar, vatandaşlarla aynı sosyal güvenlik haklarına sahip olurlar. Ancak, tamamı veya mühim bir kısmı amme fonlarından karşılanan yardım veya sigorta dallarında, yabancılarla ilgili özel sınırlamalar getirilebilir. 102 S.lı sözleşmenin primli sosyal güvenlik dalları bakımından, yabancı ile vatandaş arasındaki farkı kaldırmış olduğu söylenebilir.

Üçüncü sözleşme ise, 118 sayılı "Vatandaşlarla Vatandaş Olmayan Kimselere Sosyal Güvenlik Konusunda Eşit Muamele Yapılması Hakkında Sözleşme"dir (RG. 9.6.1973 14559). 118 Sayılı sözleşme, vatansız ve mültecileri de kapsamına almış ve bir önceki

3) Y10HD, 5.10.1973 T., 288 E., 594 K. (ÇEMBERCİ, SSK Şerhi, Ankara - 1977, 129); Sosyal Sigortalar Kurumu Genelgeleri için bkz., Genelge No. 1243, 2530, Yalkın, DD/20.

4) Değişiklik Kanunu İçin bkz., RG. 4.5.1979, 16627).

5) RG. 29.9.1981 - 17473).

sözleşme doğrultusunda, âkit ülkelerin uygulamayı kabullendikleri sosyal güvenlik branşları bakımından vatandaş-yabancı ayırımı yapamayacaklarını hükme bağlamıştır (m. 3. m. 10).

Türkiye'nin taraf olduğu, konuya ilişkin diğer bir sözleşme de, "Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Sözleşme"dir (RG. 5.9.1961 - 10898). Sözleşme, 24. maddesinde, âkit ülkelerde ikamet eden mülteciler ile vatandaşlar arasında sosyal güvenlik hakları bakımından farklı muamele yapılamayacağını hükme bağlamıştır. Nitekim, Sosyal Sigortalar Kurumu da, yayınladığı genelgelerle 1961'de yürürlüğe giren adigeçen sözleşme dolayısıyla, bu tarihten sonra ülkede ikamete başlayan mültecilere, sosyal sigorta mevzuatı açısından farklı muamele yapılamayacağını belirtmiştir (Genelge No: 2521, Yalkın, L. DD/20).

Türkiye'nin taraf olduğu "Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesi" (RG. 21.2.1977 - 15887) de, konuya ilişkin hükümler getirmiştir. Sözleşmeye göre, her âkit devlet, ülkesinde ikamet eden âkit devlet vatandaşları, mülteci ve vatansızlara sosyal güvenlik bakımından eşit işlem yapacaktır. Ayrıca, sosyal güvenliğin klasik dokuz branşı sayılarak, her âkit ülkenin yabancılara da bu branşları uygulayacağı hükme bağlanmıştır (m. 2). Ancak, ülkelere, ikili sözleşmeleri mahfuz tutma hakkı tanınmıştır (m. 6/3).

Haklarında bu sözleşmenin uygulanacağını taahhüt etmiştir (Ek: II). Bu nedenle, sözleşme mevzuat ve rejimler Ek: II'de sayılmıştır. Türkiye Sözleşmenin SSK ve Bağ-Kur mevzuatına uygulanacağını taahhüt etmiştir (Ek: II). Bu nedenle sözleşmeye taraf ülke vatandaşları ile ülkede ikamet eden mülteci ve vatansızlar, SSK ve Bağ-Kur K. kapsamına alınmış oluyorlar.

Diğer taraftan, 1961 tarihli "Konsolosluk İlişkilerine Dair Viyana Konvansiyonu" (RG. 20.5.1975 - 15249) da, 48. maddesinde, konsolosluklarda çalışanların sosyal güvenlik haklarını düzenlemiştir (Ayrıca bkz, Avrupa Sosyal Güvenlik Söz. m. 5).

III. İKİ TARAFLI SÖZLEŞMELERDE YABANCILARIN SOSYAL GÜVENLİĞİ

Türkiye, —1981 sonu itibarıyla— F. Al-

manya⁶, Avusturya⁷, Belçika⁸, İngiltere⁹, Danimarka¹⁰, Fransa¹¹, Hollanda¹², İsviçre¹³, Libya¹⁴, İsveç¹⁵ ve Norveç¹⁶ ile sosyal güvenlik sözleşmesi akdetmiştir. Bu sözleşmeler ile, karşılıklı olarak, Türkiye'de bulunan âkit devlet vatandaşları ile, âkit devlet ülkesindeki Türk vatandaşlarının sosyal güvenlikleri düzenlenmektedir. Türkiye'de bulunan yabancı, şayet bir âkit devlet vatandaşı ise, kendisine, sosyal güvenlik konusunda, mensup olduğu devlet ile Türkiye arasındaki sosyal güvenlik sözleşmesi uygulanacaktır.

Yabancıların sosyal güvenlik hakları bakımından, ikili sözleşmeler de; genel olarak, çok taraflı sözleşmelerin getirdiği esasları teyit etmektedir. Ancak bunlar, daha somut ve ülkelerin karşılıklı ilişkilerinden doğan pratik sorunları ayrıntılı olarak düzenlemektedirler. Sözleşmelerin her birini tek tek burada incelemek mümkün değildir. Bu nedenle, tüm ikili sözleşmelere hakim prensipleri maddeler halinde ifade etmekle yetineceğiz.

— İkili sözleşmelerde genel olarak, çalışan âkit ülke vatandaşı ile vatandaş arasın-

- 6) RG. 8.10.1965 t., No. 12121; Ek Sözleşme: RG. 4.6.1972 - 14205; Ana Sözleşmede Değişiklik Yapan Sözleşme: RG. 31.7.1975 - 15312.
- 7) RG. 12.7.1969 - 13247; Ek Sözleşme: RG. 19.4.1976 - 15564; İkinci Ek Sözleşme: RG. 29.2.1980 - 16915; İdari Sözleşme: RG. 27.11.1973 - 17725; Ek İdari Sözleşme: RG. 12.1.1974 - 14766.
- 8) RG. 21.12.1967 t., No. 12768; Ana Sözleşmede Değişiklik Yapan Sözleşme: RG. 9.1.1981 - 17215; İdari Sözleşme: RG. 1.9.1969 - 12007.
- 9) RG. 21.12.1960 - 10686.
- 10) RG. 1.10.1977 - 16071.
- 11) RG. 23.7.1973 - 14603; Ana Sözleşmede Değişiklik Yapan Sözleşme: RG. 25.10.1976, 15745; İdari Sözleşme: RG. 14.8.1973 - 14625.
- 12) RG. 16.12.1967 - 12778; Ana Sözleşmede Değişiklik Yapan Sözleşme: RG. 2.4.1981 - 17298; İdari Sözleşme: RG. 26.6.1969 - 13233.
- 13) RG. 19.10.1971 - 13991; Ana Sözleşmeye Ek Sözleşme: RG. 4.1.1981 - 17210 İdari Sözleşme: RG. 18.10.1971 - 13990.
- 14) RG. 20.8.1976 - 15683.
- 15) RG. 3.2.1981 - 17240; İdari Sözleşme: 29.1.1981 - 17235.
- 16) RG. 9.1.1981 - 17215.

da "tabiiyet" farkı nedeniyle ayırım kaldırılmaktadır.

— Yabancı işçiler, geçici olarak diğer bir akit ülkeye gönderildiklerinde, kural olarak, belli bir süre sonra çalıştıkları ülke mevzuatına tabi olmaktadır. Ve, vatandaş ile aralarında sosyal güvenlik bakımından fark olmamaktadır.

— Sosyal güvenlik yardımlarından yararlanmada, kural olarak âkit ülkelerde geçen hizmet süreleri birleştirilmektedir.

— Yabancı işçinin, kendi ülkesine dönmesinde, sosyal güvenlik yardımlarının yabancı ülkede de ödenmesine ve ödeneklerin transferine izin verilmektedir. Nitekim, Maliye Bakanlığı, Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında 17 S.lı Karara ilişkin 1977 tarihli bir Tebliği ile, "...aramızda sosyal güvenlik sözleşmesi olan ülke vatandaşları, Tür-

kiye'de hizmetleri karşılığı sosyal güvenlik kurumlarınca gelir veya aylık bağlanan veya toptan ödeme yapılan veya sermaye tahsis edilenlerin, kendi ülkelerinde ikamet etmeleri halinde, buların gelir veya aylıkları, yahut kendilerine yapılan toptan ödeme veya tahsis edilen sermayelerin ...talep üzerine transfer olunacağını"¹⁷ açıklamıştır.

Sonuç olarak denebilir ki; gerek iç mevzuatımız, gerekse taraf olduğumuz ikili ve çok taraflı sözleşmelerle, Türkiye'de bulunan yabancıların özellikle primli sosyal güvenlik haklarından yararlanmaları bakımından— vatandaşlarla aralarındaki fark önemli ölçüde giderilmiş gözükmektedir.

17) *Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında 17 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ, Seri: VII, No: 177; RG. 8.3.1977 - 15572.*

TEMSİL YETKİSİNE İLİŞKİN MİLLETLERARASI ÇALIŞMALAR VE LA HAYE SÖZLEŞMESİ

Prof. Dr. Gülören TEKİNALP*

I. GİRİŞ

Temsil, içinde üç ilişkinin yer aldığı bir hukuki münasebet olarak milletlerarası sözleşme ile düzenlenmesi en güç konulardan birisidir. Temsilde, temsil ilişkisi (iç ilişki), temsilci ile temsil olunan arasındaki bir ilişki iken, temsilcinin kendisine verilmiş yetkiye dayanarak veya bu yetkiyi aşarak üçüncü kişi ile yaptığı işlemin (esas ilişki) (dış ilişki), hükümlerinin üçüncü kişi ile temsil olunan arasında meydana gelmesi durumu açıklıkla ortaya koymaktadır. Bunun yanında sözleşmeye katılan devletlerin hukukunda farklı düzenlenmeler bulunması herkesin birleşebileceği bir sözleşme hazırlanmasını bir kat daha güçleştirmektedir. Bu konuda şu örnekler verilebilir. Çeşitli milli hukuklarda temsilcinin korunmasına ilişkin emredici hükümler değişik kapsamlıdır. Müşteri tazminatı ve tekeffül ücreti (delcredere) bunlar arasındadır. Hatta bazı devlet-

lerin hukukunda anılan müesseseler tanınmamaktadır¹ (İngiltere gibi).

Milletlerarası ilişkilerin ve temsilci ile hareket zorunluğunun artışı, temsil hukukunun milletlerarası alanda birleştirilmesi zorunluğunu giderek kaçınılmaz hale getirmektedir. Bir uyuşma zemini bulabilmek için milli kavramları tam karşılama ve kısıtlı bir alanda bile olsa temsil konusunda bir sözleşme getirme çabaları bu zorunluktan kaynaklanmaktadır.

II. TEMSİL HUKUKUNUN BİRLEŞTİRİLMESİ ÇALIŞMALARI

Temsile ilişkin hükümlerinin birleştirilmesi konusunda çeşitli kurumların çalışma-

* İ. Ü. Hukuk Fakültesi Devletler Hususi Hukuku Kürsüsü Öğretim Üyesi.

1) BASEDOW, *Das Vertretungsrechts im Spiegel Konkurrierender Harmonisierungsentwürfe*, *RabelsZ.* 45 (1981), 201, 214.

ları, milletlerarası alanda üç tasarının meydana çıkması ile sonuçlanmıştır. Bunlar: UNİDROİT Tasarısı, Avrupa Ekonomik Topluluğuna ait Direktif Tasarısı ve La Haye Tasarısıdır.

1. UNİDROİT Tasarısı

Merkezi Roma'da olan UNİDROT Enstitüsü 1935 den beri temsil hukukunun birleştirilmesine çalışmaktadır². 1961 yılında doğrudan ve dolaylı temsile ilişkin iki tasarı hazırlandığı halde olumlu bir sonuca varılamamıştır. 1970 de konu gene UNİDROİT'nin gündemine gelmiştir. Bu defa 1973 de sadece "menkullerin satımında milletlerarası nitelikli temsile" ilişkin ve maddi hukuku birleştiren bir Tasarı hazırlanmıştır³. Türk hukukunda acentalık ilişkisi ile uyum gösteren temsili esas alan Tasarı daha sonra Bükreşte yapılan diplomatik konferansa konu olmuşsa da üzerinde anlaşılmış bir metin ortaya çıkmamıştır.

Tam bir metnin elde bulunmaması ve temsile ilişkin pek çok konunun özellikle temsilciyi koruyan hükümlerin düzenlenmemiş bulunması Tasarının kabul edilebilmesinde tereddüt uyandırmaktadır denilebilir.

2. Avrupa Ekonomik Topluluğu Direktif Tasarısı

AET içinde uygulanacak olan Tasarı, eksikleri sebebi ile henüz yürürlüğe girememiş bulunmakla beraber, kabul edilirse oldukça çok devletin iç hukukunun uyumlaştırılmasını sağlayacağı için önem arz etmektedir. Bu alanda 1963 de başlayan ön çalışmalar⁴ 1976 da Avrupa Topluluğu Komisyonunun Direktif teklifi haline gelmiştir. "Üye Devletlerin Hukuklarının (bağımsız) Temsilci (Acenta) Konusunda Uyumlaştırılması Hakkında Direktif adı ile ortaya çıkan teklif 1979 da bazı değişikliklere uğramıştır⁵. Fakat bu hali ile de İngiliz delegesinin kuvvetli tepkisi karşısında kabul edilememiştir.

3. Temsile Uygulanan Hukuk Hakkında La Haye Sözleşmesi

Temsile Uygulanan Hukuk Hakkında La Haye Sözleşmesi çalışmaları da yıllar önce

başlamıştır. International Law Association'ının 1951-1952 yıllarındaki çalışmalarına esas teşkil eden temsil hukukunun birleştirilmesi projesini 1956 da La Haye Konferansı devralmıştır. 1956 da Konferansa üye devletlere gönderilen soru kataloğu üzerine 1957 de toplanan Konferans başarılı bir sonuca varmamıştır⁶. Daha sonra 1972 de 12. La Haye Konferansında 13. Konferansın konusunun temsil olarak kabulü ile çalışmalar yeniden başlamıştır⁷. 1972 de üye devletlere gönderilen soru kataloğuna gönderilen cevaplar da olumlu olmuştur.

1975 te çalışmaya başlayan komisyon 13. Konferansın başlama tarihine kadar temsilde iç ilişki ve dış ilişkiye ait bütün konuları ele alamamıştır. Aynı yıl 2. bir toplantı yapılmışsa da bir anlaşmaya varılamamıştır. Bu sebeple 1976 da toplanan 13. La Haye konferansında, elde tam anlaşmaya varılmış bir metin bulunmadığı için ve konunun özelliklerinin ve konferansa üye devlet hukuklarındaki farklılıklarının doğurduğu görüş ayrılıklarının belirginleşmesi sebebi ile bir Sözleşme ortaya çıkarılamamıştır. Konferans, metin hazırlama görevini 2. bir komisyona vermiştir. Anılan Komisyon 1977 yılı içinde sözleşme metnini hazırlamayı başarmıştır. 1977 metni Fransa ve Portekiz tarafından imzalanmıştır.

2) Bkz. BASEDOW (dn. 1), *RabelsZ* 45 (1981) 203 vd.

3) TEKİNALP, G., "Menkul Malların Alım ve Satım Konusunda Milletlerarası Nitelikli Acentalık İlişkisi Hakkında Konvansiyon" Tasarısı Hakkında Düşünceler, *Batider*, X (1979) 377 vd.

4) Bkz. BASEDOW (dn. 1), *RabelsZ*, 45 (1981), 200 vd.

5) Metin için Bkz. *RabelsZ*, 44 (1980), 138 vd.

6) Bkz. bu konuda PETERSEN, *Die 8. Haager Konferenz RabelsZ.* 24 (1959), 45.

7) Etraflı bilgi için bkz. WOLFRAM MÜLLER-FREIENFELS, *Der Haager Konventionsentwurf über das auf die Stellvertretung anwendbare Recht, RabelsZ.* 43 (1978), 80 vd.

III. TEMSİLE İLİŞKİN 1977 TARİHLİ LA HAYE SÖZLEŞMESİNİN KAPSAMI VE SÖZLEŞMEDE KABUL EDİLEN BAĞLAMA KURALLARI

1. Sözleşmenin Kapsamı

Yeknesak kanun (loi uniform) şeklinde düzenlenen 1977 La Haye "Temsil Sözleşmesi Tasarısı" milletlerarası nitelikli temsil ilişkilerine uygulanacaktır (m. 1 I). Sözleşme açık ve kapalı temsili ve aracılık eden veya akit yapan temsilciyi kapsamına almaktadır (m. 1 II, III).

Temsil yetkisinde Türk hukukunda kabul edilen temsil olunan adına hareket, Sözleşmede, temsilin esasını teşkil etmemektedir. Sözleşmeye göre temsilin merkezi diyebileceğimiz esas temsilcinin yetkisini kullanmasının **temsil olunan ve üçüncü kişi arasında hükümler doğurmasıdır**.

Sözleşmenin 2. ve 3. maddelerinde kapsam dışı⁸ konulara yer verilmiştir. Tarafların ehliyeti, şekil, aile hukuku, miras hukuku, mahkeme veya mahkeme benzeri makamların kararı ile yapılan temsil, mahkeme usulünde temsil, kaptanın fonksiyonu sebebi ile temsil yetkisi m. 2'ye göre kapsam dışı bırakılmıştır. Tüzel kişiliği olsun olmasın bir ortaklığın, kişi veya mal topluluğunun organı, memuru veya ortaklığın bu fonksiyonu sebebi ile faaliyeti ve trustee bu Sözleşme anlamında temsilci kabul edilmeyeceklerdir. (m. 3).

2. Temsil Olunan (Principal) ile Temsilci Arasındaki İlişkide Bağlama Kuralı

Temsil olunan ile temsilci arasındaki iç ilişkide uygulanan hukuk birinci derecede tarafların **seçtikleri hukuktur** (m. 5 I). Seçim açık veya kapalı yapılabilir.

Eğer 5. maddeye göre hukuk seçimi yapılmamış ise temsil ilişkisinin kurulduğu zaman **temsilcinin iş ikametgâhının** bulunduğu yerin iç hukuku bağlama kuralıdır. **Temsilcinin iş ikametgâhi yok ise mutad meskeni** hukuku uygulanır (m. 6 I).

Böylece mutad mesken kriteri aile hukuku ilişkileri dışında borçlar hukuku alanında da etkisini göstermeye başlamıştır. Temsilcinin iş ikametgâhi yok ise medeni ikametgâhının bağlama sebebi olması kararlaştırılmamıştır. Buna karşılık temsilcinin birden çok iş ikametgâhi var ise temsil ilişkisi ile **en sıkı irtibatlı** ikametgâh hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir (m. 6 III).

Temsil olunanın (Principal) **ikametgâhi** iç hukukunu esas alan istisna kuralı ise, temsilcinin ilk olarak temsil olunanın ikametgâhında faaliyette bulunmuş olması halinde geçerlidir. Temsil olunanın ikametgâhi yoksa bu halde birinci fıkradaki gibi temsil olunan mutad meskeni hukuku uygulanır (m. 6 II). Temsil olunanın birden çok ikametgâhi var ise, temsil yetkisi ile **en sıkı irtibatlı** ikametgâhi hukuku bağlama kuralı olacaktır (m. 6 III).

Bağlamada kabul edilen sıralama genellikle milletlerarası özel hukukta borçlar hukuku alanında geçerli esaslara uygundur. Birinci derecede seçilen hukuk, bu yok ise temsilcinin ikametgâhi hukukunun uygulanması bunu göstermektedir. Temsil konusunda Sözleşmede getirilen bu sistem Türk hukukunda temsile uygulanması düşünülen bağlama kuralları ile de uyumludur⁹. Çünkü temsil ilişkisinde ağırlık merkezi temsilcinin ediminde toplanmaktadır. Maddede düzenlenen istisna kuralı ise, temsil yetkisine uygulanacak hukukun önceden bilinmesi ile istisnai durumlara uyumlu olabilmesi arasında bir orta noktanın bulunmasına yardımcı olmaktadır¹⁰.

İç ilişkiye uygulanan bu bağlama kuralının da kapsamı Sözleşmede belirtilmiştir. Tabii olanak iç ilişkisinin meydana gelişi, geçerliliği, tarafların hakları ve borçları, ifa şartları, ademi ifanın sonuçları ve borçtan kurtulma bağlama kuralının uygulanma alanına sokulmuştur (m. 8 I). Mardenin ikinci fıkrasında müşteri tazminatı, rekabet yasağı ve tekeffül ücreti de kapsama dahil edilmektedir. Buna karşılık temsil yetkisinin varlığı, kapsamı, temsilcinin yetkisini aşması veya kötüye kullanması, alt temsil yetkisi verme

8) Çekince konulabilecek durumlar ayrıca Sözleşmenin 18. maddesinde düzenlenmiştir.

9) Bkz. TEKİNALP G., Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları, İstanbul 1981, 246-269.

10) MÜLLER-FREIENFELS (dn. 7), *RabelsZ* 43 (1979), 95.

hakkı ve kendi kendisi ile akit yapma hakkının da iç ilişkinin tabi olduğu bağlama kuralına tabi tutuluşu¹¹ üçüncü kişiler için olumsuz sonuçlar doğurabilir.

3. Temsil Olunan ile Üçüncü Kişi Arasındaki İlişkide (Dış İlişki) Bağlama Kuralı

Sözleşmenin 11. maddesinde temsilci ile üçüncü kişi arasındaki ilişkiye (dış ilişki) uygulanacak hukuk tesbit edilmiştir. Bilindiği gibi temsil ilişkisinde, temsilcinin faaliyeti ve üçüncü kişi ile ilişkisinin, temsil olunanla üçüncü kişi arasında sonuçlar doğurması en önemli noktadır. Üçlü ilişkide merkez durumunda olan **temsilci** ve onun **faaliyeti** sözleşmenin 11. maddesine göre temsil statüsünün tesbitinde hareket noktası teşkil etmektedir.

Temsil statüsü "**temsilcinin** iş ikametgâhının bulunduğu yerin iç hukuk'u" olarak belirlenmiştir.

Bu kural maddede de açıklandığı gibi iç ilişkiye uygulanan bağlama kuralı ile aynıdır. Temsilcinin ediminin, üçlü ilişkiyi karakterize etmesi, temsilcinin iş ikametgâhının temsil olunan ve üçüncü kişiler tarafından bilinmesi kuralın kabul edilmesini haklı göstermektedir.

Temsilcinin ikametgâhı hukuku yerine Sözleşmede belirlenen hallerde "**temsilcinin yetkiyi kullandığı yerin iç hukuku**" istisnaen bağlama kuralı olarak kabul edilmektedir. a) Eğer temsilcinin yetkisini temsil olunan adına kullandığı yer, temsil olunanın iş ikametgâhı veya bu yok ise mutad meskeni ise veya b) Üçüncü kişinin iş ikametgâhı veya yok ise mutad meskeni temsilcinin yetkisini kullandığı yer ise; veya c) Temsilci yetkisini bir borsa veya müzayedede kullanmışsa; veya d) temsilcinin iş ikametgâhı yok ise, temsilci ile üçüncü kişi arasındaki ilişkiye yetkinin kullanıldığı yer hukuku uygulanır.

Taraflardan birinin, daha açık bir deyişle temsilcinin, temsil olunanın veya üçüncü kişinin iş ikametgâhı birden çok ise "**temsilcinin faaliyeti ile en sıkı irtibatlı** ikametgâh hukuku" maddede bağlama kuralı olarak kabul edilmektedir (m. 11 III).

Temsilci ile üçüncü kişinin farklı memleketlerde bulunmaları ve telgraf, telefon ve-

ya teleks ile irtibat kurmaları halinde temsilcinin kendi iş ikametgâhında faaliyette bulunduğu kabul edilir. Aynı şey iş ikametgâhı yok ise mutad meskeni için de söz konusudur (m. 13).

Sözleşmede, bağımlı temsilcilerin (bağlı tüccar yardımcıları) iş ikametgâhının tesbitinde, "temsil olunanın iş ikametgâhı" onların ikametgâhı imiş gibi kabul edilmiştir (m. 12).

Dış ilişkide, hukuk seçimi imkânı kısıtlı da olsa getirilmiştir. Temsil yetkisinde hukuk seçimi yetkinin verilmesi ve kapsamını bilmeyen üçüncü kişiler aleyhine olabileceğinden ancak bu sakınca giderilebilirse ve giderilebildiği oranda verilebilir. Sözleşmenin 14. maddesinde temsil olunan veya üçüncü kişi, uygulanacak hukuku **yazılı** olarak tesbit ederse ve diğer taraf da **açık** olarak kabul ederse dış ilişkiye seçilen hukuk uygulanır. Görüldüğü gibi hukuk seçiminde temsilci kendiliğinden bir rol oynamamaktadır. Hukuk seçiminin sonuçları kimler için hüküm ifade edecekse, hukuk seçiminde onlar etkili olmaktadır. Tereddütlü durumların ortaya çıkmaması için açık seçim esas kabul edilmiştir.

4. Temsilci ile 3. Kişi Arasındaki İlişkide Bağlama Kuralı

Sözleşmede, temsilcinin yetkisi içinde faaliyette bulunmasından, yetkisini aşmasından veya yetkisiz olmasından çıkabilecek problemler de dış ilişkiye uygulanan hukuka tabi tutulmuştur (m. 15). Bu tutum olumludur. Çünkü temsil müessesesinin temelinde yatan işlem güvenliği ancak bu şekilde korunabilir¹².

5. Genel Hükümler

La Haye Sözleşmesinin genel hükümler bölümünde, üye devletlerin çekince koyabilecekleri temsil alanları: sigorta, bankacılık ve

11) Bu çeşit ilişkiler temsil statüsünün kapsamına girmektedir Bkz. *TEKİNALP, G., Türk Devletler Hususi Hukukunda Temsil Yetkisi, İstanbul 1977, 74 vd.*

12) Fazla bilgi için bkz. *TEKİNALP, G., (dn. 11), Temsil Yetkisi, 78 vd.*

kamu görevlilerinin temsil yetkisi olarak düzenlenmiştir (m. 18).

Sözleşmeye göre, uygulanacak hukukun kamu düzenine aykırılık halinde uygulanmayacağı 17. madde ile belirlenmiştir. Genel hükümler bölümünde üçüncü devletlerin emredici kurallarının gözönünde tutulmasına ilişkin önemli bir kurala ayrıca yer verilmiştir. Sözleşmenin uygulanmasında üçüncü bir devletin emredici kuralları sıkı irtibatlı ise ve irtibatlı olduğu oranda uygulanabilecektir (m.16).

Bilindiği gibi, üçüncü devletlerin emredici kurallarının borçlar hukuku alanında etkileri milletlerarası özel hukukta kabul görmeye başlamıştır¹³. AET'nin Akdi Borçlara İlişkin 1980 tarihli Sözleşmesinde söz konusu emredici kurallara yer verilmiştir¹⁴.

6. Genel Değerlendirme

Temsile ilişkin hükümleri bir **bütün** olarak düzenleyen 1977 tarihli La Haye Temsil Sözleşmesinin, temsile ilişkin **kavramları**, Türk hukukundaki temsil kavramlarına yakınlık göstermektedir. Sözleşmede **bağlama kuralı hakkındaki sistem** de Türk hukukundaki sisteme paraleldir. Bu durum gözönünde tutulursa Türkiyenin katıldığı UNİDROİT Sözleşmesi yerine La Haye Sözleşmesinin onaylanmasının daha fazla yarar sağlayacağı söylenebilir.

13) Bkz. SOERGEL-KEGEL, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 11. Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1970, Bem. 280-288 Art. 7 EGBGB; NEUHAUS, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, 2. Aufl. Berlin-Leipzig, 1962 58 vd.; TEKİNALP, G., (dn. 9) 255 vd.

14) Bkz. TEKİNALP, G., (dn. 9), 257.

ÇOK-YANLI DİPLOMASİ ("PARLAMENTER DİPLOMASİ")

Dr. Hüner TUNCER*

Tarihçe

Çok-yanlı diplomasi, yani uluslararası kongre ve konferanslar eliyle yürütülen diplomasi yöntemi ilk kez on yedinci yüzyılda uygulanmaya başlanmıştır.

Otuz Yıl Savaşları'nın (1618-1648) sonunda toplanan Westphalia Kongresi, Avrupa'nın tüm Protestan ve Katolik devlet temsilcilerini biraraya getiren ilk genel Avrupa kongresi niteliğini taşır. Bu Kongreye, İngiltere, Polonya, Danimarka ve Rus Çarlığı dışında, tüm Avrupa devletleri temsilciler göndermiş ve burada Avrupa'nın ortak sorunları tartışılmıştır. İşte, bu tarihten sonra devletler, tümünü ilgilendiren ortak sorunlarına bir çözüm yolu bulmak üzere daha sık bu yöntemi kullanmaya başlamıştır.

Westphalia Kongresinden sonra, on yedinci yüzyılın en önemli konferansı 1699 tarihli Karlofça Kongresidir. Karlofça'da Os-

manlı İmparatorluğu ile Rusya ilk kez genel bir Avrupa kongresine katılmışlardır. 1712 yılında Utrecht kentinde toplanan, Fransa, İngiltere, Hollanda, Prusya, Portekiz ve Savoie Dukalığı temsilcilerinin katıldığı Utrecht Kongresi de, on sekizinci yüzyılın bir diğer önemli kongresini oluşturur.

On yedinci ve on sekizinci yüzyıllarda toplanan çok-yanlı kongreler barış kongreleri niteliğindedir, yani bunlar, genellikle savaşlar devam ederken ya da savaşların sonunda toplanmakta ve amaçları, barış düzenini kurmak ve barış antlaşmaları yapmak olmaktadır.

Sürekli bir nitelik taşımayan çok-yanlı konferans diplomasisine on dokuzuncu yüzyılda daha sık başvurulduğu görülür. Hem artık bu yöntem, eskiden olduğu gibi yalnız-

* T.C. Kopenhag Büyükelçiliğinde İkinci Katip.

ca savaşların sonunda barış düzenini kurmak için değil, tüm devletleri ilgilendiren önemli sorunların devletlerin ortak çabaları ile çözülebilmesi için de kullanılmaya başlanmıştır.

On dokuzuncu yüzyılda toplanan kongrelerin en önemlisi, 1815 yılında toplanan Viyana Kongresidir. Çünkü ilk kez bu Kongrede, diplomasi belirlenmiş bir hukukî statüsü ve kuralları olan bir meslek olduğu, bu Kongreye katılan tüm devletlerce resmen kabul edilmiştir. Viyana'da saptanan kurallar, bazı ufak tefek değişikliklerle, hâlâ diplomatik ilişkilerin temel çerçevesini oluşturmakta devam eder.

1815 Viyana Kongresinde, ayrıca, diplomasi temsilcilerinin sınıflandırılmaları yapılarak, her sınıf içinde "öndegelme" sorunu çözülmüş ve böylelikle, bu sorunlar üzerinde ilk kez evrensel ve bağlayıcı nitelikte bir düzenlemeye gidilmiştir¹.

Viyana Kongresinden sonra, bu Kongreye katılan büyük devletler (Rusya, Avusturya, Prusya, İngiltere ve Fransa) on dokuzuncu yüzyıl boyunca aralarında birçok toplantı düzenlemiştir. Bu toplantılar, genellikle, "Avrupa Uyum" (Le Concert Européen) adıyla anılır².

Bu toplantıların ilki 1818 yılında toplanan Aix-la-Chapelle Kongresi olmuştur. Bu Kongre, büyük devletlerin Avrupa işlerini danışma yoluyla çözebilmek için, barış zamanında topladıkları ilk uluslararası kongredir. Aix-la-Chapelle'den sonra, "Avrupa Uyum" sistemi içinde yer alan öteki önemli kongreler şunlar olmuştur: 1820 Troppau, 1821 Laibach, 1822 Verona, 1856 Paris³, 1878 Berlin, 1906 Algesiras ve Balkan savaşlarından sonra toplanan 1912 Londra ve 1913 Bükreş Kongreleri.

Kongreler sistemi, Avrupa'nın büyük devletlerinin zaman zaman biraraya egerek, aralarındaki ortak sorunları çözdüğü ve kıtada belli bir güç dengesi sağladığı sürece başarılı olmuş ve barışın korunmasında katkısı olmuştur. Örneğin, bu tür kongrelerde, köleliğin kaldırılması, Tuna'da gemiciliğin düzenlenmesi ve hakemlik gibi sorunların tartışılması yapılmıştır. Ancak, "Avrupa Uyum" giderek devrime karşı bir kale görünümünü

kazanmış ve devletlerin iç işlerine karışmak için bir sözde neden olarak kullanılmaya başlanmıştır⁴.

On dokuzuncu yüzyılın sonunda ve yirminci yüzyılın başlarında toplanan La Haye Barış Konferansları "Avrupa Uyum" sisteminden farklı bir nitelik taşır. La Haye Konferansları, Avrupa sistemi yerine, tüm dünya devletlerini içine alan evrensel bir sistemin kurulması ve uluslararası sorunların zaman zaman toplanan *ad hoc* kongreler yerine, birtakım kurumlaşmış yöntemlerle çözülmesi gereğini ilk kez ortaya koyan kongreler olmak yönünden büyük önem taşır.

Birinci Dünya Savaşının patlak vermesine değin, devletler, siyasal görüşlerini ve çıkarlarını bağdaştırmak amacıyla zaman zaman kongreler ve konferanslar toplamayı sürdürmüştür. Bu süre içerisinde sürekli bir mekanizma kurulamamış; ancak, bu toplantılar devletler arasında çok-yanlı danışma sistemini bir gelenek haline getirmiş ve Birinci Dünya Savaşını hemen izleyen yıllarda Milletler Cemiyeti'nin kurulmasına ışık tutmuştur. Böylelikle, sürekli olmayan bir nitelik taşıyan çok-yanlı diplomasi yöntemi, yerini Birinci Dünya Savaşının ertesinde sürekli konferans diplomasisine bırakmıştır.

İlk uluslararası siyasal örgüt niteliğini taşıyan Milletler Cemiyeti Örgütünün kurul-

- 1) *Bu tarihe değin, diplomatlar arasındaki "öndegelme" sorunu, devletler arasındaki uyumsuzluk ve çatışmaların temel nedenlerinden biri olmuş ve örneğin, yalnızca bu nedenden ötürü, birçok uluslararası kongrenin toplanması gecikmişti.*
- 2) "Avrupa Uyum", gerçekte "büyük devletlerin uyumu"ndan başka bir şey değildi çünkü bu, Avrupa'nın büyük devletlerini içine alan özel bir topluluk niteliğindedir. Bkz.: Mehmet GÖNLÜBOL, *Milletlerarası Siyasal Teşkilatlanma*, Ankara, 1964, 53.
- 3) 1856 Paris Kongresi, uluslararası topluluğun evrenselleşmesi yönünden atılmış önemli bir adımdır. O zamana değin bir "kapitülasyonlar sistemi" çerçevesinde kendisiyle ilişkide bulunan Osmanlı Devleti, ilk kez Avrupa devletleriyle eşit statüde uluslararası bir toplantıya katılmış olmaktadır.
- 4) David THOMSON, *Europe since Napoleon*, Penguin Books, 1966, 134-140.

ması ile, devletler arasındaki siyasal sorunların görüşülmesi ve tartışılmasında yeni bir yöntemin uygulamasına geçilmiştir. İşte, uluslararası örgütler eliyle yürütülen bu sürekli konferans diplomasisi yöntemine Batılı yazar ve düşünürlerin, genellikle, "parlamentar diplomasi" adını verdikleri görülür. Bunun başlıca nedeni, uluslararası örgütlerin çalışma yöntemleriyle ulusal parlamentoların çalışma yöntemleri arasında oldukça yakın bir benzerliğin bulunmasıdır.

"Parlamentar diplomasi" olarak adlandırılan diplomasi yöntemi başlıca dört ayırıcı niteliğe sahiptir: bu niteliklerden birincisi, sorumlulukları **ad hoc** konferanslarınkine kıyasla, çok daha fazla olan sürekli bir örgütün varlığıdır. İkincisi, kitle iletişim araçları aracılığıyla, görüşme ve tartışmaların dünya kamuoyuna açık bir biçimde yürütülmesi; üçüncüsü, görüşmelerin yürütülmesini büyük ölçüde kolaylaştırmak amacıyla, önceden saptanmış yöntemlerin bulunması ve nihayet, görüşmelerin sonunda oy çokluğuyla kararların alınmasıdır⁵.

"Parlamentar Diplomasi" Yönteminin Başlıca Olumlu Yönleri

"Parlamentar diplomasi" kamuoyuna açık bir diplomasi türüdür. Uluslararası örgütlerce yer alan kamuoyuna açık görüşmeler, dünyanın tüm önemli sorunlarını insanlığın gözleri önüne serer. Devletlerin doymazlıkları, kaygıları, istemleri ve bekleyişleri, bu kamuoyuna açık görüşmelerde anlatımını bulur ve yine burada, devletlerin politikaları ve ileri sürdükleri görüşler karşısında oluşan kamuoyunun tepkisi saptanır. Böylelikle, dünya kamuoyunun çeşitli uluslararası sorunlar karşısındaki tepki ve görüşleri öğrenilebilmekte ve bunlara tümüyle ters düşecek kararların alınması önlenmektedir.

"Parlamentar diplomasi" yönteminin bir öteki olumlu özelliği, uluslararası örgütlerde yer alan diplomatik görüşmelerde tarafların yalnızca belli bir uyuşmazlığa taraf olan devletlerin değil, o örgütte temsil edilen tüm devletlerin oluşudur. Böylece, bu görüşmelere yalnızca belli bir sorunun çözülmesinden çıkarı olan devletler değil, öteki devletler de katılabilmekte ve görüşmelere yön

veren başlıca öge, devletlerin ulusal saygınlıklarının ya da ulusal çıkarlarının korunması yerine, barışın sağlanması ya da sürdürülmesi olmaktadır. Ayrıca, bu tür görüşmelerde, uyuşmazlığa taraf devletlerin yalnız karşı taraf devletin görüş ve savlarını değil, uluslararası örgütte temsil edilen ve bu görüşmelere katılan öteki tüm devletlerin de tartışma konusu soruna ilişkin görüşlerini ve tepkilerini göz önüne almaları ve buna göre kendi politikalarını saptamaları gerekmektedir.

Uluslararası örgütlere getirilen uyuşmazlık konusu sorunlara bu forumlarda bir çözüm yolu bulunulmaması bile, aksi takdirde devletler arasındaki diplomatik ilişkilerin kesilmesine ya da bir savaş durumunun ortaya çıkmasına neden olabilecek bunalımlar, bir süre için bile olsa, bu yolla dondurulmuş olur. Çok-yanlı diplomasi yöntemi, devlet adamlarına birbirlerini yakından tanıma ve birbirlerinin görüş ve politikalarına saygı duyma olanağını tanır. Böylece, bazen tarafların yetkili bakanları arasında yer alan bir saatlik doğrudan görüşmeler, çoğu kez devletler arasındaki aylarca süren yazılı haberleşmelerden çok daha yararlı olabilmektedir⁶. Başka bir deyimle, çok-yanlı diplomasi, uluslararası örgütlere getirilen uyuşmazlıklara taraf olan devletler arasında ikili ve doğrudan görüşmelerin yapılmasına bir temel hazırlar.

Çok-yanlı diplomasi, ayrıca, uluslararası uyuşmazlıklara taraf olan devletlerin uluslararası örgütlerin uzlaştırma ve arabuluculuk işlevlerinden yararlanmalarına olanak sağlar. Örneğin, Birleşmiş Milletler Genel Sekreterinin bu tür etkinlikleri çok olmuştur.

"Parlamentar diplomasi" yönteminin, özellikle bazı konuların görüşülmesi ve tartışılmasında çok yararlı olduğu saptanmıştır. Örneğin, insan hakları, silahsızlanma, çevre kirlenmesi, ortak güvenliğin sağlanması gibi

5) Dean RUSK, "Parliamentary Diplomacy-Debate vs. Negotiation", *World Affairs Interpreter*, Vol. 2, Nr. 2 (Summer 1955), 121.

6) Elmer PLISCHKE, *Conduct of American Diplomacy*, third edition, Princeton, New Jersey, D. Van Nostrand Company, Inc., 1967, 520.

tüm devletleri ilgilendiren genel nitelikteki sorunlar ya da devletler arasındaki ilişkileri düzenleyen temel antlaşma ve sözleşmelerin yapılması konularında olduğu gibi. Bunun başlıca nedeni, devletlerin doğrudan doğruya ulusal çıkarlarını ilgilendirmeyen konularda anlaşmaya ve uzlaşmaya daha yatkın olmalarıdır⁷.

"Parlamentar Diplomasi" Yönteminin Başlıca Olumsuz Yönleri

"Parlamentar diplomasi" yöntemi kolaylıkla bir propaganda ögesine dönüşebilir. Devletlerin, uygulamada, genellikle uluslararası forumları aralarındaki uyuşmazlıkları çözmekten çok, kendi görüş ve politikalarının propagandasını yapmak amacıyla kullandıkları görülmüştür. Başka bir deyimle, "parlamentar diplomasi" yönteminin temel dayanağını oluşturan "açıklık" kavramı, devletler tarafından sömürülebilmekte ve bu tür çok-yanlı örüşmelere katılan devletlerin başlıca amacı, görüşme konusu olan soruna bir çözüm bulmaktan çok, kamuoyunu etkilemek olabilmektedir.

Hindistan Başbakanı Nehru, 22 Mart 1949 tarihinde yapmış olduğu bir konuşmada, bu konuya ilişkin olarak görüşlerini şöyle dile getirmiştir:

"Bir süre için tüm dışişleri bakanlarının sessiz kalmalarını dünyamız yönünden çok daha yararlı olacağı kanısındayım. Dışişleri bakanları ya da bunların temsilcilerinin Birleşmiş Milletler'de ya da öteki uluslararası örgütlerde yaptıkları dış politika konuşmalarının dünyaya yarar yerine zarar getirdiği görülmüştür. Ben de "açık diplomasi"den yanayım ve bu diplomasi yönteminin temelde iyi olduğuna inanıyorum; ancak, bu "açık diplomasi"nin taraflar arasında çatışmalar ve suçlamalar biçimine dönüşmesi durumunda, bu tür diplomasinin dünya barışının korunmasına hiçbir katkıda bulunmayacağına da inanıyorum. Bu durumda, diplomasi, diplomasi olma niteliğini yitirecek ve tarafların birbirine karşı sert ve kırıncı bir dil kullandıkları açık bir çatışma niteliğini alacaktır⁸.

Belçika Başbakanı Paul Henri Spaak da, 1948 yılında yaptığı bir konuşmada, Birleşmiş Milletler'de yapılan görüşme ve tartışmaların bazı devletler tarafından nasıl bir propaganda aracı yapıldığı konusuna değinecek, şunları söylemiştir:

"Birleşmiş Milletler'de konuşan delegeler, zamanla çok seçkin ve önemli bir dinleyici kitlesine seslendiklerinin, sözlerinin yüzlerce gazeteci ve muhabir tarafından dünyanın dört bir yanına iletildiğinin ve konuşmalarının milyonlarca insan tarafından okundğunun bilincine vardılar. İşte, bu bilinçlenme onların konuşmalarında öncelikle propaganda ögesine eğilmelerini sağladı. Bir ulus propagandaya başladı mı, bunu öteki ulusların karşı-propaganda etkinliklerinin izlemesi kaçınılmaz olur."⁹

Uluslararası örgütlerde kararların genellikle oy çokluğu ile alınması, "parlamentar diplomasi" yönteminin bir öteki sakıncalı yönünü oluşturur. Böylelikle, alınan kararlara katılmayan ve elinde "veto" silahı bulunan güçlü bir azınlık ve bunun karşısında, oylarıyla bu azınlığı alt edebileceğini uman bir çoğunluk ortaya çıkmaktadır. Bu ise dünya barışının geleceği yönünden pek umut verici bir görünüş değildir çünkü azınlık çoğunluğun kararını kabul etmemekte, çoğunluk da bu kararı zor gücüyle yürütebilmek olanağından yoksun bulunmaktadır. Böyle bir durumda, ne azınlığın ne de çoğunluğun leh-te ya da aleyhte vereceği oylar, olayların gidişini etkileyebilmektedir¹⁰.

"Parlamentar diplomasi" uygulamasında, çözümü aranan soruna genellikle daha te-

7) Inis L. CLAUDE, "Multilateralism, Diplomatic and Otherwise", *International Organization*, Vol. 12, Nr. 1 (Winter 1958), 47.

8) STEPHEN D. Kertesz, "Diplomacy in the Atomic Age", *Review of Politics*, Vol 21, 1959), 373'den Jawaharlal Nehru, *Independence and After*, New York, 1950, 245-46.

9) *The New York Times*, October 7, 1948.

10) Hans Morgenthau, *Politics Among Nations*, New York, Alfred A. Knopf Publisher, 1960, 535-537.

meldeki ve derindeki bir sorunun ya da bütünün bir parçasıymış gözüyle değil de, tüm bunlardan ayrı, başlıbaşına bir sorunmuş gözüyle bakılır. Oysa, uluslararası bir örgütün önüne gelen her sorun, ancak daha temelde yatan bir sorunun parçasıdır ve temeldeki sorunun çözümüne gidilmeden, bunun uluslararası örgütün o anda önüne gelen yalnızca bir parçasının çözümüne çalışmak ile, uyumsuzluklara genellikle yapıcı ve kalıcı çözümlerin getirilemediği görülür. İşte, bu da "parlamentar diplomasi"nin bir öteki önemli sancıncasını oluşturur¹¹.

"Parlamentar Diplomasi" Yönteminin Uygulanışı

"Parlamentar diplomasi" yöntemini uygulayanlar, devletlerin uluslararası örgütler nezdine atadıkları sürekli diplomasi temsilcilikleri ve delegasyonlarıdır.

Devletlerin uluslararası örgütlere atadığı sürekli diplomasi temsilcilikleri mensupları, genellikle dışişleri bakanlıkları memurlarından oluşur. Sürekli temsilciliğin başında sürekli temsilci bulunur ve bu kişi elçi seviyesindedir. Sürekli temsilciler, kendilerini atayan devletleri temsil ederler¹². Sürekli misyonlar, nezdine atandıkları örgütün sekreteryası ile sürekli ilişki içindedir ve bunlar, temsil ettikleri devletlerle uluslararası örgüt arasındaki haberleşmeyi sağlayan başlıca öğeler olurlar.

Delegasyonlar ise, uluslararası örgütün belli bir konu üzerindeki toplantısına ya da örgütün belli bir kurul veya organının oturumlarına katılmak amacıyla, devletlerce uluslararası örgütlere atanan temsilci kurullarıdır. Örneğin, her yıl hükümetler, Birleşmiş Milletler'e Genel Kurul'un belirli bir oturumuna ya da diğer organlarından birinin belirli bir toplantısına katılmak amacıyla birer delegasyon gönderirler¹³. Uluslararası örgütlerin belirli toplantılarına ya da oturumlarına katılmak amacıyla atanan delegasyonların, genellikle, devletlerin o örgütteki sürekli diplomasi temsilciliği üyelerinden ve dışişleri bakanlığı memurlarından oluştuğu görülür.

Sürekli temsilciliklerin ve delegasyonların görevlerinin başında, bunların nezdine atandıkları uluslararası örgütlerde görüşme-

lerde bulunmaları ve görüşmelerin sonunda gerekli kararların alınabilmesini sağlamak amacıyla parlamentar etkinlikleri yürütmek gelir.

Sürekli temsilciliklere ve delegasyonlara düşen ikinci bir görev, bunların ülkelerinin ulusal politikalarının saptanmasında danışman rolünü oynamalarıdır. Dış politika kararlarının alınmasında, sürekli temsilcilik üyeleri hükümetlerine gerekli önerilerde bulunabilirler. Çünkü bunlar, birçok gerçeği yerinde değerlendirmek olanağına sahiptirler ve ayrıca, uluslararası örgütteki diğer devletlerin sürekli temsilciliklerinin görüş ve politikalarına ilişkin ilk elden ve en doğru bilgiye sahip olma durumundadırlar.

Uluslararası örgütler nezdindeki sürekli temsilcilik ve delegasyon üyelerine düşen bir diğer önemli görev de, dünya kamuoyunu etkilemek olmaktadır. Uluslararası örgütlerde yer alan tartışmaların büyük bir çoğunluğu dünya kamuoyuna açık olarak yürütüldüğü için, sürekli temsilcilikler ve delegasyonlar, bu tartışmalarda muhatap olarak dünya kamuoyunu alırlar, konuşmalarında öncelikle bu öğeyi etkilemeye ve kendi taraflarına kazanmaya çalışırlar¹⁴.

11) Bkz. (dn. 10) 537-539.

12) Buna karşılık, uluslararası örgütlerde görev yapan "uluslararası memur" statüsündeki kişiler hiçbir devleti temsil etmezler ve bunlar, doğrudan doğruya nezdinde çalıştıkları örgütün sekreterliğine bağlıdırlar.

13) BM Genel Kuruluna atanan delegasyonların başları, genellikle dışişleri bakanları ve bazen de başbakanlar olmaktadır. Ancak(dışişleri bakanları ya da başbakanlar tüm Genel Kurul toplantıları süresince ülkelerinden uzak kalamayacaklarından ötürü, bunların yokluğunda delegasyonların başlarına devletlerin New York'taki sürekli temsilcileri getirilmektedir.

14) Devletler, genellikle, önemli uluslararası sorunlara ilişkin görüşlerini ya da genel politika görüşlerini uluslararası örgütlerde yer alan tartışmalarda ortaya koymayı yeğlerler. Bunu da ülkelerinin en üst düzeydeki hükümet yetkilileri, yani dışişleri bakanları, başbakanları, devlet başkanları ya da öteki tanınmış kişileri aracılığıyla yapmak isterler. Uluslararası nitelikteki önemli karar önerilerinin, genellikle, devletlerin dev-

Uluslararası örgütlerdeki sürekli temsilcilik ve delegasyonların etkinliklerinin çok önemli bir bölümünü, aynı örgütteki öteki delegasyonların görüşleri, politikaları ve tutumlarına ilişkin bilgi toplama oluşturur. Uluslararası örgütlerin koridorlarında ve salonlarında çeşitli devletlerin delegasyonları arasında yer alan sürekli ve gayriresmî ilişkiler, bu ülkelerdeki siyasal nitelikte olan ve olmayan gelişmelere ilişkin bilgi toplamanın başlıca yoludur.

Uluslararası örgütlerdeki misyonlar ve delegasyonlar kamuoyuyla doğrudan bir ilişki kurmuşlardır. Kamuoyu, delegasyonların uluslararası örgütlerde yürüttükleri politikanın her aşamasından haberdar olmak ister. Örneğin, birçok hükümet-dışı kuruluş Birleşmiş Milletler'e gözlemci göndermektedir. Bu gözlemciler, BM Sekretaryası memurlarının ve BM'deki değişik delegasyonların çeşitli uluslararası sorunlar karşısındaki görüşlerini öğrenmeye çalışır, ilgi duydukları konuları delegasyon üyeleriyle tartışma yollarını araştırırlar. Böylece, BM'deki gelişmeler kamuoyuna aktarılmakta ve kamuoyunun çeşitli sorunlar karşısındaki tepkisi saptanabilmektedir.

"Sessiz Diplomasi"

"Sessiz diplomasi" deyimini ilk kez ortaya atan BM Genel Sekreterlerinden Dag Hammarskjöld olmuştur. Bu deyim, devletlerin uluslararası örgütler nezdindeki sürekli delegeleri eliyle yürütülen sürekli, gayriresmî ve kişisel ilişkileri tanımlamak üzere kullanılmaktadır.

BM kararlarının büyük bir çoğunluğunun resmî toplantıların dışında, yani gayriresmî görüşmeler sonucunda alındığı görülmüştür. Delegasyonlar, kamuoyuna açık tartışmalarda devletlerinin genel politika görüşlerini ortaya koymakta; ancak, tartışılan konulara ilişkin somut kararlar gayriresmî görüşmeler yoluyla alınmaktadır. Bunun nedeni, uluslararası örgütlerin kamuoyuna açık bir biçimde yürütülen görüşmelerinde ve toplantılarında, tarafların kendi kamuoyları ve dünya kamuoyu nezdinde bir saygınlık kaybına uğramak ve yenik bir duruma düşmek kaygısıyla, ilk ileri sürdükleri görüşlerinden ödünde bulunmalarının son derece güç olmasına

karşılık, delegeler arasında yer alan gizli ve özel nitelikteki görüşmelerde, bunların karşılıklı olarak görüşlerinde değişiklik yapmalarının ve tutumlarında daha esnek olabilmelerinin mümkün oluşudur¹⁵.

Önceden delegeler arasında gayriresmî nitelikte ikili görüşmeler yapılmadan, uluslararası örgütlere üye devletler arasında yer alacak resmî görüşme ve tartışmaların etkisiz ve hatta tehlikeli olabileceği birçok kez kanıtlanmıştır. Birçok yazar ve düşünürüne göre, BM'e üye devletlerin uyuşmazlıklarını bu örgüte getirmeyi kabul etmelerinin altında yatan başlıca neden, bu örgütte üye devlet temsilcilerinin ve delegelerinin birbirlerine gayriresmî yoldan danışmalarını olanaklı kılacak bir mekanizmanın var oluşudur¹⁶.

BM binası içinde delegelerin bir çoğu, "koridor diplomasisi" diye adlandırılan bir görüşme sanatı geliştirmiştir. Bu örgütteki delegelerin yalnızca birbirlerini daha iyi tanıyabilmek amacıyla, BM binasının oturma salonlarında ve barlarında saatlerce söyleşide buldukları görülür. BM binasındaki barlar, delegelerin biraraya geldikleri ve içkilerini yudumlarken rahat bir ortam içinde söyleşide buldukları önemli buluşma ve görüşme yerleri olmuştur. Daha ilerdeki temaslar için zemin yoklamaları da buralarda yapılır.

Özellikle, uluslararası bunalım anlarında Genel Kurul ve Güvenlik Komitesinde uygulanan parlamenter diplomasi yöntemi ile, olayların gelişmesi bir süre için dondurulmakta ve bu arada BM'in koridorlarında, özel komitelerinde ve kulislerinde sürdürülen gizli ve özel görüşmelerle, soruna bir çözümü yolu

let ya da hükümet başkanları tarafından BM'de yapıldığı görülmüştür. Örneğin, Sovyetler Birliği, dünyada genel ve tam bir silahsızlanmaya gidilmesi yolundaki önerisini 1959 yılında Krusçev aracılığıyla bir Genel Kurul toplantısında yapmıştı.

- 15) Wilder FOOTE, *Servant of Peace-Dag Hammarskjöld, New York, Harper and Row Publishers, 1962, 201-202.*
- 16) John HADWEN and Johan KAUFMANN *How United Nations Decisions Are Made, New York, Oceana Publications, 1962, 49.*

bulunmaya çalışılmaktadır¹⁷. Örneğin, tüm Güvenlik Konseyi kararlarının Konsey toplantılarının dışında alındığı ve bu nedenle, Konsey oturumlarının çoğu kez gecikerek başladığı ileri sürülür¹⁸.

"Parlamenter Diplomasi"nin Değerlendirilmesi

Modern dünyada dış ilişkiler, geçmişte olduğu gibi, artık yalnızca bir ulusun öteki bir ulusla görüş değişiminde bulunması ile yürütülemez. Birçok ulusun arasında sürekli görüşmelerin yapılması ile yürütülen çok-yanlı diplomasi bugün vazgeçilmez bir gerçek durumundadır. Uluslararası örgütler, modern diplomasiinin çok önemli bir parçasını oluşturur. Bunlar, ayrıca, ikili diplomatik ilişkilerin bulunmadığı uluslar arasında iletişim bağlarını sağlarlar.

Çağımızda dünya devletleri, giderek birbirlerine daha bağımlı bir duruma gelmektedir. Bugün dünyada hiçbir devlet, ekonomik kalkınma ve büyümesinde kendini öteki devletlerden soyutlayamaz. Bu gelişmenin sonucu, günümüzde artık uluslararası sorunlara devletlerin teker teker bir çözüm bulmaları çok güçleşmiş; hatta olanaksız olmuştur. Uluslararası sorunların karmaşıklığı o denli artmıştır ki, birçok ulusun biraraya gelerek bu sorunlara bir çözüm aramaları bir zorunluluk haline gelmiştir. Örneğin, çevre kirliliği, nüfus patlaması, dünya çapında işsizlik gibi, tüm devletleri ortaklaşa ilgilendiren sorunların çözümünde çok-yanlı ya da parlamenter diplomasiinin oldukça başarılı olduğu görülmüştür.

Dünya devletleri arasında günümüzde gözlenen bağımlılığın bir diğer nedeni de, bilim ve teknoloji alanlarında son yıllarda ortaya çıkan devrim olmuştur. Nükleer savaşın kazandığı boyutlar sonucu, günümüzde barış artık gerçekten "bölünemez" bir durumdadır. Örneğin, Ortadoğu'daki petrol üreten devletlerin girişecekleri bir boykot, Japonya'dan Amerika Birleşik Devletleri'ne değin uzanan birçok devletin ekonomik ve hatta siyasal yazgısını büyük ölçüde etkileyebilmektedir.

Bir uluslararası topluluğun oluşmasına yol açabilecek nitelikteki bu gelişmelere kar-

şın, çağımızda egemen olan ortam henüz bir dünya devletinin ya da bir dünya hükümetinin kurulmasından çok uzaktır. Bugün dünya politikasının temel birimi 'ulus'tur ve bu ögenin egemenliğini herhangi bir biçimde kısıtlayacak bir kararı uluslararası alanda uygulama olanağı yoktur. Deneyim dünya çapındaki bir siyasal örgütün henüz ulusal devlet aşamasının ötesine geçemediğini göstermiştir; başka bir deyişle, böyle bir örgütün yazgısı hâlâ ulusal devletin yazgısına bağlıdır.

Uluslararası örgütlerin varlığına karşın, devletler, genellikle yaşamsal çıkarlarını doğrudan doğruya ilgilendiren sorunlar üzerinde son sözü söylemek yetkisini saklı tutmaktadır. Uluslararası örgütlerin gücü, bu örgütleri oluşturan ulusların onlara vermeyi kabul ettikleri güç düzeyindedir¹⁹.

Günümüzde çok-yanlı diplomasiinin uluslararası uyumsuzlukların çözümünde etkin bir yöntem olamamasının altında yatan başlıca neden, büyük ya da küçük, dünyanın tüm devletlerinin uluslararası örgütlere, öncelikle kendi ulusal çıkarlarını korumaya ve geliştirmeye yönelik araçlar gözüyle bakma eğiliminde ve alışkanlığında olmaları ve bunlara kendilerini bağlayıcı kararlar alma yetkisini vermemeleridir. Başka bir deyişle, devletler, henüz merkezî bir yasama örgütünün kendilerinin onayı alınmadan, uluslararası yasalar yapmasına hazır değildir²⁰.

Çok-yanlı diplomasi, güç politikasını ortadan kaldırmamıştır. Güç politikası, devletler arasındaki ikili ilişkilerde olduğu gibi, çok-

17) Gordon CRAIG, *War, Politics and Diplomacy*, New York, Frederick Praeger Publishers, 1966, 284.

18) Eric CLARK, *Diplomat*, New York, Taplinger Publishing Company, 1973, 258.

19) Ivor RICHARD, "Diplomacy in an Interdependent World", *Proceedings of the Academy of Political Science*, Vol. 32, Nr. 4, (1977), 2.

20) Örneğin, BM büyük ölçüde öneri niteliğinde kararlar alan bir örgüttür. Bu kararlara uyulmaması durumunda, öteki devletlerin ve dünya kamuoyunun olumsuz tepkisi ile karşılaşılır; ancak, bu da devletlerin davranışlarını sınırlandıran manevi bir güç olmaktan öte gidemez.

yanlı diplomaside de egemen bir etmen olarak belirir. Başka bir deyimle, uluslararası örgütler üye ülkelerin politikalarından bağımsız olarak hareket edemez. Çok-yanlı diplomasi'nin başarısı ya da başarısızlığı, büyük ölçüde bu yöntemi yürüten devletlerin, özellikle büyük devletlerin politikaları ve davranışlarına bağlıdır. Dünyada barış ve güvenliği sağlama ve korumada uluslararası örgütlere düşecek payı, büyük devletlerin onları bu amaçla kullanmada çıkarlarının olup olmaması belirleyecektir²¹.

Uluslararası örgütler, ortak ve çatışan ulusal çıkarlar gerçeği üzerine kurulmuştur. Farklı tarihî geçmişleri, kültürleri, dilleri, dinleri, ırkları ve ulusal çıkarlarıyla çok sayıda ulusun temsil edildiği uluslararası örgütler eliyle, diplomasi yürütmenin ne denli karmaşık ve güç bir iş olduğunu kestirmek zor olmasa gerekir. Üyelerinin çatışan çıkarları nedeniyle, çözmeye istekli ve hazır olmadığı sorunları çok-yanlı diplomasi yönteminin çözmesi beklenmemelidir. Bu nedenle, uluslararası örgütler sorunlara kesin çözüm bulacak yerler olarak görülmekten çok, uyumsuzluklara taraf olan devletlere görüşme olanağı sağlayan forumlar olarak değerlendirilmelidir.

Uluslararası örgütler bugün güvenlik sorununu çözmekten büyük ölçüde uzaktır²². Uluslararası örgütün en fazla yapacağı şey, süper güçleri frenlemek ve sömürgecilik sorununun çözümünden sonra, eski ve yeni uluslar arasında işbirliği merkezleri oluşturmaktır.

Günümüzde uluslararası ilişkiler alanında temel bir çelişki göze çarpar. Bir yandan, nükleer silahların varlığı ve nükleer bir savaşın olasılığı "evrensellik"i ya da bu yönde politikaların uygulanmasını gerektirmektedir. Örneğin, silahsızlanma, détente, uluslararası örgütün etkisinin ve yetkilerinin güçlendirilmesi gibi. Öte yandan, uluslararası örgütlerin güçlerinin sınırlı olması ve gücün devlet birimlerinde toplanmış olması, ulusal devletlerin silahlanmasını ve savaşa "hazır" olmasını gerektirmektedir²³. Başka bir deyişle, devletler kendi üstlerinde herhangi bir otorite ve güç olmadığı için, savunmalarında öncelikle kendi güçlerine dayanmak zorun-

dadır. İşte bu gerçeği göz önünden uzak tutmayarak, uluslararası ilişkiler alanında çok-yanlı diplomasi'nin başarı ve başarısızlıklarını değerlendirmek gerekir.

Ulusal devletin sınırlarının aşılmasından ve bir dünya devletinin etkin bir biçimde kurulmasından önce, insanların bağılıklarının "ulus" kavramından daha geniş kapsamlı bir siyasal kavram ya da örgütlenme doğrultusunda yön değiştirmesi gerekmektedir²⁴. Etkin bir uluslararası topluluğun varlığı, büyük ölçüde insanların ve ulusların bugün sahip oldukları değer yargılarında ve buna bağlı olarak, davranışlarında temel değişiklikler yapmalarıyla gerçekleştirilebilir.

Gerçek bir uluslararası toplumun kurulabilmesi ve uluslararası çıkarların ulusal çıkarların önünde yer alabilmesi için, tüm devletlerin, ulusal çıkarlarını öteki devletlerin ulusal çıkarlarının ışığı altında değerlendirmeleri ve yeniden gözden geçirmeleri ve ulusal politikalarına bu yeni anlayışa göre bir yön vermeleri gerekmektedir. Çok doğaldır ki, böyle bir insancıl uluslararası düzen tüm devletlerin yararına olacak ve devletler, böyle bir düzende evrensel ortak çıkardan yana, dar çerçeveli ulusal çıkarlarından belli ölçülerde özveride bulunacaktır. Günümüzde birçok devletin bu gerçeği görmesine karşın, bunalım anlarında yine kısa dönemli ve ulusal çıkarlar, uzun dönemli ve evrensel çıkarların önüne geçmektedir.

21) Leland M. GOODRICH, *The United Nations in a Changing World*, New York, Columbia University Press, 1974, 261.

22) Ancak, bu örgütlerin varlığı sayısız uyumsuzluğun bunalım aşamasına gelmesini önleyebilmiş ve sorunların bu forumlarda tartışılması, gerginliklerin ısını ve şiddetini bir parça olsun azaltmıştır.

23) John H. HERZ, *The Nation-State and the Crisis of World Politics*, New York, David McKay Company, Inc., 1976, 294-95.

24) Roger HILSMAN, *The Crouching Future*, New York, Doubleday and Company, Inc., 1975, 575.

* Bu yazının Fransızca aslı *Annales de Faculté de Droit*'da yayınlanacaktır.

** Belçika Barosunda Avukat.

LA RECONNAISSANCE ET L'EXECUTION DES DECISIONS JUDICIAIRES TURQUES EN DROIT COMMUN BELGE

par

Moni VAN LOOK*

et

Nadine WATTE**

I. INTRODUCTION

1. — L'étude du droit commun belge relatif à la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères présente un grand intérêt en l'espèce.

En effet, la Belgique et la Turquie n'ont pas conclu de traité bilatéral en la matière. Les deux Etats sont cependant liés par la Convention de La Haye du 15 avril 1958 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants.

La Belgique — contrairement à la Turquie — n'a pas encore ratifié la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions relatives aux obligations alimentaires¹.

Il en résulte, qu'en dehors de ces matières, la reconnaissance et l'exécution des jugements turcs, sont régis en Belgique, par les règles de droit commun.

2. — A l'exception des jugements étrangers relatifs à l'état et la capacité des personnes qui jouissent en Belgique de l'autorité de la chose jugée même à l'égard des tiers, sous réserve de satisfaire aux cinq conditions de l'article 570 du Code judiciaire^{1a}, les décisions judiciaires étrangères ne bénéficient pas, en droit commun belge, de l'autorité de la chose jugée, sans exequatur.

1° — Force probante.

Le jugement étranger n'est toutefois pas dépourvu de tout effet.

3. — Il peut être invoqué à titre de **preuve**.

Dans ce cas, la force probante appartient à la décision judiciaire étrangère en qualité "d'acte public et authentique" faisant foi des constatations de fait qu'elle comporte et au sujet desquelles il n'existe pas de contestation².

Ainsi, d'après Rigaux³, la force probante d'un jugement étranger d'adjudication consiste à faire foi en Belgique du transfert de propriété qu'il constate.

*) *Avocat au Barreau du Bruxelles.*

**) *Avocat au Barreau de Bruxelles. Assistant en droit international privé à l'Université libre de Bruxelles.*

1) *Voy. ég. Convention de la Haye sur la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale du 1^{er} février 1971. Cette Convention n'a été ratifiée ni par la Belgique ni par la Turquie.*

1a) *Voy. infra, n° 15.*

2) *RIGAUX, "L'efficacité des jugements étrangers en Belgique", in Journal des Tribunaux, 1960, p. 302 et suiv.; voy. ég. Rigaux, Droit international privé, Bruxelles, Larcier, t.1, Théorie générale, 1977, n° 212; Cassation Belgique, 28 janvier 1943, Pasicrisie, 1943, I, 43; Conclusions du Procureur Général W. Ganshof van der Meersch, Journal des Tribunaux, 1973, 390 et suiv.*

3) *"L'efficacité des jugements étrangers en Belgique", p. 303.*

2° — Fait.

4. — La décision judiciaire étrangère peut également être envisagée comme un simple "fait" dont le juge peut devoir tenir compte.

A cet égard, le Doyen Rigaux⁴ signale l'exemple français suivant : l'incapacité d'exercer en France une profession déterminée résulte, suivant la loi française, de certaines condamnations pénales. Ici, la décision étrangère de condamnation est le "fait" sur lequel la loi française s'appuie pour interdire l'exercice en France d'une profession.

5. — Ces deux effets du jugement étranger ne sont soumis à aucune condition. Dans ces cas, l'autorité compétente est le tribunal saisi du litige au cours duquel le jugement étranger est invoqué.

* * *

II. LA RECONNAISSANCE DES DECISIONS JUDICIAIRES ETRANGERES EN DROIT COMMUN BELGE

6. — D'après le Doyen Rigaux⁵, la reconnaissance suppose que l'Etat requis, en l'espèce la Belgique, "accueille dans son propre réseau d'autorités et de juridictions" les effets que la décision judiciaire produit dans le pays d'origine, par exemple en Turquie.

Comme en droit turc, il n'existe pas en droit commun belge d'action en reconnaissance, à titre principal⁶.

La reconnaissance d'un jugement étranger intervient généralement, à titre d'exception, dans le cadre d'un litige se déroulant devant les juridictions belges. Dans ce cas, une des parties au procès se prévaut du jugement étranger pour faire échec à la nouvelle action introduite en Belgique entre les mêmes parties et qui porte sur le même objet et la même cause⁷.

7. — De même qu'en droit turc, la loi belge n'organise pas les conditions de la reconnaissance. Celles-ci ont été dégagées par la doctrine et la jurisprudence, par analogie aux dispositions légales relatives à

l'exécution⁸ des décisions judiciaires étrangères.

8. — La reconnaissance n'est soumise à aucune condition de forme ni de procédure.

9. — Mais seules les décisions judiciaires étrangères concernant l'état et la capacité des personnes sont reconnues de plein droit, à la condition de satisfaire aux conditions requises pour l'exécution.

Depuis l'arrêt de la Cour de Cassation du 29 mars 1973⁹, ces décisions ont l'autorité de la chose jugée, erga omnes, si elles satisfont aux cinq conditions de l'article 570 du Code judiciaire¹⁰.

10. — Dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt du 29 mars 1973, les faits étaient

4) "L'efficacité des jugements étrangers en Belgique", p. 303; pour un exemple en matière de bigamie voy. RIGAUX, *Droit international privé*, op. cit., n° 213.

5) *Droit international privé*, op. cit., n° 209.

6) L'action en reconnaissance à titre principal est par contre prévue dans la Convention CEE du 27 septembre 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions, entrée en vigueur en Belgique depuis le 1er février 1973; voy. sur cette Convention, Droz, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché Commun (Etude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)*, Paris, Dalloz, 1972; WESER, *Convention communautaire sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions, complété par l'étude des droits internes et des traités bilatéraux des Etats contractants*, Paris, Pédone, Bruxelles, CIDC, 1975.

7) L'article 23 du Code judiciaire belge prévoit en effet que "L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet de la décision. Il faut que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité."

8) Article 570 du Code judiciaire belge, voy. *infra*, n° 15.

9) *Journal des Tribunaux*, 1973, 395 et suiv.

10) voy. sur ces conditions, *infra*, n° 15. A noter que la matière d'état et de capacité des personnes est exclue du champ d'application de la Convention CEE du 27 septembre 1968.

les suivants: l'époux belge avait introduit une procédure en divorce contre son épouse belge devant le tribunal de Lubumbashi (Zaïre). Celui-ci prononce le divorce aux torts de l'épouse. Sur appel, la Cour d'Appel de Lubumbashi déboute l'époux de sa demande. Entretiens, l'épouse assigne son époux en Belgique devant le Tribunal de Mons qui admet le divorce par défaut aux torts de l'époux. Sur opposition et appel, le Tribunal de Mons puis la Cour d'Appel de Bruxelles autorisent le divorce aux torts réciproques des parties.

L'épouse se pourvoit devant la Cour de Cassation en invoquant notamment le motif que la décision étrangère zaïroise **"qui avait décidé que le comportement de la demanderesse ne présentait pas un caractère grave et outrageant suffisant pour justifier l'action en divorce exercée contre elle"**, faisait obstacle à l'introduction d'une action en divorce fondée sur les mêmes faits en Belgique.

Suivant l'avis de son Procureur Général, la Cour de Cassation de Belgique considère que

"les jugements régulièrement rendus par un tribunal étranger, relativement à l'état des personnes, même de nationalité belge, produisent leurs effets en Belgique, indépendamment de toute déclaration d'exequatur, sauf si l'on s'en prévaut pour des actes d'exécution sur les biens ou de coercition sur les personnes;"¹¹

"Qu'ils ne sont toutefois tenus, en Belgique, pour régulièrement rendus que s'ils satisfont aux conditions énoncées dans l'article 570 du Code judiciaire;

Attendu qu'un tel jugement jouit en Belgique, s'il remplit ces conditions, de l'autorité de la chose jugée, même à l'égard des tiers; Que cette autorité s'attache à toute décision fixant l'état d'une personne, que ce soit par l'accueil ou le rejet d'une action relative audit état;

Que, dans l'espèce, la décision étrangère, après avoir analysé les éléments de la cause, relève qu'au moment où des faits suspects ont été constatés à charge de la deman-

deresse, son mari l'avait abandonnée depuis plus d'un an et lui avait notifié sa volonté irrévocable de ne plus reprendre la vie commune;

Que l'attitude injurieuse d'un époux peut, en dehors des cas limitativement énumérés par l'arrêt, constituer une atténuation des fautes de son conjoint, leur enlevant le caractère d'injure grave;

Que l'appréciation de cet élément gît en fait et qu'en matière de jugement concernant l'état d'une partie, il n'appartient pas au juge belge de substituer son opinion à l'appréciation du juge étranger".

En conséquence, la Cour de Cassation casse l'arrêt de la Cour d'Appel de Bruxelles qui a procédé à une révision au fond en substituant sa propre appréciation quant à l'attitude de l'épouse, à celle du juge zaïrois.

11. — Pourquoi accorder un régime plus favorable aux jugements relatifs à l'état et la capacité des personnes?

Comme l'écrivent Batiffol et Lagarde, "l'état et la capacité, leur permanence nécessaire, appellent l'autorité générale des jugements qui les fixent".¹²

C'est ainsi que déjà dans son arrêt du 9 mai 1900¹³, la Cour de Cassation de France précise que "l'annulation d'un mariage légalement et définitivement prononcée doit être à l'abri de toute attaque soit de la part des tiers, soit de la part des époux, parce que l'état des personnes ne peut demeurer incertain".

11) *Comp. en France, l'arrêt de la Cour de Cassation du 3 mars 1930 (Sirey, 1930, I, 377, note Niboyet) qui énonce que "les jugements rendus par un tribunal étranger relativement à l'état et à la capacité des personnes produisent leurs effets en France indépendamment de toute déclaration d'exequatur, sauf les cas où ces jugements doivent donner lieu à des actes d'exécution matérielle sur les biens ou de coercition sur les personnes"*.

12) *Droit international privé, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, t. II, 1976, n° 743.*

13) *SIREY, 1901, I, 186.*

C'est la raison pour laquelle la Cour de Cassation de Belgique a admis que les décisions judiciaires en matière d'état et de capacité sont dispensées de toute procédure d'exequatur¹⁴, sous réserve d'un contrôle identique à celui exigé pour l'exequatur¹⁵ mais à l'exclusion du pouvoir de révision.

12. — En outre, l'autorité de la chose jugée qui s'attache aux décisions étrangères ayant statué sur l'état ou la capacité des personnes, en raison de l'indivisibilité de la matière, s'exerce erga omnes, c'est-à-dire non seulement entre parties mais également à l'égard des tiers¹⁶.

13. — Il résulte de ce qui précède qu'un jugement turc de divorce entre un Turc et une Belge, permet d'opposer — sans procédure et sous le seul contrôle des cinq conditions de l'article 570 du Code judiciaire — l'exception de la chose jugée dans le cadre d'une nouvelle procédure en divorce introduite en Belgique par l'épouse belge, par exemple. De même, ce jugement sous le seul contrôle indiqué ci-dessus — permet le remariage en Belgique de chacun des époux.

* * *

III. L'EXECUTION DES DECISIONS JUDICIAIRES ETRANGERES EN DROIT COMMUN BELGE

14. — Pour avoir force exécutoire en Belgique la décision judiciaire étrangère doit être revêtue de l'exequatur.

15. — L'article 570 du Code judiciaire belge (16a) subordonne l'exequatur des jugements étrangers à cinq conditions:

- 1° — le jugement étranger ne doit pas être contraire aux principes de l'ordre public international belge ni au droit public;
- 2° — les droits de la défense ont été respectés;
- 3° — il faut que le tribunal étranger n'ait pas été uniquement compétent en raison de la nationalité du demandeur;

4° — la décision étrangère est passée en force de chose jugée;

5° — l'expédition de la décision étrangère réunit les conditions nécessaires à son authenticité.

16. — A noter que les trois premières conditions sont examinées au regard du droit belge tandis que les deux dernières se vérifient conformément au droit de l'Etat dont émane la décision judiciaire.

1° — L'ordre public international belge et droit public belge.

17. — L'ordre public international belge a été défini par un arrêt déjà ancien de la Cour de Cassation de Belgique du 4 mai 1950¹⁷.

14) *Hormis pour les actes d'exécution matérielle sur les biens ou de coercition sur les personnes.*

15) *Ce sont les cinq conditions de l'article 570 du Code judiciaire, voy. infra, n° 15.*

16) *Arrêt du 29 mars 1973 et conclusions du Procureur Général W. Ganshof van der MEERSCH, Journal des Tribunaux, 1973, p. 396 et 394; voy. cep. BORN, "La contribution de l'arrêt de la Cour de Cassation du 29 mars 1973 au perfectionnement de la théorie de l'efficacité en Belgique des jugements étrangers", Journal des Tribunaux, 1975, 521, qui nuance cet effet en précisant que l'autorité de la chose jugée s'impose "erga omnes" chaque fois "que la loi du for d'origine du jugement étranger lui reconnaît une autorité aussi étendue".*

16a) *Le Code judiciaire belge a été promulgué par la loi du 10 octobre 1967, parue au Moniteur belge du 31 octobre 1967. Il est entré en vigueur le 1er novembre 1970.*

17) *PASICRISIE, 1950, I, 624, Clunet, 1952, 284 et 802, note Philonenko; comp. en France, l'arrêt de la Cour de Cassation du 25 mai 1948, Revue critique droit international privé, 1949, 89, d'après lequel l'ordre public international est constitué de "principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue"; sur la distinction à faire entre ordre public international et loi de police, voy. Vander ELST, Les lois de police et de sûreté en Droit International Privé Français et Belge, Paris, Sirey, Bruxelles, Parthenon, 1953, n° 28 et 29.*

La Cour de Cassation a précisé qu'une loi d'ordre public interne n'est d'ordre public international que pour autant que le législateur belge ait entendu consacrer par celle-ci un principe qu'il considère comme essentiel à l'ordre moral, politique ou économique établi.

C'est ainsi que la Cour de Cassation a rappelé que n'est pas contraire à l'ordre public international belge, l'établissement de la filiation naturelle dans des cas non prévus par la loi belge.

18. — Récemment, la Cour de Cassation de Belgique en son arrêt du 25 octobre 1980¹⁸ a rappelé que n'est pas contraire à l'ordre public international belge, la décision judiciaire allemande qui a accueilli l'action alimentaire d'un enfant naturel en se fondant sur des modes de preuve de la paternité différents de ceux admis en droit belge (il s'agissait en l'espèce d'une déclaration sous serment de la mère naturelle). Par contre, l'on a refusé l'application d'une loi étrangère —loi soudanaise— comme étant contraire à l'ordre public international car elle privait l'enfant de toute filiation^{18a}.

19. — Mais, l'on admet que des répudiations prononcées à l'étranger ne soient pas considérées comme contraires à l'ordre public si les droits de défense de l'épouse ont été respectés¹⁹.

20. — Toutefois, on devrait considérer comme contraire à l'ordre public international belge, une décision étrangère qui priverait par exemple une épouse de toute capacité juridique²⁰.

Dans ce cas, la décision étrangère ne serait pas susceptible d'être exécutée en Belgique.

21. — A noter que l'ordre public international n'intervient qu'à titre d'exception²¹ et en matière de reconnaissance et d'exécution des décisions étrangères, sous la forme "d'effet atténué".

Des exemples cités, il résulte en effet que l'ordre public international belge tolère "la reconnaissance d'un droit né à l'étranger

alors cependant qu'il "n'aurait pas" toléré la naissance de ce droit en Belgique".²²

18) *Journal des Tribunaux*, 1980, 560. A noter que dans cet arrêt, l'exécution de la décision judiciaire était soumise aux conditions de la Convention de La Haye du 15 avril 1958 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires à l'égard des enfants, qui prévoit en son article 2,5 l'exception de l'ordre public international. La Convention de 1961 est toujours en vigueur en Belgique. Contrairement à la Turquie, la Belgique n'a pas encore ratifié la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions relatives aux obligations alimentaires.

18a) Bruxelles, 30 juin 1981, observations N. WATTE, *Journal des Tribunaux*, 1981, 723 à 726.

19) Tribunal de Bruxelles, 13 mars 1971, *Journal des Tribunaux*, 1975, 171; Cour d'Appel de Bruxelles, 17 décembre 1974, *Journal des Tribunaux*, 1975, 279; sur cette question, voy. LENOBLE, "La répudiation en droit international privé belge", *Journal des Tribunaux*, 1975, 165 à 169; En France, Cour de Cassation, 22 janvier 1951, *Revue critique droit international privé*, 1951, 170; sauf si elles méconnaissent "le principe de l'égalité, en droit de l'homme et de la femme" ou établissent des "discriminations en fonction du sexe". Voy. en ce sens, 2 arrêts de la Cour d'Appel de Bruxelles du 30 juin 1981, *Journal des Tribunaux* 1981, p. 655 et suiv, observations M. Taverne.

20) WATTE, *Les conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux*, Répertoire National, Livre XIV, Droit international privé, deuxième partie, n° 80. 5, à paraître; l'art. 213, al. 3 du Code civil belge prévoit en effet que le mariage ne modifie pas la capacité juridique des époux.

21) RIGAUX, *Droit international*, op. cit., n° 470, part. n° 490 et 491.

22) Vander ELST, *Règles générales des conflits de lois dans les différentes matières de droit privé*, Répertoire Notarial, Livre XIV, Droit international privé, première partie, Bruxelles, Larquier, 1977, N° 120. 2; BATIFFOL-LAGARDE, *Droit international privé*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, t. I, 1974, n° 367.

22. — L'article 570 du Code Judiciaire prévoit également que la décision étrangère ne peut être contraire aux principes du droit public belge.

La condition particulière du respect du droit public a parfois été critiquée parce qu'elle sort du champ d'application du droit international privé²³.

Elle rappelle qu'un jugement étranger "ne pourrait entraîner la mise en oeuvre, pour son exécution, d'un organisme de droit public belge, qui en vertu de la loi belge n'a pas cette mission"²⁴.

23. — Le Professeur Vander Elst, dans son Cours de droit international privé²⁵, donne l'exemple d'une décision étrangère attribuant l'exercice de la tutelle d'un enfant au juge. Cette décision ne pourra être exécutée en Belgique car elle porte atteinte au droit public belge. En effet, le droit public belge n'attribuant pas un tel pouvoir au juge belge, cette tutelle ne pourra pas être exercée en Belgique par un juge.

2° — Les droits de la défense.

24. — D'après l'article 570, 2° du Code judiciaire, les juridictions belges ne peuvent accorder l'exequatur à une décision étrangère si les droits de la défense ont été violés.

Contrairement à l'ordre public international qui constitue une exception²⁶, le respect des droits de la défense constitue une règle²⁷.

Il faut, par exemple, que l'acte introductif d'action à l'étranger ait été régulier, que le défendeur ait été valablement représenté,....

3° — Compétence du juge étranger.

25. — Le juge belge saisi d'une demande d'exequatur doit également examiner "si le tribunal étranger n'est pas uniquement compétent à raison de la nationalité du demandeur"²⁸.

Cette disposition vise notamment le cas des litiges portés en France sur la base de l'article 14 du Code civil français²⁹.

Dans ce cas, le juge belge pourra refuser l'exequatur à la décision française.

26. — Par contre, si la compétence du juge étranger n'est pas uniquement fondée en raison de la nationalité du demandeur, le juge belge ne peut refuser l'exequatur pour le motif que le juge étranger n'est pas compétent au regard des règles belges de conflits de juridictions³⁰.

4° & 5° — Force de chose jugée et authenticité.

27. — Le juge belge doit enfin examiner si la décision étrangère est passée en force de chose jugée à l'étranger. Pour ce faire, il consulte la loi étrangère.

Il en est de même pour apprécier si l'expédition de la décision étrangère réunit les conditions d'authenticité.

23) *Le respect du droit public belge figurait déjà à l'article 10 de la loi du 25 mars 1876.*

24) *Rapport du Commissaire royal à la réforme judiciaire, p. 133 et 134, cité par le Procureur Général Ganshof Van Der Meersch, Journal des Tribunaux, 1973, p. 392.*

25) *Droit international privé, Bruxelles, Presses universitaires de Bruxelles, 17^e éd., 1981-82, 205.*

26) *voy. supra, n° 21.*

27) *BAUGNIET et WESER, "L'exequatur des jugements, des sentences et des actes authentiques", in Rapports belges au VIII^e Congrès International de droit comparé à Pescara, Bruxelles, C.I.D.C., 1970, 205 et 206.*

28) *Article 570, 3° du Code judiciaire.*

29) *L'article 14 du Code civil français prévoit en effet que "l'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français pour l'exécution des obligations par lui contractées en France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français". Cette disposition — qui a été fortement étendue par la jurisprudence — permet à un Français d'attirer devant les juridictions françaises un étranger, en toutes matières, à l'exception des actions réelles immobilières et des voies d'exécution. Une compétence similaire existe également au Grand Duché de Luxembourg.*

30) *BAUGNIET - WESER, op. cit., 200 et 201.*

6° — Révision au fond.

28. — L'article 570 du Code judiciaire prévoit expressément la révision au fond³¹. Il s'agit pour le juge belge de vérifier "la manière dont la juridiction étrangère a tranché les points de fait et de droit qui lui étaient soumis".³²

29. — En matière de jugements étrangers, relatifs à l'état des personnes, la doctrine belge considère toutefois que la révision au fond est proscrite³³.

7° — Effets de l'exequatur.

30. — Le juge belge saisi d'une demande d'exequatur d'un jugement étranger ne peut qu'accorder ou refuser l'exequatur. Il peut toutefois accorder un exequatur partiel.

31. — Dès que la décision étrangère a obtenu l'exequatur, elle produit en Belgique les mêmes effets qu'une décision judiciaire belge.

Ainsi, si par exemple, le créancier turc a obtenu l'exequatur en Belgique d'une décision turque condamnant au paiement d'une pension alimentaire et que le débiteur belge s'est soustrait à ses obligations pendant plus de deux mois, il peut être poursuivi du chef d'abandon de famille sur la base de l'article 391bis du Code pénal belge et condamné à une amende et éventuellement à une peine d'emprisonnement de plusieurs mois³⁴.

8° — Procédure d'exequatur.

32. — La procédure d'exequatur est introduite par voie d'assignation devant le Tribunal de Première Instance. Ce dernier est compétent "quelle que soit la valeur du litige". Quant à la compétence *ratione loci*, il faut s'adresser au tribunal dans l'arrondissement duquel la décision sera exécutée.

33. — Les frais sont assez élevés. Ils comprennent les frais d'assignation, de mise au rôle, de traduction. A noter que les honoraires des avocats sont toujours supportés par chacune des parties.

1° — Cautio judicatum solvi.

34. — L'article 851 du Code judiciaire prévoit que le Belge peut obtenir de l'étranger demandeur une caution afin de garantir "les frais et dommages-intérêts résultant du procès".

35. — De nombreuses conventions suppriment la caution quand l'étranger est ressortissant d'un Etat Contractant. Il en est ainsi, par exemple, de l'article 45 de la Convention C.E.E. du 27 septembre 1968; de l'article 9,2 de la Convention de New York du 20 juin 1956; de l'article 9,2 de la Convention de La Haye du 15 avril 1958.

31) *La revision au fond est généralement exclue dans les Traités voy par exemple, l'article 29 de la Convention CEE du 27 septembre 1968; l'article 12 de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 relative à la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'aliments). Elle a été supprimée en France depuis l'arrêt de la Cour de Cassation du 7 janvier 1964, Revue critique droit international privé, 1964, 344.*

32) RIGAUX, *Droit international privé, op. cit., n° 227.*

33) RIGAUX, "L'efficacité des jugements étrangers en Belgique", *Journal des Tribunaux*, 1960, p. 285 à 292, part. n° 15; Born, *op. cit., n° 40 et 41, citant l'arrêt de la Cour de Cassation du 29 mars 1973 qui interdit "au juge belge de substituer son opinion à l'appréciation du juge étranger"*; VERHOEVEN, *Rev. belge droit international*, 1970, 682; citant un arrêt de la Cour de Liège du 11 mars 1971 paru dans *Jurisprudence de la Cour d'Appel de Liège et des juridictions de son ressort, 1970-1971, 227.*

34) *L'article 391 bis du Code pénal prévoit que: "Sera punie d'un emprisonnement de huit jours à six mois et d'une amende de 50 à 500 francs ou d'un de ces peines seulement, sans préjudice s'il y a lieu, de l'application de sanctions pénales plus sévères, toute personne qui, ayant été condamnée par une décision judiciaire qui ne peut plus être frappée d'opposition ou d'appel, à fournir une pension alimentaire à son conjoint, à ses descendants ou à ses ascendants sera volontairement demeurée plus de deux mois sans en acquitter les termes".*

2° — Assistance judiciaire.

36. — L'article 667 du Code judiciaire réserve le bénéfice de l'assistance judiciaire aux Belges lorsqu'ils justifient de l'insuffisance de leurs revenus.

37. — Mais de nombreuses conventions dérogent à ce principe et accordent l'assistance judiciaire aux étrangers³⁵.

30. — Signalons que la Turquie et la Belgique sont toutes deux parties à la Convention de New York du 20 juin 1956 sur le recouvrement des aliments à l'étranger et la Convention de La Haye du 15 avril 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants.

* * *

IV. CONCLUSIONS

30. — Il résulte de ce qui précède qu'à l'exception des jugements turcs en matière d'obligations alimentaires et ceux relatifs à l'état et à la capacité des personnes, les décisions judiciaires turques ne bénéficient

pas, en Belgique, de l'autorité de plein droit de la chose jugée.

Pour ce faire, elles doivent être soumises à la procédure de l'exequatur qui est relativement longue et coûteuse. Le pouvoir de révision, accordé en outre au juge national, permet en Belgique de refaire "le procès étranger".

40. — C'est dans ces conditions, que l'on ne peut que souhaiter, en vue d'assurer aux individus une meilleure protection de leurs droits respectifs, que la Belgique et la Turquie adhèrent et ratifient les Conventions internationales existantes et/ou concluent un Traité bilatéral fixant les conditions communes de reconnaissance et d'exécution.

* * *

35) voy. par exemple, l'article 9,1 de la Convention de La Haye du 15 avril 1958; l'article 9,1, de la Convention de New York du 20 juin 1956; l'Accord de Strasbourg du 27 janvier 1977 sur la transmission des demandes d'assistance judiciaire entré en vigueur en Belgique le 11 juin 1978; les articles 44 et 47 de la Convention C.E.E. du 27 septembre 1968.

TÜRK YARGI KARARLARININ BELÇİKA HUKUKUNDA TANINMASI VE TENFİZİ*

Çeviren : Prof. Dr. Nihal ULUOCAK**

I. GİRİŞ

1. — Yabancı kararların tanınması ve tenfizine ilişkin Belçika hukukunun incelenmesinde, konu itibarıyla büyük yarar vardır.

Nitekim Belçika ve Türkiye bu konuda iki taraflı bir sözleşme aktetmemişlerdir. Bununla beraber her iki Devlet, çocuklara karşı nafaka yükümlülüğüne ilişkin kararların tanınması ve tenfizi hakkındaki 15 nisan 1958 tarihli Lahey Sözleşmesiyle bağlıdır.

Belçika —Türkiyenin aksine— nafaka yükümlülüklerine dair kararların tanınması ve

tenfizine ilişkin 2 ekim 1973 tarihli Lahey Sözleşmesini henüz onaylamamıştır¹.

Netice olarak, bu konular dışında Türk mahkemelerinin kararlarının tanın-

* Bkz. yukarıda, Moni VAN LOOK - N. WATTE'in adı geçen makalesi, 40 vd.

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Hususi Hukuku Kürsüsü öğretim üyesi.

1) bkz. Yabancı mahkemelerden verilen hukuk ve ticarete ilişkin kararların tanınması ve tenfizine dair 1 şubat 1971 Lahey Sözleşmesi. Bu Sözleşmeyi Belçika ve Türkiye onaylamamıştır.

ması ve tenfizine Belçika'da genel hukuk kuralları uygulanmaktadır.

2. — Hal ve ehliyetle ilişkin olup, Usul Hukuku Kanununun 570. maddesindeki beş şartın yerine getirilmiş olması kaydile^{1a}, Belçikada, hatta üçüncü kişilere karşı dahi kesin hüküm kuvvetini haiz olan yabancı kararlar istisna edilirse, yabancı mahkeme kararları belçika hukukunda tenfiz kararı alınmadan, kesin hüküm kuvvetinden yararlanamazlar.

1° — İspat gücü

Yabancı mahkeme kararı her türlü sonuçtan da mahrum değildir.

3. — Karar delil olarak ileri sürülebilir.

Bu durumda, ispat gücü yabancı mahkeme kararına "resmi senet" niteliğinden ötürü ait olmakta ve karar içerdiği maddî saptamaların doğruluğunu teyit etmesi nedeniyle, bu hususlar hakkında herhangi bir ihtilâf bahis konusu edilmemektedir².

Bundan dolayı, Rigaux'ya göre³ müzayede yolile satıma ilişkin bir yabancı mahkeme kararının ispat gücü, saptadığı mülkiyetin intikalini Belçikada kanıtlamaya ilişkindir.

2° — Maddî vakıa

4. — Yabancı yargı kararı aynı zamanda, yargıcın nazarı itibare alabileceği sadece bir "maddî vakıa" olarak ta mütalâa edilebilir.

Bu açıdan Dekan Rigaux⁴ şu Fransız örneğini zikretmektedir: Fransada muayyen bir meslek icrasına dair ehliyetsizlik, Fransız hukukuna göre, bazı cezaî mahkumiyet sonucu meydana gelmektedir. Burada, yabancı mahkûmiyet kararı, Fransız kanununun Fransada bir mesleğin icrasını engellemek için istinat ettiği "maddî vakıa"dır.

5. — Yabancı mahkeme kararı herhangi bir şarta bağlı olmadan bu iki sonucu doğurur. Bu durumda yetkili merci, yabancı kararın ileri sürüldüğü görülmekte olan ihtilâfa bakan mahkemedir.

* * *

II. BELÇİKA HUKUKUNDA YABANCI YARGI KARARLARININ TANINMASI

6. — Dekan Rigaux'ya göre⁵, tanıma kendisine baş vurulan Devletin, konumuz iti-

barile Belçikanın, yabancı yargı kararının verildiği ülkede, örneğin Türkiyede doğurduğu sonuçları, "bizatihi kendi mercileri ve yargı organlarının tümünde kabul etmesi" demektir.

Türk hukukunda olduğu gibi belçika hukukunda da başlı başına tanıma davası mevcut değildir⁶.

Yabancı bir mahkeme kararının tanınması belçika yargı organlarında görülmekte olan bir dava esnasında, bu kararın genellikle bir def'i olarak ileri sürülmesiyle, bahis konusu olur. Bu durumda dava taraflarından biri, Belçika'da, aynı taraflar arasında, ve aynı konu ve sebebe dayanan yeni bir davanın açılmasını önlemek için yabancı mahkeme kararından yararlanır⁷.

2) RIGAUX, "L'efficacité des jugements étrangers en Belgique" (yabancı kararların Belçikada etkinliği), in *Journal des Tribunaux*, 1980, s. 302 ve dev; bkz. gine RIGAUX, *Droit international privé*, Bruxelles, Larcier, t. 1, *Théorie générale*, 1977, no. 212; *Cassation Belgique*, 28 ocak 1943, *Pasicrisie*, 1943, I, 43; *Conclusion du Procureur Général W. Ganshof van der Meersch*, *Journal des Tribunaux*, 1973, 390 ve dev.

3) "L'efficacité des jugements étrangers en Belgique", s. 303.

4) *idem*, s. 303; çok evlilik hakkında bir örnek için bkz. RIGAUX, *DIP*, op. cit. no. 213.

5) *DIP*, op. cit. no. 209.

6) Buna rağmen tanıma ilişkine ilişkin başlı başına dava, 27 eylül 1968 tarihli, yargı yetkisi ve kararların tenfizine dair olup, Belçikada 1 subat 1973 den beri yürürlükte olan AET Sözleşmesinde öngörülmüştür; bkz. bu Sözleşme için, DROZ, *Compétence Juridiciaire et effets des jugements dans le Marché Commun (Etude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)*, Paris, Dalloz, 1972; WESER, *Convention Communautaire sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions, complété par l'étude des droits internes et des traités bilatéraux des Etats contractants*, Paris, Bruxelles, CIDC, 1975.

7) Nitekim Belçika Usul Kanununun 23. maddesine göre: "Kesin hüküm kuvveti ancak karar konusu olay hakkında bahis konusudur. Talep olunan şey aynı olmalı; talep aynı sebebe dayanmalı; talep aynı taraflar arasında ve onlar tarafından ve vekdiğerine karşı aynı sıfatla yapılmış olmalıdır".

7. — Türk hukukunda olduğu gibi Belçika kanunu tanımanın şartlarını düzenlememiştir. Bunlar doktrin ve içtihat tarafından yabancı yargı kararlarının tenfizine⁸ ilişkin kanun hükümlerinden kıyas yolu ile çıkarılmıştır.

8. — Tanıma hiçbir şekle ve usule tabi değildir.

9. — Ancak, sadece kişilerin hal ve ehliyetine dair yabancı yargı kararları tenfiz için öngörülen şartlar yerine getirilmiş ise, doğrudan tanınabilirler.

Yüksek Mahkemenin 29 mart 1973 tarihli kararından⁹ bu yana bu kararlar Hukuk Usulü Kanununun 570. maddesindeki beş şarta uyulmuş ise¹⁰, erga omnes kesin hüküm kuvvetini haiz olurlar.

10. — 29 mart 1973 tarihli karar konusu olan olaylar şöyle idi: belçikalı koca belçikalı karısına karşı Lubumbashi (Zaire) mahkemesinde bir boşanma davası açmıştı. Mahkeme kadın eş aleyhine boşanmaya karar verir. Karara karşı bir üst mahkemeye itiraz edilmesi sonucu (istinaf), Lubumbashi İstinaf Mahkemesi kocanın talebini reddeder. Bu arada kadın eş kocası aleyhine Belçikada, Mons Mahkemesinde dava açar, mahkeme koca aleyhine, gıyabında boşanmaya karar verir. İtiraz ve istinaf sonucu, Mons mahkemesi, daha sonra Brüksel İstinaf Mahkemesi tarafları karşılıklı kusurlu bularak, boşanmayı kabul ederler.

Kadın eş kararı Yüksek Mahkeme nezdinde temyiz eder ve yabancı Zaire kararının dayandığı gerekçeyi ileri sürerek, ki buna göre: "davacı karının tutumunun, kendi aleyhine ikame edilmiş boşanma davasını haklı kılmaya yetecek ağırlık ve tahkir edici nitelik taşımadığı kararlaştırılmıştır", aynı maddi vakıalara dayanılarak Belçikada bir boşanma davası açılmıyacağını beyan eder.

Yüksek Mahkeme, Başkanunsözcüsünün mütaâlasına uyarak, şu hususları gerekçesinde nazara alır:

"Yabancı bir mahkemeden usulüne uygun olarak kişilerin hal ve ehliyetine dair, hatta belçika vatandaşı olsalar dahi, verilmiş kararlar, mallar üzerinde, herhangi bir icrai veya kişiler hakkında zecrî yaptırıma mahal

vermemek şartıyla, tenfiz kararına bağlı olmaksızın Belçikada sonuç doğururlar"¹¹

"Bununla beraber bu kararlar ancak Hukuk Usulü Kanununun 570. maddesinde belirtilen şartlara uygun iseler, Belçikada usulüne uygun olarak verilmiş kabul edilirler;

Böyle bir karar, bu şartlara uyulmuş ise, Belçikada, hatta üçüncü kişilere karşı dahi kesin hüküm kuvvetini haizdir;

Bu kuvvet bir kişinin halini saptıyan her karar hakkında, bu karar belirtilen hale ilişkin bir davanın ister kabulüne, ister reddine dair olsun, bahis konusu edilir.

Olayda yabancı karar, sebebi oluşturan unsurları inceledikten sonra, karı aleyhine kuşku doğuran maddi vakıaların tesbiti esnasında, kocasının bir yıldan fazla kendisini terkettiğini ve kendisile yeniden müşterek hayata dönmiyeceğine dair kesin iradesini bildirdiğini, tebarüz ettirmiştir;

Bir kocanın tahkir edici tutumu, kararda sınırlı olarak sayılan haller dışında, karının kusurlarını, bunların ağır hakaret niteliğini kaldırarak, hafifletir;

Bu unsurun takdiri bir maddi vakıa teşkil eder ve taraflardan birinin haline ilişkin karar hakkında yabancı yargıcın takdirine kendi görüşünü ikame etmek belçika yargıcına ait bir husus değildir".

Netice olarak Yüksek Mahkeme, Brüksel İstinaf Mahkemesinin, karının tutumuna ilişkin kendi takdirî görüşünü Zaire yargıcının görüşü yerine ikame ederek, kararı esas yönünden tetkike tabi kılan kararını, bozmuştur.

8) Belçika Hukuk Usulü Kanununun 570. maddesi, bkz: ileride no. 15.

9) Journal des Tribunaux, 1973, 385 ve dev.

10) Bu şartlar hakkında bkz. ileride no. 15. İşaret edelim ki kişilerin hal ve ehliyeti konusu 27 eylül 1968 tarihli AET Sözleşmesinin uygulama alanı dışında bırakılmıştır.

11) Krş. Fransada Yüksek Mahkemenin 3 Mart 1930 kararı (Sirey, 1930, I, 77, not Niboyet), bu karara göre, "kişilerin hal ve ehliyetine ilişkin yabancı bir mahkemeden verilen kararlar, Fransada tenfiz kararına bağlı olmaksızın sonuç doğururlar, şu kadar ki bunlar mallar üzerinde maddi yahut kişiler hakkında zecrî yaptırıma mahal vermesin".

11. — Kişilerin hal ve ehliyetine ilişkin mahkeme kararlarına neden daha müsait bir rejim tanınmalıdır?

Batiffol ve Lagarde'in yazdıkları gibi, "Hal ve ehliyetin sürekliliğinin zorunlu olması keyfiyeti, bunlara ilişkin mahkeme kararlarının her yerde yetkili kılınmaları sonucunu doğurur"¹².

Böylece Fransız Yüksek Mahkemesi daha 9 Mayıs 1900¹³ tarihli kararında, "**Bir evlenmenin hukuka uygun ve kesin olarak karar altına alınmış iptalinin, gerek üçüncü kişilerin, gerekse eşlerin her türlü tearruzundan masun olduğunu, çünkü kişilerin halinin belirsiz kalamıyacağını**" açıklamıştır..

Bu nedendir ki, Belçika Yüksek Mahkemesi hal ve ehliyetine dair yargı kararlarının tenfiz işlemine tabi olmadıklarını¹⁴, tenfiz için zorunlu olan benzer bir kontrol¹⁵ saklı kalmak, fakat kararı esaslan tetkik yetkisi bertaraf edilmek şartıyla, kabul etmiştir.

12. — Ayrıca kişilerin hal ve ehliyetini hükümlendiren yabancı kararların haiz oldukları kesin hüküm kuvveti, konunun bölünmezliği nedeniyle, erga omnes, yani sadece taraflar arasında değil fakat aynı zamanda üçüncü kişilere karşı da ileri sürülür¹⁶.

13. — Sözlerimizin sonucu olarak, bir türk erkeği ile belçikalı kadın arasındaki boşanma kararının —herhangi usule tabi olmadan ve sadece Usul Hukuku Kanununun 570. maddesindeki beş şartın kontrolü ile—örneğin Belçikada, belçikalı eş tarafından açılacak yeni bir boşanma davasının muhakemesi esnasında kesin hüküm def'i olarak ileri sürülmesi mümkün olacaktır.

* * *

III. BELÇİKA HUKUKUNDA YABANCI YARGI KARARLARININ TENFİZİ

14. — Yabancı yargı kararının Belçikada icrası, tenfiz kararı alınmasına bağlıdır.

15. — Hukuk Usulü Kanununun 570. maddesi^{16a} yabancı kararların tenfizini beş şarta bağlamıştır:

1° — Yabancı karar Belçikanın milletlerarası kamu düzeni prensiplerine, ne de kamu hukukuna aykırı olmamalıdır;

2° — Savunma haklarına uyulmuş olmalıdır;

3° — Yabancı mahkeme münhasıran davacının vatandaşlığı nedeniyle yetkili kılınmış olmamalıdır;

4° — Yabancı karar kesin hüküm kuvvetini kazanmış bulunmalıdır;

5° — Yabancı karar resmi şeklin gerekli şartlarına uygun ittihaz edilmiş olmalıdır.

16. — İşaret edelim ki, ilk üç şart belçika hukuku açısından incelenecek iken, son iki şartın geçerliliği ilâmı veren Devletin hukukuna uygun olarak saptanacaktır.

1° — Belçikanın milletlerarası kamu düzeni ve kamu hukuku

17. — Belçikanın milletlerarası kamu düzeni belçika Yüksek Mahkemesinin oldukça eski olan 4 Mayıs 1950 tarihli kararı ile tanımlanmıştır¹⁷.

12) *DIP, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, c. II, 1976, no. 743.*

13) *Sirey, 1901, I, 186.*

14) *Mallar üzerinde maddi yahut kişiler hakkında zecri uygulamalar hariç.*

15) *Hukuk Usulü Kanun 570. maddesindeki şartlardır, bkz. ileride no. 15.*

16) *29 mart 1972 t. karar ve Baskanunsözcüsü W. Ganshof Van der MEERSH'in iddianamesi, Journal des Tribunaux, 1973, s. 396 ve 394; bkz. BORN, "29 mart 1973 tarihli Yüksek Mahkeme kararının, yabancı mahkeme kararlarının Belçikada etkinliği teorisinin gelişmesine katkısı", Journal des Tribunaux, 1975, 521; yazar, bu etkiyi, kesin hüküm kuvvetinin "erga omnes" sonuç doğurmasının "yabancı kararı veren mahkeme kanununun bu karara böylesine şumullü bir otorite tanıdığı her halde zorunlu olacağını tasrih ederek, belirlemektedir.*

16a) *Belçika Usul Hukuku Kanunu 31 Ekim 1967 tarihli Belçika Monitör'ünde neşredilen, 10 ekim 1967 tarihli kanun ile kabul edilmiş, 1 Kasım 1970 de yürürlüğe girmiştir.*

17) *PASICRISIE, 1950, I, 624, Clunet, 1952, 284 ve 802, not PHILONENKO, karşı Fransada Yüksek Mahkemenin 25 Mayıs 1948 t. kararı, Rev. Crit. DIP, 1949, 89. Bu karara göre milletlerarası kamu düzeni "fransız (kamu) oyunda milletlerarası mutlak bir değer taşıdığı*

Yüksek Mahkeme, belçika kanun koyucusunun ahlakî, politik yahut ekonomik düzenin kurulmasında temel ittihaz ettiği bir prensibi mer'î kılmak istemesi halinde ancak, iç kamu düzeni kanununun milletlerarası kamu düzeninden sayılacağını tasrih etmiştir.

Bu nedenle Yüksek Mahkeme, evlilik dışı nesebin belçika kanununun öngörmediği hallerde kurulmasının belçika milletlerarası kamu düzenine aykırı olmadığına karar vermiştir.

18. — Yeni olarak Belçika Yüksek Mahkemesi 25 ekim 1980 tarihli kararında¹⁸ Belçika hukukunda kabul edilmiş olanlardan farklı, babalığın ispatına dair usullere dayanılarak (olayda evlilik dışı ananın yeminli beyanı bahis konus idi) açılan evlilik dışı bir çocuğun nafaka davasını kabul eden alman mahkemesi kararının belçikanın milletlerarası kamu düzenine aykırı olmadığını kabul etmiştir. Buna karşın milletlerarası kamu düzenine aykırı olduğu için, yabancı bir kanunun —Sudan Kanununun— uygulanması reddedilmiştir, çünkü bu kanun çocuğu her türlü nesepten yoksun kılmakta idi^{18a}.

19. — Fakat yabancı ülkede alınmış, evlilik birliğine tek taraflı irade ile son veren kararların (tatlik-répudiation) ancak karının savunma (müdafaa) haklarına riayet edilmiş ise, kamu düzenine aykırı olmayacağı kabul edilir¹⁹.

20. — Her halükârda, örneğin kadın eşi her türlü hukukî ehliyetten yoksun kılan bir yabancı karar, belçika milletlerarası kamu düzenine aykırı görülmektedir²⁰.

Bu ihtimalde yabancı karar Belçikada tenfiz edilme kabiliyetine sahip olamayacaktır.

21. — İşaret edelim ki, milletlerarası kamu düzeni ancak istisnaen²¹ ve yabancı kararların tanınması ve tenfizi hususunda "hafifletici etkiye" sahip olarak müdahale eder.

Verilen örneklerden çıkan sonuca göre, belçika milletlerarası kamu düzeni herne kadar "yabancı ülkede doğmuş bir hakkın tanınmasına müsamaha göstermekte ise de, bu hakkın Belçikada doğumuna müsaade etmeyecektir"²²

22. — Usul Hukuku Kanununun 570. maddesi yabancı kararın belçikanın kamu hukuku prensiplerine aykırı olmayacağını öngörmektedir.

kabul edilen genel adalet prensipleri"nden oluşmuştur; milletlerarası kamu düzeni ve emniyet ve asayiş kanunu arasındaki ayırım hakkında, bkz. Vander ELST, Fransız ve Belçika DHH da Emniyet asayiş kanunları, Paris, Sirey, Brüksel, Parthenon, 1956, no. 28 ve 29.

18) Journal des Tribunaux, 1980, 560. İşaret edelim ki bu kararda, mahkeme kararının tenfizi, çocuklara karşı nafaka yükümlülüğüne dair kararların tanınması ve tenfizine ilişkin 15 nisan 1958 tarihli Lahey Sözleşmesinin 2,5. maddesindeki milletlerarası kamu düzeni istisnasını öngören şartlara tabi kılınmıştı. 1961 tarihli Sözleşme Belçikada yürürlüktedir. Türkiyenin aksine, Belçika 2 ekim 1973 t. nafaka yükümlülüklerine dair kararların tanınması ve tenfizine dair Sözleşmeyi henüz onaylamamıştır.

18a) Brüksel, 30 haziran 1981; observations, N. WATTE, Journal des Tribunaux 1981, 723-726.

19) Brüksel Mahkemesi, 13 art 1971, Journal des Tribunaux, 1975, 171; Brüksel İstinaf Mahkemesi, 17 aralık 1974, Journal, idem 1975; bu konuda bkz: LENOBLE, Belçika DHH da tatbik, Journal, idem 1975, 165-169; Fransada Yüksek Mahkeme 22 ocak 1951 t. kararı, Rev. Crit. DIP, 1951, 170; "kadın-erkek hukukunda eşitlik ilkesini gözetmeleri yahut cinsiyet yönünden ayrıcalıklar ihdas etmemeleri koşulu ile". Bu anlamda bkz: Brüksel İstinaf Mahkemesinin 2 kararı, 30 haziran 1981 tarihli, Journal 1981, s. 655 ve dev. M. TA-VERNE'nin görüşleri.

20) WATTE, Mal rejimine ilişkin kanunlar ihtilafı, Répertoire Notarial, Livre XIV, Droit international privé, ikinci kısım, no. 80. 5, çıkmak üzere; Belçikada nitelik Mâdeni Kanununun 213/3. maddesi evlenmenin eşlerin hukuki ehliyetini değiştirmeyeceğini öngörmektedir.

21) RIGAUX, DIP, op. cit., no. 470, part. no. 490 ve 491.

22) Vander ELST, Hususi hukukun değişik konularında kanunlar ihtilafının temel kuralları, Répertoire Notarial, Livre XIV, birinci kısım, Brüksel, Larcier, 1977, no. 120, 2; BATIFFOL-LAGARDE, DIP, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, c. I, 1974, no. 367.

Kamu hukukuna saygınlığa ilişkin özel şart, bunun devletler hususi hukukunun uygulama alanı dışında kaldığı, gerekçesile tenkide uğramıştır²³.

Bu şart, yabancı bir mahkeme kararının "bizatihi kendi tenfizi için, böyle bir yetkiyi haiz olmıyan bir belçika kamu kuruluşunu faaliyet icrasına sevkedemeyeceği" anlamındadır²⁴.

23. — Profesör **Vander Elst**, Devletler hususi hukuku ders kitabında²⁶, bir çocuk hakkında vesayetin icrasına ilişkin bir yabancı karar örneğini veriyor. Bu karar Belçikada tenfiz edilemez, çünkü Belçika kamu hukukunu ihlâl etmektedir. Filhakika Belçika kamu hukuku Belçikalı yargıca böyle bir yetki vermediğine göre, bu vesayet Belçikada yargıç tarafından icra edilemeyecektir.

2° — Savunmaya ilişkin haklar

24. — Usul Hukuku Kanununun 570, 2°. maddesine göre Belçika mahkemeleri savunmaya ilişkin haklar ihlâl edilmişse yabancı bir karar hakkında tenfiz kararı vermezler.

Milletlerarası kamu düzeninin bir istisna oluşturmasına karşın²⁸ savunma haklarına riayet, bir kural niteliğindedir²⁷.

Örneğin, dava yabancı ülkede usulüne uygun açılmış, davalı makbul bir şekilde temsil edilmiş olmalıdır.

3° — Yabancı yargıcın yetkisi

25. — Tenfiz talebini alan Belçikalı yargıç, "yabancı mahkemenin sırf davacının vatandaşlığı nedeniyle yetkili olmadığı" hususunu da incelemek zorunluğundadır²⁸.

Bu hüküm bilhassa Fransız Medeni Kanununun 14. maddesine dayanılarak Fransada açılan davaları istihdaf etmektedir²⁹.

Bu durumda Belçikalı yargıç Fransız kararının tenfizini reddedebilecektir.

26. — Buna mukabil yabancı yargıcın yetkisi şayet münhasıran davacının vatandaşlığına dayanmıyorsa, Belçikalı yargıç kendi yargı ihtilâfı kurallarına göre yabancı yargıcın yetkili olmadığı gerekçesile, tenfizi reddedemez³⁰.

4° - 5° — Kesin hüküm kuvveti ve resmî şekil

27. — Nihayet Belçikalı yargıç yabancı

kararın yabancı ülkede kesin hüküm kuvvetini haiz olup, olmadığını incelemek zorunluğundadır. Bunu için yargıç yabancı kanuna bakacaktır.

Yargıç aynı yönde, yabancı kararın itti-hazında resmi şekil şartlarının gerçekleştirilmesi hususunu da değerlendirecektir.

6° — Esas yönünden inceleme

28. — Usul Hukuku Kanununun 570. maddesi açık olarak esas yönünden kararın incelenmesini öngörmektedir³¹. Bundan mak-

23) *Belçika kamu hukukuna riayet daha evvel 25 mart 1876 tarihli kanununun 10. madesinde yer almıştı.*

24) *Kraliyet komiserinin adli reforma ilişkin raporu, s. 133 ve 134, Başkanunsözcüsü Ganshof von der MEERSH tarafından zikredilen, Journal, 1973, s. 392.*

25) *DIP, Brüksel, Brüksel Üniversitesi yayınları, 17. bası, 1981-82, 205.*

26) *bkz. yukarıda, no. 21.*

27) *BAUGNIET ve WESER, "L'exequatur des jugements, des sentences et des actes authentiques" in Rapports belges au VIII Congrès International de droit comparé à Pescara, Bruxelles, C.I.D.C., 1970, 205, 206.*

28) *Hukuk Usulü K.nun 570, 3° maddesi.*

29) *Filhakika Fransız Medeni Kanununun 14. maddesine göre: "yabancı kişi Fransada mutaden bulunmasa dahi, Fransada aktettiği borçların icrası ya da yabancı ülkede Fransızlara karşı giriştiği borç yükümlülükleri için Fransız mahkemelerinde hakkında dava açılabilir". İctihat yolile oldukça şümüllü kılınan bu hüküm, bir Fransıza, taşınmazlara ilişkin aynı hak davaları ve icraen takip volları dışında, her türlü konuda bir yabancıyı kurnazlıkla Fransız mahkemelerine celbetme imkânını vermektedir Buna benzer bir yetki kuralı Lüksamburg Dükaliğında da mevcuttur.*

30) *BAUGNIET - WESER, op. cit., 200 ve 201.*

31) *Kararın esas yönünden incelenmesi genellikle sözleşmelerde yer almamaktadır (bkz. örneğin AET 27 evlül 1968 t. Sözleşmesinin 29. maddesi; nafaka yükümlülüğüne ilişkin kararların tanınması ve tenfizine dair 2 ekim 1973 t. Lahey Sözleşmesinin 12. madesi). Fransada Yüksek Mahkemenin 7 ocak 1964 t. kararı ile bu usul kaldırılmıştır, Rev. Crit. DIP. 1964, 344.*

sat, yabancı mahkemenin kendine arz edilen maddi olayları ve hukuki sorunları çözümlerken uyguladığı usulün Belçikalı yargıç tarafından incelenmesi, keyfiyetidir³².

29. — Hal ve ehliyetine ilişkin yabancı mahkeme ilâmları hususunda ise Belçika doktrini "révision"un kaldırıldığını kabul eder³³.

7° — Tenfizin sonuçları

30. — Yabancı bir mahkeme kararının tenfizi talebine el koyan Belçikalı yargıç, ya tenfizi kabul ya da reddeder. Bununla beraber yargıç tenfizi kısmen de kabul edebilir.

31. — Hakkında tenfiz kararı verilen bir yabancı ilâm, Belçikada, Belçikanın bir yargı organının kararı gibi aynı sonuçları doğurur.

Böylece, örneğin Türk alacaklı Belçikada nafaka ödenmesine mahkûmiyete ilişkin bir Türk ilâmının tenfizini elde ederse, ve Belçikalı borçlu iki aydan ziyade, bu yükümlülüğünden kaçınırsa, sonuncu, Belçika Ceza Kanununun 391. (bis) maddesine dayanılarak, aileyi terk suçundan takip ve bir para cezasına ve muhtemelen birkaç aylık hapis cezasına mahkum edilebilir³⁴.

8° — Tenfiz usulü

32. — Tenfiz için bidayet mahkemesine dava açılır. Bu mahkeme, ihtilâfın değeri ne olursa olsun, yetkilidir. Yer itibarıyla yetki açısından ise (ratione loci), kararın icra edileceği kaza dairesi yargı organına baş vurmaya gerekir.

33. — Masraflar oldukça yüksektir. Bunlara dava açma, dava listesine dahil edilme, tercüme masrafları dahildir. Belirtmek gerekir ki, avukatların ücretleri daima taraflarca üstlenilir.

1° — Cautio judicatum solvi.

34. — Usul Hukuku Kanununun 851. maddesi Belçikalının yabancı davacıdan "dava masrafları ve dava nedeniyle doğabilecek zarar-ziyanına karşı" teminat alabileceğini öngörmektedir.

35. — Pekçok sözleşme yabancı bir Akit Devlet vatandaşı olması halinde, teminatı kaldırmaktadır. Örneğin 27 Eylül 1968 tarihli AET Sözleşmesinin 45. maddesi; 20 ha-

ziran 1956 tarihli New York Sözleşmesinin 9/2. maddesi; 15 Nisan 1958 tarihli Lahey Sözleşmesinin 9/2. maddesi bu yöndedir.

2° — Adli yardım.

36. — Usul Hukuku Kanununun 667. maddesi adli yardımdan yararlanmayı, gelirlerinin yetersizliğini haklı kılan Belçikalılara hasretmiştir.

37. — Fakat birçok sözleşme bu prensipten sapmakta ve yabancılara adli yardım tanımaktadır³⁵.

38. — Belirtelim ki, Türkiye ve Belçika her ikisi de nafaka alacaklarının tahsiline dair 20 Haziran 1956 tarihli New York ve çocuklara karşı nafaka yükümlülüğüne ilişkin kararların tanınması ve tenfize dair 15 Nisan 1958 tarihli Lahey sözleşmelerine taraf-tırlar.

* * *

32) RIGAUX, DIP, op. cit., no. 227.

33) RIGAUX, "L'efficacité...." (yabancı mahkeme kararlarının Belçikada tesirleri veya etkinliği) Journal, 1960, s. 285-292, part no. 15; BORN, op. cit. no. 40 ve 41, Yüksek Mahkemenin 29 Mart 1973 t. olup, "belçikalı yargıca, yabancı yargıcın takdir yetkisi yerine kendisininkini ikame etmeyi men eden" kararını zikreder; VERHOEVEN, Rev. belge droit international, 1970, 682, Liège İstinaf Mahkemesinin ve onun kaza dairesi mahkemelerinin içtihadında ver alan, Liège İstinaf Mahkemesinin 11 Mart 1971 t. bir kararını zikreder, 1970-71, 227.

34) Ceza Kanununun 391 bis maddesine göre: "Her kim ki aleyhine itiraz veya istinaf yolu artık kapanmış olan bir yargı kararı ile eşine, fûruuna veya usulüne nafaka ödemiye mahkum olup, istiyerek iki aydan fazla borcunu ödemekten imtina ederse, sekiz günden altı aya kadar hapis ve 50 ilâ 500 franga kadar para cezasına yahut sadece bunlardan birine, gerektiğinde daha ağır cezai müeyyidenin uygulanmasına hâlel gelmeksizin, mahkum edilir.

35) Bkz. örneğin 15 Nisan 1958 t. Lahey Sözleşmesinin 9/1. maddesi; 20 Haziran 1956 t. New York Sözleşmesinin 9/1. maddesi; Belçikada 11 Haziran 1978 de yürürlüğe giren adli yardım taleplerinin intikaline ilişkin Strasburg Anlaşması; 27 Eylül 1968 t. AET Sözleşmesinin 44 ve 47. maddeleri.

IV. SONUÇ

39. — Söylediklerimizden çıkarılan sonuca göre, nafaka yükümlülüğüne ve kişilerin hal ve ehliyetine ilişkin Türk mahkemeleri kararları istisna edilirse, Türk yargı kararları Belçikada doğrudan kesin hüküm kuvvetine sahip değildir.

Bunun için bu kararların, nisbeten uzun ve masraflı bir yol olan tenfiz usulüne tabi kılınmaları gerekmektedir. Ülke yargıcına ayrıca tanınmış olan "révision" yetkisi Belçi-

kada "yabancı davanın davasına" yeniden bakılmasını mümkün kılmaktadır.

40. — Bu koşullarda fertlere karşılıklı haklarını daha iyi korumalarını sağlamak üzere, Belçika ve Türkiyenin mevcut milletlerarası Sözleşmelere katılmaları ve onaylamaları ve/yahut tanıma ve tenfizin müşterek şartlarını saptıyan iki taraflı bir Sözleşme yapmaları ancak temenni edilebilir.

* * *