

ALMAN MAHKEMELERİNDE "KAMU DÜZENİ" KAVRAMININ UYGULANMASI

Arş. Gör. Bülent ÖZDEN
İ.Ü. Hukuk Fak.
Devletler Özel Hukuku
Anabilimdalı

Alman hukukunda yabancılık unsuru taşıyan özel hukuk ilişkilerini düzenleyen "Milletlerarası Özel Hukukun Yeniden düzenlenmesine ilişkin Kanun" 1 Ekim 1986 tarihinden beri yürürlüktedir (1).

Sözü geçen kanunun 6. maddesi "kamu düzeni" başlığını taşımaktadır. Bu maddeye göre, bir başka devletin bir hukuk normu, eğer kullanım sonucu Alman hukukunun temel hükümleri ile açıkça bağdaşmıyor ise, kullanılamaz. Yabancı hukukun kuralı, temel haklarla bağdaşmıyor ise özellikle uygulanamaz.

Alman doktrinine göre, bu madde ile amaçlanan, yabancı ülke hukuku ile Alman hukukunun somut olarak uygulanmasının sonuçlarını karşılaştırmaktadır. Ayrıca, yabancı hukukun temel haklarla uyuşmaması halinde o yabancı hukukunun uygulanması da yine Alman doktrininde temel hakların direkt olarak başvurulmayan ve fakat dolaylı olarak uygulanan bir çekince hükmü temin ettiği anlamına geldiği savunulmaktadır (2).

(1) Kanun metni IPRax, y: 1986, s. 322-330'da yayınlanmıştır.

(2) Bu fikir için bkz. Jayme Eric, "Talaq" nach iranischem Recht und deutscher ordre public, IPRax, y: 1989, s. 223-224

6. maddenin uygulanması konusunda Alman mahkemelerinde bir yeknasaklık yoktur. Nitekim, benzer iki olayda iki Alman mahkemesinden biri uygulanacak yabancı hukuku kamu düzenine aykırı bulmazken, diğeri aynı yabancı hukukun uygulanmasını Alman kamu düzenine aykırı bulmuş ve uygulanamayacağına hükmetmiştir.

Aşağıda oldukça yeni bu iki mahkeme kararını ve bu kararların gerekçelerini nakletmek istiyoruz.

I. Karar : Frankfurt Aile Mahkemesinin 9.8.1988 tarihli kararıdır (3).

A) OLAY : Bu karara konu teşkil eden olayda, taraflar İran'da Karaj nüfus idaresinde evlenmişler ve bu evlilikten A isimli oğulları Almanya'da doğmuştur. Evlilik sırasında şeriat hükmü gereğince verilmesi gereken miktarı 1500 Rial olarak belirlemişlerdir.

Taraflar 1979 yılına kadar İran'da yaşamışlar, sonrasında ise Almanya'da yaşamaya başlamışlardır. Davacı koca Frankfurt Üniversitesinde bir enstitüde asistandır ve DAAD'den doktora bursu vardır. Davacı koca doktor ünvanını almıştır ve İran'a dönmek istemektedir.

Davalı kadın ise üniversite öğrencisidir ve 10.9.1986 tarihinden itibaren mülteci olarak Almanya'da yaşamaktadır.

Taraflar 1985 yılında ayrılmışlardır. Kısa bir süre için barışma denemeleri sonuçsuz kalmıştır. Çocuk 1985 senesinin ilk baharından beri annenin himayesinde bulunmaktadır. Çocuğun Frankfurt'taki anne evinde kendine ait bir odası vardır.

Koca 22.8.1988 yılında yazılı ve altı iki şahıs tarafından imzalanmış irade beyanıyla karısını boşamıştır. Mahkemede koca bunun talak şeklinde boşanma olduğunu ileri sürmüştür.

9.8.1988 günü yapılan duruşmada taraflar boşanma sebeplerini müştereken kabul etmişlerdir.

Taraflar ev eşyaları, evlilik içi kazanç ve konuta ilişkin hukuki ilişkilerini düzenlemişlerdir.

Koca, çocuğa 400 DM. ödemeyi ve karıya da tazminat olarak 15.000 DM ödemeyi kabul etmiştir.

Davacı koca, evliliğin sona erdirilmesini ve velayetin kendisine verilmesini, karı da boşanmayı ve fakat velayetin kendisine verilmesini talep etmektedir.

(3) Karar metni için bkz. IPRax, y:1989, s. 237-238

B. MAHKEMENİN KARARI

1.9.1986 tarihinde yürürlüğe giren milletlerarası özel hukukun yeniden düzenlenmesine ilişkin kanunun 17. maddesine göre, boşanmaya evlenmenin genel hükümlerini düzenleyen yetkili hukuk uygulanacağından, bunun sonucu olarak aynı kanunun 14. maddesinin 1. bendine göre, tarafların müşterek milli hukuku veya taraflardan birisinin -halen bu vatandaşlıkta olması şartıyla- son müşterek milli hukukları uygulanması gerekmektedir.

Olayda, taraflardan koca, eşlerin son müşterek milli hukuku olan İran hukuku vatandaşıdır. Alman mahkemesi, boşanma talebini İran hukukuna göre karara bağlaması gerekirken, İran hukukunun uygulanmasına Alman kamu düzenine aykırı bulmuş ve tarafları 9.8.1988 tarihinde Alman hukukuna göre boşamıştır.

C. KARARIN GEREKÇELERİ :

Mahkemenin gerekçeleri uygulanan hukuk, velayet ve dava masrafları yönünden ayrı ayrı açıklanmıştır. Biz burada, konumuza giren, uygulanan hukuk açısından gerekçeleri belirtmekle yetineceğiz.

Frankfurt mahkemesinin İran hukukunu uygulamama, bilakis Alman hukukunu uygulama gerekçeleri şunlardır :

— İran Medeni Kanunu madde 1133'e göre koca, karısını istediği zaman boşayabilir. Ve madde 1134'e göre de bu olaya iki güvenilir erkek şahsın duyararak, şahit olması gerekir.

Oysa, kocanın karısını istediği anda boşayabilmesi, Anayasada yer alan temel haklara aykırıdır. (Alman Anayasası madde 1 cümle 1 ve madde 3 cümle 2 ve 6)

— Sonrasında, kadını erkekten daha az hakların bulunduğu bir statüye tâbi kılmak insan onurunu ile bağdaşmaz. Kocanın dilediği zaman karıyı boşayabilmesi, kadını kocayla eşit haklara sahip, aynı değerde bir eş olarak değil, erkeğe tâbi kılınan ve onun istediği zaman ayrılabilceği bir yaratık haline gelir ki, bu da Anayasa'nın 6. maddesinin 1. cümlesine aykırıdır.

— Talakta söz konusu olabilecek kamu düzenine aykırılık, boşanan kadının bu usule rıza gösterip göstermemesine bağlanamaz. Zaten bu boşanma usulünün kendisinde evli kadını aşağılayan ve O'nun değerini azaltan bir işlem söz konusudur ve bunun temel hukuka aykırılığı sadece erkek tanıkların bulunması ile sonuç doğurmasında daha da belirginleşmektedir. Bu nedenle kadının bu usule rıza göstermemesi bunun Anayasa'ya aykırılığını ortadan kaldırmaz. Karşıt görüş ise talakı genel olarak zaten boşanmanın sadece bir şartı kabul etmekte ve gerçek hayatta (fiili çevre) erkeğin, İran kanunlarına göre geçerli bir boşanma talebinde bulunabilmesi için kadının bunu istemesi

gerektiğini öne sürmektedir. Bunun sonucu olarak, Alman mahkemelerinin aydınlatma (bilgilendirme) yükümlülükleri çerçevesinde bir talakla boşanma davasının kadının bunu istemesine kadar geçerli bir şekilde açılmayacağı hususuna yollama yapmak zorunda kalmakta, dolaylı olarak da talakın işlenmesini bunun talep edilmesine bağlı tutmaktadırlar. Böylece görevleri bütün temel hakları, özellikle insan onurunun korunmasını gerçekleştirmek olan Alman mahkemelerini Anayasaya aykırı davranış tarzına da sevk etmektedir.

— İranlı kadına, kocasına karşı boşanmayı talep etme hakkının tanınmaması, bu açık keyfi ayırım Anayasa'nın 3. maddesinin 2. cümlesiyle bağdaşmadığı için dikkate alınmaz.

— Alman Medeni ve Borçlar Yasasının 1565. paragrafının 1. cümlesi ve 1566. paragrafının 2. cümlesi evlilikleri başarısızlıkla sonuçlanmış telakki edildiğinden, her iki tarafa da boşanmayı talep hakkını vermiştir.

Alman yasa koyucusu, çiftlerin en az üç yıldan beri ayrı ayrı yaşıyor olmaları durumunda evliliğin yeniden başarılı şekilde yürümeyeceğini varsaymıştır. Bu şartlarda olayda oluşmuştur.

II. KARAR : Münich Eyalet Yüksek Mahkemesinin 19.9.1988 tarihli kararıdır (4).

OLAY : Karara konu teşkil eden olayda, davacı 1915, davalı 1939 yılında doğmuşlar ve 1963 yılında evlenmişlerdir. Bu evliliklerinden 1965, 1966 ve 1969 yıllarında N, H, R ve O doğmuştur. Bu evlilik kocanın 3. evliliğidir. Kocanın öteki evliliklerinden de çocukları olmuştur ve bunlar reşittirler. Eşler Şii'dir ve İran vatandaşıdır. Koca 1983 yılında Almanya'ya iltica etmiştir. Kadın ise Amerika'nın IOWA eyaletine yerleşmiştir.

Koca evlilik sırasında Tahran'daki 400 m² lik ve şimdiki değeri 1.000.000 DM olan apartmanı karısına hediye etmiştir ve burada karısının kızkardeşi ile ailesi oturmaktadır. Koca ekim 1981'den haziran 1984'e kadar 17.500 US Dolar nakit toplam 187.000 US Dolara karıya vermiş ve 31.000 US Dolarını'da oğlu O reşit olana kadar Amerika'da bankaya yatırmıştır.

Koca uzun bir süredir yoksulluktur ve eşi V ile daha evvelki evliliklerinden olan kızlarından parasal koruma ve yardım istemektedir. Koca kadından 11.6.1980'den beri ayrı yaşamaktadır ve üç seneden fazladır da karısını görüp, konuşmamıştır.

Davacı koca Alman mahkemelerinin yetkili olduğunu ve Alman hukukuna göre boşanmayı istemektedir.

(4) Karar metni için bkz. IPRax, y:1989 , S. 238-243

Kadın boşanmak istememektedir. Ayrıca Alman mahkemelerinin yetkisinde de şüphesi vardır. Kadın bakım için 1500 US Doları ve çocuk içinse -reşit olana kadar- 800 US Doları aylık nafaka talep etmiştir. 18.5.1987'de çocuk için nafaka talebinden vazgeçmiştir.

Kocanın şahitlerinin ifadeleri sonucu 16.10.1986'da Starnberg aile mahkemesi İran Medeni Kanununun 1133. maddesinde yer alan şekli boşanma olmaksızın tarafları boşamış, velayeti kadına vermiş ve nafaka talebini reddetmiştir.

Kadın kendisine tebliğ edilen Starnberg aile mahkemesinin kararına süresi içinde itiraz etmiş ve 1500 US Dolarlık aylık nafaka talebini yenilemiştir. Kadın Starnberg mahkemesinde zaten yok olan bir evliliğin sona erdirildiğini, mahkemenin yetkisiz olduğunu, boşanmaya uygulanan hukukun yanlış olduğunu, nafakayada IOWA hukukunun uygulanması gerektiğini iddia etmiştir.

Eyalet mahkemesi bir profesörden bilirkişi raporu almıştır.

Davacı koca 19.9.1988'de iki güvenilir erkek şahsın huzurunda -ki bunlar avukatlarıdır- açıklamalarını Farsça yapmıştır. Bu açıklamalar yüksek sesle, duyulabilir şekilde ve anlaşılır olarak üç kere "talak" kelimesini içermekte olup, tercüman tarafından Almanca'ya çevrilerek mahkemeye verilmiştir.

B. MAHKEMENİN KARARI : Mahkeme, özel hukuk davalarında, Alman mahkemelerinin yetkisini belirlemede, mültecilere Alman vatandaşı değil, yabancı gibi muamele yapılması gerektiğine, eğer Alman hukukunun uygulanması sonucu boşanma gerçekleşebiliyor ise, kocanın talebi üzerine, mahkeme önünde karısını İran hukukuna göre boşamasının, Alman hukukunun temel hükümleriyle bağdaştığına karar vermiştir.

C. KARARIN GEREKÇESİ : Mahkeme, yetki-zamanlararası hukuk- uygulanacak hukuk- evlilik içinde kazanılanların denkleştirilmesi-nafaka talebini ayrı gerekçelerle karar bağlanmıştır. Biz burada yalnızca boşanmaya uygulanan hukuk hakkında gerekçeleri belirtmekle yetineceğiz.

— İran-İslam boşanma hukukunda kadın-erkek eşitliğinin bulunmadığı konusunda hiç bir şüphe yoktur. Sadece erkek istediği zaman kadını boşayabilir. Kadına böyle bir hak tanınmamıştır. Kadın ancak belirli sebeplerin varlığı halinde hakime başvurarak boşanmayı talep edebilir. Bu nedenle olayda İran-İslam hukukunun Alman kamu düzenine aykırı olup olmadığını incelemekten başka yapılacak bir şey yoktur. Böyle bir aykırılığın varlığı şimdiye kadar olumlu olarak cevaplandırılmıştır.

Kamu düzeninin uygulanması için zorunlu olan iç hukuk ilişkisinin söz konusu bu olayda mevcut olmadığı, yani erkeğin Almanya'daki mutad meskeni ve iltica hakkı nedeniyle Alman kişisel statüsü, ayrıca tartışılmaz. Öte yandan kamu düzenine dayanıp

-dayanmama Alman hukukunun temel ilkeleri ile yabancı hukukun bağdaşıp bağdaşmamasına bağlı değildir.

Bu konuda tayin edici olan, bu yabancı hukukunun uygulanmasının münferit somut olayda, Alman hukukunun temel ilkeleri ile açıkça çelişkili bir sonuç doğurup doğurmayacağıdır.

Söz konusu olayda erkeğin talebi üzerine mahkemede karısını reddettikten sonra boşanması hususunun, Alman hukukundaki temel ilkelerle bağdaşıp-bağdaşmadığı sorusuna bilirkişi iye birlikte, ancak Alman hukukunun da uygulanması halinde boşanmaya karar verilecek idiyse olumsuz cevap verilebilir.

Olayda bu durum söz konusudur, çünkü eşler 3 yıldan beri kendi ifadelerine göre ayrı yaşamaktadır. Bu nedenle kamu düzeni erkekten, kadına da aynı ölçüde bu hak tanınmadı diye, boşanma hakkını esirgememektedir.

Uygulama ve doktrinde bu tür boşanmalar ile kamu düzeni uygulamalarından amaçlanın, boşanma statüsü açısından çıkarları zedelenen kadına da boşanmayı mümkün kılmak ve de yurtdışında gerçekleşen bu tür boşanmaların Alman kadınının bilgisi dışında gerçekleştiği için bu boşanmayı iç hukukta tanımamak, düşüncesini hakim kılmaktır.

— Boşanma, enkeğin sözlü duruşmada terk iradesini güvenilir iki erkeğin huzurunda İran Medeni Kanununun 1134. maddesine uygun olarak açıklaması ve mahkemenin buna dayanarak evliliğe son vermesi ile gerçekleşmektedir.

— Bu arada İran-İslam hukukuna göre boşanmadan önce bir barıştırma teşebbüsü yapılmaktadır. Buna ilişkin hükümler hem usul hukukuna hem de maddi hukuka ilişkindir. Ancak bunda usul hukuku karakterinin hakim olduğu söylenebilir.

Bu nedenle esas itibariyle gözönüne alınmasada olmaktadır. Söz konusu olayda davacı erkek açısından talakla ilgili şekil şartı mahkemenin 19.9.1988 tarihindeki duruşmasında gerçekleşmiştir ve taraflar boşanmıştır. Alt mahkeme bu sonuca uygun olarak 16.10.1986 tarihli kararında bunu ifade edebilir.

Davalı tarafından yapılan temyiz başvurusu gerçekleştirilmemiş olduğu nedeniyle geri çevrilmiştir.