

KRONIKLER



## DEVLETLERİN KAZA MUAFIYETİ

Doç. Dr. Ergin NOMER

Yargıtay Ticaret Dairesi,  
16.2.1968 gün, E. 66/630, K. 68/921 (\*)

«Taraflar arasındaki davanın Ş. Asliye 2. Hukuk Hakimliğince görülerek husumet yönünden davanın reddine câir verilen 8.7.1965 tarih ve 644/573 sayılı hükmün duruşmalı olarak temyizen tetkiki davacılar avukatı A.D. tarafından istenmiş olmakla... gereği konuşulup düşünüldü:

Dava, davalı Amerika Birleşik Devletleri Hükûmeti ile yapılan istisna aktinden doğma bir tazminat isteğinden ibarettir.

Yabancı bir devletin Türk mahkemelerinde muhakeme edilmesi arada sarıh bir anlaşma varsa buna, bu yoksa yabancı devletin sarıh muvafakatına, bu da bulunmadığı takdirde devletler hukuku ilkelere tâbidir.

Bir anlaşmanın mevcudiyeti iddia edilmemiştir. Amerika Birleşik Devletleri Hükûmeti tarafından Türkiye'de avukat Y.Ö.'ye verilen 23 Mart 1965 günlü vekâletnamede; Amerika Birleşik Devletlerince Türk mahkemelerinin yetkisinin kabulü veya ona rızaen tâbi olunması veyahut Amerika Birleşik Devletlerinin teamülü ve ahdi devletler hukuku mucibince veya Türkiye Cumhuriyetinin kanunları tahtında haiz bulunduğu kazaî savunmalarından herhangi birin-

---

(\*) Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Temmuz 1968 - Cilt: IV - Sayı: 4, 756/757 (Derleyen: Dr. Hikmet Sami Türk).



den feragat edildiği manasını tazammun etmiyeceği sarıh anlayışıyla verildiği yazılmak suretiyle ve bu ihtirazî kayıtlarla, Türk mahkemesine vekil gönderildiği belirtilmiş ve Vaşington Büyük Elçiliği tarafından Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığına yazılan yazıya ilişkin olan Amerika Birleşik Devletleri Adalet Nezaretinden yollandığı belirtilen yazıda öngörülen tedbirler alınarak Amerika Birleşik Devletlerinin Türkiyede bu davanın görülmesine muvafakat ettiğine dair başka bir delil ibraz edilmemiştir.

Bu vesikalar Amerika Birleşik Devletlerinin Türkiye kaza yetkisini kabul ettiğine delil olarak alınamaz. Devletler hukuku ilkelere gayrimenkule ilişkin davalar dışında hükûmran bir devletin diğer bir devlet nezdinde muhakeme edilmesine cevaz vermez.

Siyasî hakimiyetle sınırlı ve ona ilişkin kaza yetkisinin diğer bir devlete teşmili mümkün bulunmadığından, davanın bu yönden reddi usul ve kanuna ve devletler hukuku ilkelerine uygun olduğundan davacının itirazlarının reddiyle temyiz olunan kararın onanmasına ... 16.2.1968 gününde oybirliği ile karar verildi.

I. Temyiz Ticaret Dairesinin kararına konu teşkil eden olayda davalı Amerika Birleşik Devletleridir. Davacı, aralarındaki bir istisna aktine dayanarak davalı yabancı devletten tazminat talep etmektedir.

Temyiz Ticaret Dairesine göre yabancı bir devletin Türk mahkemelerinde muhakeme edilebilmesi, yani Türk kazasına tâbi olabilmesi şu iki şarttan birinin varlığına bağlıdır:

(1) Davalı olan yabancı devlet ile Türkiye arasında -çıkabilecek belirli bir hukukî ihtilâfta o yabancı devletin Türk kazasına tâbi olacağını sarıh olarak belirten- bir milletlerarası sözleşme hükmü.

(2) Belirli bir hukukî ihtilâfta yabancı devletin Türk mahkemelerinin yetkisine, yani Türk kazasına tâbi olma hususunda sarıh muvafakatı.

Bu iki şarttan biri tahakkuk etmediği takdirde, yine karara göre, yabancı devletin Türk kazasına tâbi olması problemi «devletler hukuku ilkelerine» uygun olarak halledilir. Devletler hukuku ilkeleri ise gayrimenkule ait davalar dışında «bir devletin diğer bir devlet nezdinde muhakeme edilmesine cevaz vermez» (1).

(1) Nisbeten eski iki kararında da aynı esasları ifade ettiği dikkate alınır, Temyiz Mahkememizin bu esasları müstakar içtihadı haline ge-



Ticaret Dairesinin kararına konu teşkil eden ihtilâfta bir milletlerarası sözleşmenin varlığı söz konusu değildir. Yabancı devletin Türk mahkemelerinin kazasına tâbi olma hususundaki iradesi de tesbit edilememiştir. O halde devletler hukuku ilkeleri gereğince yabancı devlet aleyhine istisna aktinden doğan bu tazminat talebi davasının reddi icap eder.

II. Milletlerarası nizam yanyana hakimiyet sahalarına sahip, hükûmran ve eşit haklara sahip devletler topluluğuna istinat eder. Hiç bir devletin diğer bir devletin hakimiyet sahasında hakimiyet tasarruflarında bulunamaması böyle bir nizamın sonucudur. Bir devlet *devletler hukuku süjesi* olarak diğer bir devletin hukuk nizamına tâbi olamaz. Bunu eski bir prensip ifade etmektedir: *Par in parem non habet iurisdictionem*. Hiç bir devlet diğer bir devleti muhakeme edemez.

Bu prensip, mutlak manasıyla bugün hukukî bir prensip olarak kabul edilmese dahi milletlerarası doktrin ve tatbikata ağırlığını koymuştur. Hatta devletlerin meselâ kanun koyma, idarî fiiller ve mahkeme kararları gibi hakimiyet faaliyetleri sebebiyle yabancı bir devletin makam ve mahkemeleri önüne davet edilemeyeceği ve hiç bir suale muhatap olamayacağı hususunda ittifak vardır. Devletler ve onları temsil eden organlar bu gibi faaliyetlerinde kaza muafiyetine sahiptirler, iradeleri dışında muhakeme edilemezler ve bunlara karşı cebir istimal edilemez.

Ancak devletler devlet olarak *hususî hukuk* faaliyetinde de bulunmaktadırlar. Devletin özel şahısların hareket ettiği hukuk formunda ve iktisadî hayat sahasında görünmesi artık normal olmuştur. Öyle ki diğer bir devletin vatandaşları ile çeşitli hususî hukuk ilişkilerine giren devlet, bu ilişkilerin sonucu yabancı alacaklı karşısında borçlu durumuna kolaylıkla düşebilmektedir. Üstelik bu hukukî ilişkiler ekseriya büyük miktarda mamelek hukukuna ait taleplere konu teşkil etmektedir. Bir devletin hatta her türlü ordu ve millî savunma ihtiyaçlarını çoğunlukla yabancı devlet ülkesinde bulduğu kolaylıkla söylenebilir. 21.3.1947 tarihli 4. Hukuk Dairesinin bir kararında «bir devletin diğer devlet mahkemesinde muhakeme edilmesine devletlerin bağımsızlığı mani»'dir denirken, Ticaret Dairesinin 23.12.1950 tarihli bir kararında da «yabancı bir devletin gayrimenkule ve onun zilyetliğine müteallik ihtilâflar haricindeki hususlarda mahallî kazaya tâbi olması keyfiyeti, kendi rıza ve muvafakatlerine bağlı olduğu, devletler hukuku esaslarından» kabul edilmiştir (her iki karar için bkz. BERKİ/ER-GÜNEY, Kanun İhtilâfları, 1954, 110-112).



nan fabrika ve tezgahlardan tedarik etmesi bugünün harp endüstrilerinin muazzam malî kaynaklara ihtiyaç göstermesi sebebiyle mutad olmuştur. Bunun yanında devletlerin yabancı bir ülkede çeşitli işletmelerin müteşebbisi olarak ortaya çıkması, büyük tesis ve fabrikalar, sefaret ve konsolosluk binaları inşa etmeleri daima görülen hadiselerdendir. Ve nihayet ticaret gemilerine ve uçaklarına yolcu, posta ve navlun kabul ederek bunlar ile ilgili akitler yapması bir yana artık devletler özel bir müteşebbis olarak yabancı ülkelerde yatırımlar yapmakta ve kazanç temini yegane gayeleri olmaktadır.

Bugüne gelinceye kadar devletler mahiyetçe belirli bir sahada ve kendilerini hususî hukuk faaliyetlerinden, özellikle özel ticaretten az veya çok ayıran bir hukukî form içinde faaliyette bulunuyorlardı. Fakat 19 uncu yüzyılın endüstri devriminden bu yana devlet daima büyüyen ölçüde iktisadî hayatı da kontral altına almak ve bizat münferit işletme faaliyetlerinde bulunmak yoluna girmiştir. Modern refah devleti önemli iktisadî sahaları devletleştirmiş, ticarî rekabete bir rakip olarak girmiş ve milletlerarası ticarete aynen bir özel şahıs formunda kendini göstermiştir. Öyle ki yakın zamanlarda hakimiyete ait saha ile özel iktisadî saha arasındaki sınır gittikçe birbirini içerisine girmiştir. Diğer bir söyleyişle iktisadî hayat belirli bir dereceye kadar devletleşmiş, devlet ise özelleşmiştir. Şüphesiz bu söylenenler her devlette ayrı ayrı kuvvette ve en kuvvetli olarak, özel mülkiyet ve özel teşebbüse istinad eden iktisadî düzenin yerine sosyalist veya devlet kapitalistliği düzenini ikame eden ve bir plân ekonomisi veya cebir ekonomisi uygulayan devletlerde kendini göstermiştir. Bu gibi ülkelerde ticaret ve endüstri amme faaliyetleri haline gelmiş ve özel mülkiyet en geniş ölçüde devlete intikal etmiştir.

Devletin faaliyet sahasındaki bu genişleme politikası yanında, devletin kaza muafiyetinin devlet tarafından kontrol edilen iktisadî hayatın teknil sahalarna teşmil edilip edilmemesi problemi de üzerinde durulan bir konu olarak önem kazanmıştır. Devletin kaza muafiyeti, bir manada kaza muafiyetinin kullanıldığı ülke üzerindeki hakimiyetin bir ihlali olarak mütalaa edilebilir. Bu itibarla *istisnai* bir durumdur (2). Böyle bir istisnanın hudutsuz olmasına karşı hak-

(2) DAHM, Völkerrecht, I, 1958, 230; sonuç olarak aynı mânâda RIEZLER, Internationales Zivilprozessrecht, 1949, 387/488. Aksi mânâda BERBER, Lehrbuch des Völkerrechts, I: Allgemeines Friedensrecht, 1960, 220.



lı *tereddütler* vardır. Zira kaza muafiyetinin mutlak manada kabul edilmesi evvela sayısız ve çeşitli hukukî münasebetlerin mahkemelerin kontrolü dışında kalmasına sebebiyet verir. Bu, bugünkü modern hukuk devleti anlayışı ile taban tabana zıttır (3). Bunun yanında böyle mutlak bir muafiyet özel şahısların yabancı devletler ile ticarî ilişkilerde haksızlığa uğrama tehlikesini ortaya çıkarmaktadır. Kendi vatandaşına hukukî himaye bahsedememek hukuk devleti mefhumu ile kolaylıkla bağdaştırılamaz.

III. Yukarıda kısaca belirttiğimiz bu oluşum, devletlerin kaza muafiyetlerinin hududu meselesinin hukukçular ve mahkemeler tarafından çeşitli şekillerde cevaplandırılmasına da sebep olmuştur. Bunlar iki temel sisteme (4) irca edilebilmektedir.

1. *Tahditsiz veya mutlak muafiyet sistemi* (Birlik teorisi veya teşmil teorisi sistemi). Bu sisteme göre devletin kaza muafiyeti yalnız devletin hakimiyet hakkı sahibi olarak faaliyette bulunduğu vak'alarda değil, aynı zamanda hususî hukuk sahasında ve özellikle ticarî alandaki hukukî ilişkilerden doğabilecek ihtilâflar için de mevcuttur. Devlet, *anme otoritesinin taşıyıcısı* olarak kendini ortaya koyduğu müddetçe, diğer bir devletin ne kanunlarına ne mahkeme kararlarına ve ne de idarî otoritesine tâbi olur. Devlet bu haliyle münhasıran devletler hukukuna tâbidir. Bu sebeple devletin kaza muafiyeti mutlaktır (5).

XVIII inci yüzyıldan beri geniş bir doktrin ve tatbikat tarafından desteklenen bu sistem uzun zamandan beri anglo sakson ülkelerinde ve yakın zamanlara kadar Almanyada devamlı olarak tatbik edilegelmiştir. Devletler hukuku doktrininde bir çok koreler mün-

(3) Devletler artık kendi hâkimiyet sahalarında hukuk otoritesine ve mahkeme kontrolüne bizzat uymaya meyletmişlerdir. The King can do no wrong cümlesi geniş ölçüde sarsılmıştır.

(4) Yabancı devletlerin kaza muafiyeti konusunda devletlerin kayıtsız şartsız mahallî kazaya ve cebri icraya tâbi olmasını temin eden **mülki**lik teorisinin (bkz. DIEZ, Arrest. und Zwangsvollstreckungsmassnahmen gegen Vermögen auslaendischer Staaten, Schweizerische Juristen - Zeitung, 52 (1956), 533/534) izine gerek doktrinde gerekse mahkeme tatbikatında rastlayamadığımız için üzerinde durmamaktayız.

(5) Bu mânâdaki kararlar için bkz. VERDROSS, Völkerrecht, 5. Basi, 1964, 230 ve n. 2.



kaşa edilmiş olan Rus Hükûmeti ile Alman vatandaşı von Hellfeld arasındaki vak'ada (6) mütalaaları alınan zamanın tanınmış ondört

(6) Çeşitli hukukî problemlerin doğumuna sebep olan vak'a, teferuatıyla müteakip dip notta gösterilen derlemede yer almıştır. Ayrıca bkz. TRIEPEL. Gerichtsbarkeit über fremde Staaten, Archiv des öffentlichen Rechts, XXVIII (1912), 212 vd.

Olay bizi ilgilendiren kısımlarıyla kısaca şu idi: 1904 yılı son baharında, Rus Harp Bakanlığının askerî ajanı Albay Ogorodnikoff tarafından temsil edilen Rus Hükûmeti ile Alman yüzbaşı von Hellfeld arasında Tientsin'de bir dizi sözleşme aktedildi. Bunlara göre von Hellfeld bir miktar top ve makineli tüfek ve yine muayyen bir miktarda cephaneyi Rus Hükûmetine sattı ve mülkiyeti, tediyyeden sonra Rus Hükûmetine intikal edecek olan bir gemi ile satış konusu harp malzemesini Port Arthur'a getirmek mükellefiyetini üzerine aldı. Ayrıca Rus Hükûmeti geminin Wladiwostok limanına kazasız belâsız vasıl olması halinde von Hellfeld'e oldukça yüklü (40.000 dolar) bir mükâfat (kaptanlık primi) vaadetti. Bu sözleşmelerin icabı olarak satın alınan ve Hamburg gemi siciline kaydedilen «Anhalt» adlı gemi harp malzemesi ve konservadan ibaret yükü ile birlikte Sumatra'da Padang'a vardığı zaman Port Arthur düşman eline geçmiş bulunuyordu. Bunun üzerine gemi yoluna devam etmedi, uzun zaman Padang'da bekledi, nihayet 1905 Aralığı başında Tsingtau'ya geldi.

Rus Hükûmeti mükâfat vermeyi reddetti. Bunun üzerine von Hellfeld gemi ve yükünün teslimi talebini kabul etmedi. Rus Devlet maliyesi von Hellfeld aleyhine Tsingtau'da Kayzerlik mahkemesinde gemi ve yükünün teslimi ile birlikte tazminat ve faiz talebinde bulundu. Buna karşı von Hellfeld 3 milyon marklık bir fazlalık ile satıştan mütevellit bedelin tediyyesini mukabil bir dâva ikâme ederek talep etti.

Çok inkişaf gösteren hukukî ihtilâfın bizim için önemli noktası ikâme edilmiş olan mukabil dâvanın akibeti olmaktadır. Tsingtau Kayzerlik mahkemesi 22 Kasım 1906 tarihli kısmî bir hüküm ile «devletler hukukuna ait sebeplerden» caiz olmaması gerekçesiyle mukabil dâvayı reddetti. O zamanlar istinaf mahkemesi olarak karar verme durumunda olan Shanghai'daki Kayzerlik Konsolosluk mahkemesi bu hükmü 9 Nisan 1907 tarihli bir hükümle kaldırdı ve mukabil dâvayı görmek ve neticelendirmek üzere mahkemeye iade etti. Bu arada mukabil dâvanın devletler hukuku yönünden makbul olmasına karşı ifade edilen tereddütlerin doğru olmadığını da belirtti. Bunun üzerine mahkemece verilen hüküm bu defa da Tsingtau'daki Kayzerlik Yüksek Mahkemesi tarafından kaldırıldıktan sonra, nihayet 27 Eylül 1907 tarihli gıyabî bir hükümle mahkeme mukabil dâva taleplerine uygun olarak Rus Hükûmetini mahkûm etti. Gerekli müddet içinde itiraz edilmediğinden hüküm kesinleşti. Mukabil dâvacı von Hellfeld'in isteği üzerine Berlin mahkemesi (Amtsgericht), hükme uygun olduğunu tesbit ettiği talep gereğince Berlindeki Bankhaus Mendelssohn nezdindeki Rus Devlet maliyesinin bir alacağına gerekli miktar üzerinden tedbir koydu ve bu miktarın alacaklı tarafından alınması kararını verdi.



hukukçusu, tamamen müşterek bir gerekçe ile olmasa dahi, yabancı devletin mutlak kaza muafiyetini kabul ve yabancı devlete karşı bir cebrî icra takibinin aleyhinde söz etmekte ittifak etmişlerdir (7).

Gerek von Hellfeld vak'asında Prusya Yüksek Mahkemesi gerekse onu takip eden zamanlarda Alman Temyiz Mahkemesi (Reichsgericht) daima şu fikrin temsilcisi olmuşlardır: Gayrimenkule müteallik aynî davalar ve kendi iradesiyle yabancı kazaya tâbi olma durumu hariç, yabancı bir devletin saf hususî hukuk talepleri için dahi mahallî mahkemeler önüne sevkedilemeyeceği devletler hukukunun bir prensibi olarak kabul edilmelidir.

Avusturya Yüksek Mahkemesi de 22 Ocak 1935 tarihli kararında (8) Alman devleti aleyhine açılan bir dava dolayısıyla «devletler hukukunun temel anlayışının icabı olan devletlerin karşılıklı bağımsızlığı» fikrinden hareketle hiç bir devletin diğer bir devlet mahkemesinde takip edilmeyeceğini belirtmiştir.

Buna karşı Hariciye İşleri Vekâleti yetki ihtilâfı ileri sürdü. Yetki ihtilâfını halletme mevkiinde olan Prusya Yüksek Mahkemesi 25 Haziran 1910 tarihli kararıyla (bkz. Jahrbuch für öffentliches Recht, Cilt: 5, 1911, 255 vd.) yetki ihtilâfını kabul etmemekle beraber devletlerin kaza muafiyeti gerekçesiyle hükmün icrasına mani oldu. Yüksek Mahkemeye göre, yabancı bir devlet, gayrimenkul dâvaları ve kendi iradesiyle yabancı kazaya tâbi olma durumu hariç, devletler hukukuna göre mahallî kazaya tâbi tutulamaz. Devletin devlet otoritesini icra etmesi veya hususî hukuk şahsiyeti olarak muamelede bulunması sonuca tesir etmez. Yabancı kaza hakkına tâbi olunan durumlarda da, bu yabancı kaza hakkı icraya teşmil edilemez.

von Hellfeld dâvasının teknil safhalarında Rus Hükûmeti, herhangi bir dâvanın muvafakatı olmaksızın bir Alman mahkemesinde görülemeyeceği iddiasında bulunmuştur. Rus Hükûmeti mukabil dâvada söz konusu edilen taleplerin — üç milyon marklık kısmı hariç — esas dâva ile ilişkisini kabul ederek mahkemenin yetkisine bu yönden itiraz etmemiş ve hatta bu taleplerin Alman mahkemelerince karara bağlanması hususundaki muvafakatini ikinci mercide beyan etmiş ise de, mukabil dâvanın üç milyon marklık talebi ile esas dâvanın hiç bir irtibatının bulunmadığını ve bu talebin Alman mahkemelerinde karara bağlanmasına rızası bulunmadığını her iki mercide de sarıh olarak ifade etmiştir. Rus Hükûmeti iddiasında ısrar etmiş ve mukabil dâva hususunda hiç bir muameleye girişmiyerek, duruşmalara da iştirak etmemiştir. Bu sebeple de mukabil dâvacının talebi üzerine gıyap kararı verilmiş ve Rus Hükûmeti gıyabî bir hükümle mahkûm olmuştur.

(7) Bkz. DYNOVSKI, Unzulaessigkeit einer Zwangvollstreckung gegen auslaendische Staaten, Berlin 1910: Gutachten zum Hellfeld - Fall von Bornhak, Brie, Otto Fischer, Fleischmann, Freund, Hatschek, Kohler, Laband, Meili, L. v. Seuffert, v. Stengel, Triepel, Weiss, Zorn.



Fransız mahkemeleri de, yabancı devletlerin, feragat durumu hariç, mahallî kazadan muaf olduğu ve Code Civil'in 14 üncü maddesinin bu kaidede değişiklik yapmadığından hareket etmişlerdir. Fransız Yüksek Mahkemesinin 22 Ocak 1849 tarihli İspanya Hükûmeti/Casaux Kararı (9) mutlak kaza muafiyeti fikrini kabul eden ilk önemli karar olmaktadır. Bunda, Yüksek Mahkeme devletlerin bağımsızlığının, milletlerarası hukukun en tanınmış prensiplerinden biri olduğu ve bu prensibin bir devletin diğer bir devlet mahkemesi önünde muhakeme edilmesine mani olduğu gerekçesiyle hareket etmiştir. Fransız Yüksek Mahkemesinin bu anlayışı zaman zaman Fransız tatbikatında belirlemiştir (10).

Bugüne kadar hiç taviz vermeden devletlerin mutlak kaza muafiyetine bağlı kalmış olan hukuk İngiliz mahkeme tatbikatıdır. İngiliz doktrini de bu tatbikatı olduğu gibi benimsemiştir (11). Amerika Birleşik Devletleri mahkemeleri de mutlak muafiyet fikrini takip etmişlerdir. Yüksek Mahkemenin 1812 tarihli «The Schooner Exchange» kararıyla (12) yabancı devletlerin Amerika Birleşik Devletleri mahkemelerinin kazasına tâbi olmayacağı esası kabul edildi. Bu kararda Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi de «eğemen devletlerin tam eşitlik ve kesin bağımsızlığı» gerekçesini kullandı.

*Türk Temyiz Mahkemesi*, söz konusu ettiğimiz kararında oldukça eskimiş olan tabir caizse bu klâsik anlayışı aynen tekrarlamıştır. Mutlak kaza muafiyeti fikrini benimseyen Yüksek Mahkeme «devletler hukuku ilkelerine» dayanarak, «hükümran bir devletin diğer bir devlet nezdinde muhakeme edilmesine» imkân görmemiştir. Bu ifadeyle devletlerin birbirlerine eşitliği ve birbiri karşısında bağımsızlığı prensibini devletlerin mutlak kaza muafiyetinin gerekçesi olarak benimsemiş ve mutlak kaza muafiyetini de bir devletler hukuku ilkesi olarak kabul etmiş olmaktadır.

2. *Tahditli veya vasıflı muafiyet sistemi* (Tefrik teorisi sistemi). Bu sistemde kaza muafiyeti devletin faaliyetlerinin nev'ine bağlı

(8) Bkz. Schweizerische Juristen . Zeitung, Cilt: 32, 158 vd.

(9) Dalloz 1849, I, 9.

(10) Diğer kararlar için bkz. RIEZLER 391, n. 11.

(11) İlk meşhur olmuş olan karar 1843 tarihli Braunschweig Dükünün Hannover Kralına karşı ikame ettiği dâva dolayısıyla verilen hükümdür, bkz. DIEZ 354, n. 9.

(12) Supreme Court of the United States; The Schooner Exchange v. Mac Faddon (1812) 7 Cranch's Reports, 116.



tutulmaktadır. Öyle ki *iure imperii* fiiller (*actes de puissance publique*, *atti di impero*, hakimiyet tasarrufları) ile *iure gestionis* fiiller (*actes de gestion*, *atti di gestione*, temsilî tasarrufları) arasında, yani üzerinde hükûmet nüfuz ve iktidarı bulunan amme hukuku faaliyetleri ile devletin fertlerle aynı haklara sahip olarak giriştiği hususî hukuk faaliyetleri arasında ayırım yapılmaktadır. Devletin özel bir şahıs gibi hususî hakların taşıyıcısı olarak kendini ortaya koyduğu faaliyetlerde kaza muafiyeti kabul edilmemektedir. Diğer bir söyleyişle muafiyet saf fonksiyonel bir muafiyet olarak hakimiyet alanında kalmaktadır.

Bu sisteme göre meselâ bir istimlâk kararı sebebiyle veya yabancı bir şahsı haksız olarak hudut dışına çıkardığı için bir tazminat talebine muhatap olan devlet, diğer bir devlet mahkemesinde muhakeme edilemez. Buna mukabil bir satım veya kira aktine istinad edilerek veya bir ticaret şirketinin şeriki olarak veya bir mirascı sıfatıyla aleyhine ikame edilen bir davanın devletler hususî hukuku yönünden yetkili olan diğer bir devlet mahkemesinde karara bağlanmasına mani bir düşünce yoktur.

Yabancı devletlerin diğer devletlerin kazasından mutlak muaf olmalarına karşı kuvvetli bir mukavemet şeklinde son yarım asırdan beri doktrin sahasında gittikçe kuvvetlenen bu sistem (13) birçok memleketlerin mahkeme tatbikatında da genellikle yer almaya başlamıştır. Sistem bu şekliyle 1886'dan beri İtalyan, 1903'ten beri Belçika mahkemeleri tarafından temsil edilmiş, son yarım asır içerisinde de İsviçrede ağırlığını hissettirmiş ve Fransız hukuk tatbikatında yer kazanmıştır. Özellikle Sovyet Rusyada bolşevik ihtilâlinin bir sonucu olarak devlet otoritesinin dış ticarete müdahalesi ve dünyanın bir çok ülkelerindeki bu neviden tatbikat, milletlerarası iş ve ticarî münasebetlerin tamamen kaza otoritesi dışında kalması tehlikesini yaratmış, bu tehlike ise kaza muafiyetinin gerçek hakimiyet fiillerine, amme hukuku alanına hasredilmesi temayülünü kısa zamanda kuvvetlendirmiştir.

İlk İtalyan ve onu takiben Belçika mahkemelerinin kararlarıyla tatbikat alanına geçen, tabir caizse, bu modern anlayış, 1886 tarihli bir karar ile *atti di impero* ve *atti di gestione* ayırımını ortaya koyan İtalyan Yüksek Mahkemesinin devamlı içtihadı haline gelmiştir. 11

(13) Bu konuda özellikle GMÜR, *Gerichtsbarkeit über fremde Staaten*, Zürich 1948, 100 ve 140 vd.'nda yer alan teferruatlı incelemeye bakınız.



Haziran 1903 tarihli Brüksel Temyiz Mahkemesinin kararıyla (14) yabancı devletin hakimiyet fiilleri ile hususî hukuk alanındaki faaliyetleri arasında bir ayırım Belçika tatbikatına da girmiştir. Kaza muafiyetini yalnız hakimiyet fiilleri için kabul eden Belçika mahkemeleri İkinci Dünya Harbinden sonra bu konuda daha da hassas olmuşturlardır.

Birinci Dünya Harbinden sonra bazı Fransız mahkeme kararlarının en azından ticarî meselelerde yabancı devleti Fransız kazasına tâbi tuttuğu görülmektedir. Gerçekten ilk olarak Cour de Paris, 19 Kasım 1926 tarihli kararında (15) «manifestations d'une activite commerciale»'in söz konusu olduğu bir vak'ada bu şekilde hareket etmiştir. Daha sonraki kararlarında da (16) devletin gördüğü faaliyetin ticarî vasıf taşıyıp taşımadığı üzerinde durulmuştur.

İkinci Dünya Harbinden sonra Federal Almanyada da mahkemelerin bir kısmı medenî hukuk ve ticaret hukuku sahasındaki faaliyetlerine dayanarak yabancı devletlere karşı ikame edilen davaları kabul etmiş ve Yüksek Mahkeme de bu anlayışa yaklaşmıştır (17). Birinci Dünya Harbinden itibaren İtalyan ve Belçika mahkemelerinin tatbikatına yanaşan Avusturya Yüksek Mahkemesi de 1950 yılında teferruatlı bir gerekçe ile hususî hukuk alanında kaza muafiyeti tanınmasını bir devletler hukuku mükellefiyeti olarak görmeyi reddetti ve Avusturya hukuku için tefrik teorisinin uygunluğunu karar altına aldı (18).

Bugün İsviçre hukukundaki tatbikat hususî hukuka ait münasebetlerin, taraflardan biri yabancı bir devlet olsa dahi, İsviçre kazasına tâbi olması şeklindedir. Böyle bir münasebetin İsviçre mahkemelerinde görülebilmesi için aranan bir şart, o hukukî münasebetin İsviçre ülkesi ile bir ilişkiye sahip olmasıdır (19).

Amerika Birleşik Devletlerinde de hususî hukuk ilişkileri bakı-

(14) Bkz. Zeitschrift für internationales Recht, 1806, 243 vd; Belçika Yüksek Mahkemesinin aynı mânâda diğer kararları için bkz. RIEZLER 394, n. 32.

(15) Journal Clunet 1927, 406.

(16) Bkz. RIEZLER 392.

(17) DAHM 234 ve n. 11 ve 12.

(18) Oberster Gerichtshof Wien, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 52 (1950), 531 (Çekoslavak Hükûmetine karşı Dralle Vak'ası).

(19) GULDENER, Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz, 1951, 4/5; SCHNITZER, Internationales Privatrecht, II, 4. Bası, 1958, 833.



mından mutlak muafiyet teorisinde çözümler olduğu anlaşılmaktadır. State Department'in hukuk müşavirinin bir yazısı ile 1952 yılından beri belirli hal alan bu durum, (20) mutlak kaza muafiyet teorisinin yegane sadık taraftarları olarak İngilterenin ve şark ülkelerinin (21) kaldığını göstermektedir. *Türk Temyiz Mahkemesinin* de sözünü ettiğimiz kararıyla en katı şekilde mutlak kaza muafiyet teorisinde ısrar ettiğini ve modern anlayıştan habersiz görüldüğünü tekrar belirtelim.

IV. Mutlak kaza muafiyet anlayışından, muafiyet sadece devletin hakimiyet fiillerine inhisar ettirmeye geçiş devresi içinde bulunan doktrin ve tatbikat bugünkü hali ile kuvvetli ve tam bir birlik içinde olmaktan henüz uzaktır (22).

Evvelâ şunu belirtmek icap eder ki yabancı devletlerin kaza muafiyetini tesbit eden hiç bir millî mevzuat yoktur. Buna matuf teşebbüsler, hatta mutlak muafiyet fikrinin en sert devirlerinde dahi, daima başarısızlıkla sonuçlanmıştır. Meselâ Almanya'da 1885 yılında Reich Hükümeti, parlamentoya (Reichstag) getirdiği bir kanun tasarısında yabancı bir devletin mahallî kazaya tâbi tutulamıyacağı hükmüne yer vermişti (23). Ancak bu tasarı kanunlaşamadı ve ilgili komisyonun görüşüne uymak mecburiyetinde kalan Hükümet tarafından geri alındı. İtalyada 25 Ağustos 1925 tarihli Decreto-legge, yabancı devletlere karşı girişilecek icra tedbirlerini Adliye Bakanlığının muvafakatına bağlamıştır. Fakat bundan, İtalyan mahkemelelerinin yabancı devletler üzerinde kaza hakkında sahip olmadığı bir yana aksine bir mana çıkarmak çok daha kolaydır. Gerçekten de İtalyan mahkeme tatbikatının bunu teyit ettiğini daha önce belirttik.

1. Millî kanunlarda herhangi bir istinat noktası bulunamaması karşısında, yabancı bir devleti tekml faaliyetleri itibariyle yurt içi kaza otoritesinden muaf tutan ve *genellikle* kabul edilmiş bir *devletler hukuku prensibinden* acaba bahsedilebilir mi? Konu olarak

(20) 23.6.1952 tarihli Department of State Bulletin, 26 (1952), 984/985. Ve ayrıca bkz. DIEZ 354; DAHM 234 ve özellikle n. 15.

(21) SCHNITZER 833.

(22) Farklı mânâda BERBER 218. Müellife göre, genel prensibe (mutlak kaza muafiyet) ve akdî hükümlere uyulmayan vak'alar devletler hukukuna ait olmayıp, devletler hususî hukukuna, yani iç hukuka aittir. Devletlerin mahkeme tatbikatı bu sebeple büyük farklılık göstermektedir.

(23) Bkz. RIEZLER 394, n. 36.



ele aldığımız Temyiz Mahkememizin Ticaret Dairesi kararı, «devletler hukuku ilkeleri» yabancı bir devletin diğer bir devlet nezdinde muhakeme edilmesine cevaz vermez demektedir. Halbuki böyle bir devletler hukuku ilkesinin varlığına, şu ana kadarki izahlarımızdan da anlaşılacağı üzere, rastlamak mümkün değildir.

a) Bu mânâda bir devletler hukuku ilkesinin milletlerarası sözleşmeler tatbikatına dayandırılması düşünülebilir.

Institut de droit international 11 Eylül 1891 yılında Hamburg toplantısında «sur la compétence des tribunaux dans les procès contre les États, souverains et chefs d'États étrangers» milletlerarası bir *tasarı* kabul etmişti (24). Tasarı halinden öteye geçemiyen bu teşebbüs yanında Birinci Dünya Harbi sonunda imzalanan barış sözleşmelerinde tamamen aksi hükümlere rastlamak mümkündür (25). Bu sözleşmelerin özellikleri ileri sürülebilse dahi, diğer birçok ikili sözleşmelerde de mutlak kaza muafiyetini reddedici hükümler sarih olarak yer almıştır. Bu gibi hükümler, meselâ, İsviçre'nin Romanya, Çekoslovakya, Bulgaristan ve Macaristan ile yapmış olduğu ve özellikle yabancı devlet mameleki üzerinde cebrî icra taleplerini kabul eden hükümleri de ihtiva eden ikili sözleşmelerde (26) bulunmaktadır. Benzer hükümler Birinci Dünya Harbinden sonra Sovyet Rusya'nın Almanya ve diğer bazı devletlerle (27) yaptığı ikili sözleşmelerde de yer almıştır. Bu sözleşmelere göre Sovyet Rusya kendi ticarî temsilcileri tarafından aktedilmiş olan hukukî muameleler için ikamet devletinin kazasına ve hatta yabancı memlekette bulunan hususî mameleki üzerinde cebrî icraya tâbi

(24) Annuaire, Cilt: XI (1889 - 1892), 436. Ayrıca bkz. Harvard Law School tarafından hazırlanmış olan «Competence of Courts in regard to Foreign Staates» hakkında sözleşme tasarısı, American Journal of International Law, Suppl., July 1932, 451 vd.. Ancak bu tasarı hudutsuz bir muafiyet kabul etmiş değildir.

(25) Versail Barış Sözleşmesinin 281 inci maddesine göre, Alman Hükûmeti, milletlerarası ticaret yaptığı takdirde, ticarî ilişkilerinde hâkimiyet hakkına istinaden herhangi bir «hakka, rüçhana ve muafiyete» sahip olamaz. Aynı hüküm için bkz. Avusturya bakımından St. Germain Sözleşmesi m. 233; Macaristan bakımından Trianon Sözleşmesi m. 216 ve Bulgaristan bakımından Neuilly Sözleşmesi m. 161.

(26) Bu sözleşmeler ve hükümleri için bkz. DIEZ 357 vd.

(27) 12.10.1925 tarihinde Almanya ile ve meselâ 1954 yılında Fransa ile yapmış olduğu sözleşmeler için bkz. DAHM 235 ve n. 17; 17 Mart 1948 tarihinde İsviçre ile yapmış olduğu sözleşme için bkz. Amtliche Sammlung des Bundesgesetze, 1948, 368.



olmaktadır. Devlet gemilerinin muafiyeti hakkındaki kaidelerin birleştirilerek tesbitine dair 10.4.1926 tarihli Brüksel Sözleşmesi ve 19.3.1940 tarihli milletlerarası deniz ticareti hukuku hakkındaki Amerikalılar arası Montevideo Sözleşmesi de tefrik anlayışına istinat eder.

Milletlerarası sözleşmeler üzerindeki şu kısa tetkik dahi mutlak kaza muafiyeti ilkesini milletlerarası sözleşmelere dayandırmanın mümkün olmadığını göstermekle kalmamakta, aksine modern anlayışın milletlerarası sözleşmeler tatbikatında da ağırlık kazandığı fikrini (28) teyit etmektedir.

*Türk Temyiz Mahkemesinin* Ticaret Dairesi kararı da, yabancı devletlerin (hâdisede Amerika Birleşik Devletleri) mutlak muafiyete sahip olarak Türk kazasına tâbi olmayacaklarını tesbit eden bir milletlerarası sözleşmenin varlığından bahsedememiştir (29).

b) Mutlak kaza muafiyetini temin eden milletlerarası bir teamül kaidesinin varlığı da bugün için iddia edilemez. İhtimalki «devletlerin, özel hukuk ilişkileri dışındaki faaliyetlerinden dolayı, yabancı devlet mahkemeleri önünde yargılanamayacağı kuralının günümüzde bir milletlerarası teamül kuralı olduğunu ve devletlerin

---

(28) DAHM 234.

(29) Ticaret Dairesinin kararında yabancı devleti Türk kazasına tâbi tutan «bir anlaşmanın mevcudiyeti iddia edilmemiştir» denmektedir. Bu ifadeyi «bir anlaşma mevcut değildir» şeklinde anlamak zarureti vardır. Amerika Birleşik Devletlerinin Türk kazasına tâbi olacağını belirten bir milletlerarası sözleşme mevcut ise, Türk mahkemesi bunun iddia edilmesine ihtiyaç kalmaksızın hükümlerini tatbik etmek mecburiyetindedir. Anayasamızın 65 inci maddesi, «usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar **kanun** hükmündedir», demektedir. Milletlerarası hukuk yönünden «kanun hükmünde» tâbiri tereddütlere sebep olabilmektedir (Bkz. ÇELİK, Milletlerarası Hukuk, 1962, 130; MERAY, Devletler Hukukuna Giriş, I, 3. Bası, 1968, 131). Ancak usul hukukunda Türk mahkemelerinin usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası sözleşmeleri tatbik edip etmemek hususunda tereddüde düşme ihtimalleri Anayasanın bu hükmü ile ortadan tamamen kalkmış olmaktadır (Anayasa hükmünün sadece bu tereddüdü ortadan kaldırmak için konulma ihtimali için bkz. ÇELİK, 130). Usul Kanununa göre bir kanun hükmünün taraflarca iddia ve isbat edilmesine lüzum yoktur (m. 76 c. 1). Bir «kanun» hükmünde olan sözleşmelerin de mevcudiyetini iddia ve isbat etmeyi taraflardan beklemek mümkün değildir. Mahkeme Türk kanunları gibi, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası sözleşmelerin hükümlerini de re'sen tatbik mükellefiyetindedir.



yargı yetkilerinin, bu muaflik nedeniyle sınırlandığını söylemek gerçeklere aykırı düşmez» (30). Fakat bugün devletlerin hususî hukuk sahasındaki faaliyetleri ve özellikle ticarî faaliyetleri için bir kaza muafiyetinden bahsetmek imkânı yoktur (31). Evvelâ, daha önce belirtildiği gibi, bu mânâda genel bir tatbikattan söz edilemez. Sonra da, devletin hâkimiyet fiilleri dışında kalan faaliyetlerini mahallî kazaya tâbi tutma yolundaki gelişmenin, milletlerarası tea-mül kaidesi olarak yer etmekte olduğunu kabul zarureti vardır (32), ilk önceleri hatta ittifakla mutlak kaza muafiyetinin desteklendiği bir an için kabul edilse dahi (33).

O halde mutlak kaza muafiyeti fikrini devletler hukuku ilkesi olarak benimsemek mümkün değildir. Temyiz Mahkememizin kararı dayanmış olduğu gerekçe yönünden *yanlış* olmaktadır.

2. Acaba devletlerin mutlak kaza muafiyeti teorisi, gerekçesi ve hukuk politikası yönünden müdafaa edilebilir mi?

a) Mutlak kaza muafiyeti teorisinin taraftarları gerekçe olarak daima devletlerin eşitliğine ve bağımsızlığına dayanmışlardır. Bir devletin diğer devletin kaza otoritesine tâbi olabilmesi, devletlerin eşit haklara sahip olması prensibiyle uyuşmaz: *par in parem non habet imperium* (veya *par contra parem non habet imperium*). Bu prensibin bir sonucu da şu olmaktadır: *par in parem non habet iurisdictionem* (veya *par contra parem non habet iurisdictionem*). Gerçekten, kaza hakkı da devlet hâkimiyetinin bir tezahürüdür. Bir devletin hâkimiyet alanında diğer bir kaza hakkını kullanmak durumunda ise bu o devletin hâkimiyetine bir tecavüz kabul edilmek icap eder. Bu itibarla yabancı devletin hâkimiyet fiilleri üzerinde kaza otoritesini yürütmek isteyen bir devlet, yabancı devletin hâkimiyet haklarını ihlale teşebbüs etmiş olur. Devletin hâkimiyet sahasına giren fiilleri için, yabancı devletin kazasından muafiyet tanınması eşitlik ve bağımsızlık anlayışının normal sonucudur.

Ancak bir devletin kaza otoritesi, diğer bir devletin hâkimiyet fiilleri üzerinde tesis edilmek istenirse böyle bir ihlalden söz edilebilir. Aksi halde bir ihlal düşünülemez. Devletin hâkimiyet hakkı

(30) ÇELİK 43; aynı mânâda RIEZLER 396.

(31) WENGLER, Völkerrecht, II, 1964, 949/950; DAHM 235 ve n. 19; VERDROSS 230 vd.; RIEZLER 396; ÇELİK 43.

(32) Bkz. ÇELİK 43; farklı şekilde BERBER 219.

(33) RIEZLER 397.



ile ilişiği olmayan hususî hukuk münasebetlerinde tesis edilecek bir kaza otoritesi o devletin hâkimiyet hukukunu uzaktan yakından ilgilendirmemektedir. Devlet kendi vatandaşları karşısında da bazan hâkimiyet hakkı sahibi olarak bazan de hususî hak ve borçların muhatabı olarak yer alır. Ve devlet hususî hak ve borçların sahibi olarak çok defa kendi mahkemeleri önüne çıkmak zorunda kalır. Hiç kimse, meselâ tren kazasına uğramış olan dâvacının, kendi devletine karşı ikame ettiği tazminat talebi dâvasında, hâkimiyet hakkının taşıyıcısı olan devletin aynı zamanda dâvalı olmasının bir tezat teşkil ettiğini iddia etmek istememiştir. Kaza hakkı yönünden, hâkimiyet sahibi devlet ile hususî hukuk süjesi devlet arasında bir ayırım yapılırsa, bu onun varlığında değil, onun fonksiyonlarında ve fiillerinde yapılmış olur.

b) Devletlerin mutlak kaza muafiyetini kabul etmek *hukuk politikası* bakımından da haklı görülemez. Ancak mukabil iddialar da vardır. Şöyle ki modern devlet dar mânâda hâkimiyet faaliyetleri ile sınırlandırılmaz. Tam aksine sosyal refah devleti olarak tekmin refahı için teknil vasıtalarını kullanmak zorundadır. Hâkimiyet faaliyetlerinin nev'ini ve hudutlarını her devlet hükûmran olarak bizzat tesbit eder. Meselâ devlet, faaliyetini hususî hukuk sahasına bir monopol tesisi yoluyla teşmil ettiği takdirde, bu, o sahanın da onun hâkimiyet ve amme hukuku faaliyet alanına ait olduğu ve hiç bir yabancı devletin onu bu faaliyetinden men'edemeyeceği mânâsına gelir. Fakat biz bu noktada problemi ahlakî yönden ele alan müelliflere (34) iltihak etmenin zaruretine inanıyoruz. Gerçi gerek ortaya çıkış alanları gerekse sahip oldukları tesir sahalari itibariyle hukuk ve ahlâk aynı mânâyâ sahip değildir. Ancak hukuk politikası, bu iki normatif kudret arasındaki ilişkiyi dikkate almak zorundadır. Zira bu ilişki halkın kanunlara riayet hissini yapıcı unsurlarından birini teşkil eder. Yabancı bir memlekette ticarî faaliyetlere girişen ve tamamen kazanç temini gayesiyle hareket eden bir devlet, bu faaliyetinden doğan bir ihtilâf sebebiyle yetkili bir mahkeme önüne davet edildiğinde, kendi kaza muafiyetini ileri sürebilmekte ise, böyle bir kanunî düzenin ahlakî temele dayanan kanuna riayet hissiyle bağdaşabileceğini iddia etmek müm-

(34) Ezcümle RIEZLER 399.



kün değildir. Daha açık bir söyleyişle böyle bir iddia, kanunîliği münakaşası bir yana, her şeyden evvel ahlakî değildir.

Burada düşünülebilecek diplomatik yollarla alacaklının taleplerini yerine getirebilme ihtimali, sadece aldatıcıdır. Devletler arasındaki iyi ilişkileri, her hangi bir şahsın ihtilâf konusu olan talebini yerine getirmek için artık bozamamaktadırlar. Üstelik hukukî gerçeği ifade ettiği kabul edilen bir mahkeme hükmüne riayet etmek istemiyen yabancı devletin, ihtilâfı diplomatik yolla hasmı lehine halle yanaşması oldukça uzak bir ihtimaldir. Burada özel ticaret rekabeti yönünden beliren tereddütleri de zikretmek gerekir. Ticarî rekabete giren ve rekabetinde yapmış olduğu ticarî muamelelerin sorumluluğundan kendini uzak tutan bir devlet hiç şüphe yok ki haksız bir rekabet halindedir ve bütünü ile rekabet düzenini bozmaktadır. Böyle bir mütalaaya karşı, hükümetlerin birbirleriyle herhangi bir ihtilâfı diplomatik yolla halletmelerinde «hikmeti hükümet» anlayışının önemli rolü olduğu söylenebilir (35). Buna uygun olarak, bir devlet mahkemesinde diğer bir devletin muhakeme edilmesi ve muhakemenin çeşitli safhalar göstermesi, o yabancı devletin itibarına dokunabilir ve neticede devletlerarası ilişkiler kötü bir yola girer iddiası da yok değildir. Bu şekilde devletin şeref ve itibarına yapılan atıf, devletin hâkimiyet tahtından inerek bir banker, bir ticarî müteşebbis veya bir iş adamı olarak faaliyette bulunduğu yerlerde hiç bir şekilde inandırıcı olamaz. Bu iddia ancak yabancı devletin hâkimiyet fiilleri üzerinde bir kaza otoritesi tesis edilmesi halinde varit olabilir. Zira hâkimiyet hakları üzerinde devletler fazlasıyla hassastırlar ve hâkimiyet haklarının ihlâli şüphesi dostane ilişkileri bozmaya kâfi gelmektedir. Fakat hâkimiyet hakkı ile ilişiği olmayan saf hususî hukuk münasebetlerinde böyle bir şüphe söz konusu olamayacağına göre, iddia da varit olmamaktadır.

İşte bu tereddüt ve fikirler karşısında devletin mutlak kaza muafiyeti lehine mevcut deliller ve iddialar ağırlık ve mânâlarını kaybetmiş gözükmetedir (36). Yabancı bir ülkede hususî bir fert gibi sırf kazanç gayesiyle ticarî faaliyetlere girişen, diğer bir söyleyişle, hususî hukuk ilişkileri tesis eden bir devleti, bu ilişkilerden

(35) 1885 yılında Alman Reich Hükümeti de «Reich'in dostane münasebetlerini zedelemeye» müsait olan müdahaleleri bertaraf etmek için yabancı devletleri Alman kazasından muaf tutan kanun tasarısının meclise sevk edildiğini iddia etmiştir, bkz. TRIEPEL 222 vd.

(36) DAHM 230.



doğan ihtilâflar için mahallî kazadan muaf tutma gayreti ne ahlakîdir ve ne de mantıkî bir gerekçeye sahiptir.

c) Bir devletin hâkimiyet fiilleri ile hususî hukuk faaliyetleri arasındaki hattı kesin olarak çizmenin güçlüğü inkâr edilemez. Bir devletin ne zaman bir hâkimiyet hakkını kullanan devlet olarak ne zaman hususî bir şahıs gibi hareket ettiğini tesbit etmek bazı durumlarda zor tayin edilebilir. Gerçekten de modern refah devletinde hususî hukuk ve amme hukuku birbiri içine girmekte, hususî hukuk amme hukuku unsurlarına sahip sosyal ve plânlı iktisadî düzen fikrinin tesiri altında tatbik edilmektedir. Bunun için de amme idaresi özel ticaret hayatının hukuk formlarından ve metodlarından prensip olarak tefrik edilemiyen hukuk formları ve metodları kullanılmaktadır. Bu gibi durumlarda hangi ölçünün uygulanacağı, muamelelerin hukukî mahiyeti mi, yoksa gayesi üzerinde mi durulacağı tereddüt doğurmaktadır. Ancak bu ayırım güçlüğü, hiç bir zaman doğruluğunu kabul edebileceğimiz bir prensibi feda etmek, onun yerine haksızlığı aşikâr bir anlayışa bağlı kalmak için sebep teşkil edemez. İç hukuk alanında da medenî hukuk ihtilâfları ile idare hukuku ihtilâfları arasındaki ayırımın bazan kullanılan mefhumların kâfi derecede vazıh olmaması yüzünden güçlüğe sebebiyet vermesi görülebilir. Ama bu güçlük hiç bir zaman söz konusu ayırımın kaldırılmasını iddiaya gerekçe olamamıştır. Hâkimiyet fiilleri ile devletin hususî hukuk faaliyetleri arasında huduttaki meselelerin ayırımı için ileri sürülen kıstasların (37) bazı özel hallerde kifayetsiz kalacağı iddiası ne mutlak muafiyetin kabulü ne de bunun karşısında yer alan modern anlayışın reddi için başlı başına bir sebep teşkil eder. Üstelik bu ayırım nadiren güçlük göstermektedir, güçlük gösterdiği zaman da imkânsız değildir. Basit bir ölçü uygulamak, yani devlete ait bir faaliyetin «iure imperii» veya «iure gestionis»

(37) Belçika Yüksek Mahkemesinin 11 Haziran 1903 tarihli bir hükmünde basit olarak ifade ettiği formüle göre, devlet «bir hususî şahsın da yapabileceği şeylerin aynını» yaparsa, iure imperii değil, iure gestionis faaliyette bulunmuş olur, (bkz. Zeitschrift für internationales Recht, 1906, 243 vd.). Fransız Yüksek Mahkemesi de ticarî ilişkilerde, devletin hâkimiyet sahibi olarak mı yoksa özel şahıs olarak mı faaliyette bulunduğunu araştırmaksızın, bu faaliyetin ticarî vasıf taşıyıp taşımadığını tesbit yolunu seçmiştir, bkz. yukarıda dip not: 15 ve 16.



olduğunu *lex fori*'nin ölçülerine göre tesbit etmek (38) de mümkündür.

d) Devletin kaza muafiyeti ile diplomasi temsilcilerine tanınan kaza muafiyeti arasında mevcut hukukî ve fiilî farklılık, diplomasi temsilcilerine özel muamelelerinde de tanınan muafiyetin sebebini izah eder. Gerçekten diplomatik temsilcilerin kaza muafiyetlerinin hususî hukuk muamelelerine de teşmilinin devletler hukuku tarafından kabul edilmiş bir kaide olduğu söylenebildiği nisbette hukukî farklılık mevcuttur. Zira devletlerin bu sahada kaza muafiyetleri bugün bir devletler hukuku kaidesi olarak kabul edilememektedir. Fiili farklılık ise aşikârdır. Yabancı memlekette bulunan diplomatik temsilcinin hayatını devam ettirebilmesi için bir takım hususî hukuk muamelelerine girmesi (satım akti, bankada hesap açtırmak gibi) zaruridir. Buna mukabil böyle bir zarurettten tamamen uzak olarak, sırf kazanç gayesiyle hususî hukuk muamelelerine girişen devletin icabında bunların hukukî neticelerine de katlanmaları kadar tabiî bir şey olamaz. Şüphesiz diplomatik temsilcilerin kaza muafiyetleri dahilinde mütalâa edilen tekml hususî hukuk ilişkileri hayatın devamı için behemahal zarurî vasıfta değildir. Fakat her vak'a için özel bir tetkike girişmemek, hukukun istediği pratikliğin sonucu (39) olmaktadır.

Bu noktada diplomatik temsilcilerin kaza muafiyetleri ile devletin kaza muafiyetini geniş mânâda birbirine karıştıran Temyiz Mahkememizin bir kararına da temas etmeliyiz. Temyiz Mahkememizin yine Ticaret Dairesi 23 Aralık 1950 tarihli bir kararında (40), yabancı devletin hususî hukuk münasebetlerinden doğan bir ihtilâfta kaza muafiyetini, diplomasi temsilcilerine tebliğat yapılamıyacağı kaidesi ile karıştırmış gözükmektedir. Haklı olarak belirtildiği gibi (41) diplomatik temsilcilere tebliğat yapılamıyacağına dair olan ve ilgili kararda istinat edilen Kararnamede (42) söz konusu edilen tebliğat, bu şahıslar aleyhine açılan dâvalar hakkında olup, bun-

(38) Bkz. VERDROSS 231 ve bu ölçüyü kullanan kararlar için aynı sahifede dip not: 4.

(39) RIEZLER 401.

(40) Kararın metni ve tenkidi için bkz. BERKİ, Devletler Hususî Hukuku, II, «Kanun İhtilâfları», 6. Bası, 1966, 341 vd.

(41) BERKİ 340/341.

(42) 9 Aralık 1931 tarihli Kararname; metni için bkz. MERAY, Devletler Hukukuna Giriş, II, 3. Bası, 1965, 599 vd.



ların temsil ettikleri Devletler aleyhine açılan dâvalar için değildir. Kaza muafiyeti şumulüne girmeyen bir hukukî muameleden dolayı yabancı devleti temsil eden diplomatik temsilciye tebliğat yapılabilmesini önleyici bir düşünce yoktur.

V. Yabancı devletlerin kaza muafiyetine sahip olduğu sahalarda yabancı devlet aleyhine *cebrî icra tedbirlerinin* söz konusu edilemeyeceği aşikârdır. Ancak yabancı devletlere karşı kaza hakkının varlığının kabul edildiği durumlarda, bu nevi tedbirlere teşebbüs edilebilip edilemeyeceği üzerinde durmak gerekir. Kaza hakkının varlığından hareket edildiği takdirde, icra tedbirlerine de başvurulabilmesi mantıkî bir sonuç olarak nazara alınmak icap ederse de, meselâ devleti hususî hukuk ilişkilerinde mahallî kazaya tâbi tutan tatbikatın öncülerinden biri olan Belçika mahkemeleri bazı kararlarında (43) hususî hukuk faaliyetleri bakımından da yabancı bir devlete karşı *cebrî icra tedbirlerini* reddetmiştir. Bunun yanında İngiltere, Amerika Birleşik Devletleri, Hollanda ve hatta İtalya tatbikatı da yabancı devlete karşı her türlü icra tedbirlerini reddederken, diğer bazı devlet mahkemeleri bu nevi tedbirlere müsaade etmekten geri kalmamışlardır (44).

Yabancı devletlere karşı *cebrî icra tedbirlerini* kabul eden İsviçre tatbikatı (45) üzerinde durulmaya değer derecede önemli bir gelişme göstermiştir (46).

Birinci Dünya Harbinden sonra Federal Hükûmet, yabancı memleketlerdeki İsviçre devlet mamelekine karşı yapılan ihtiyatî haciz takiplerinde mutlak muafiyet görüşünü benimsemekteydi (47). Bu-

(43) Cour d'appel de Brûxelles, 27.6.1921 (Journal Clunet 1922, 739 vd.); Cour de Bruxelles, 17.1.1938 (Revue critique de droit international 1939, 316). Ayrıca bkz. von Hellfeld vak'ası, yukarıda dip not: 6.

(44) Bu devletler için bkz. DIEZ 355 ve n. 19 ve 20.

(45) İsviçre kanunları yabancı devlet mamelekine karşı ihtiyatî haciz ve *cebrî icra takipleri* hakkında sarîh bir hükümden mahrumdur. Ancak «Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs» (SchKG) m. 271 III anlaşmaları mahfuz tutmaktadır.

(46) Özellikle bkz. KOHLI, Die Schuldbetreibung gegen fremde Staaten, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 68 (1932), 4; GMÜR, Zur Frage des gerichtlichen Immunitaet fremder Staaten und Staatsunternehmen, Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht, 7 (1950), 9; DIEZ 355 vd.

(47) Meselâ 1891 yılında İsviçre Federal Hükûmeti, Cenevre şehrinin Dük Karl von Braunschweig'in küllî halefi olduğu hukukî ihtilâfta, Fran-



na mukabil Federal Mahkeme 13 Mart 1918 tarihli Avusturya Maliye Bakanlığı/Dreyfus vak'asında vermiş olduğu meşhur kararında (48), yabancı devlet mamelekine karşı girişilen ihtiyati haciz talebini kabul etmiştir. Bu kararında Federal Mahkeme, ihtilâf konusunun mahkeme tarafından serbest ve müstakil olarak hükme bağlanabileceği İsviçre hukukunun bir yetki meselesi olduğunu kabul ve sonuçta İsviçre kazasının varlığından hareket etmiştir. Bu karar karşısında Federal Hükûmet, o zamanki fevkalâde yetkilerine istinaden, yabancı devlet mamelekine karşı yapılan ihtiyatî haciz taleplerinin kabul olunamayacağını 12 Temmuz 1918 tarihli bir Kararnameyle (49) ilân etmiştir. Ancak bu Kararname, Hükûmetin Federal Mahkeme tatbikatına direk bir müdahalesi kabul edildiğinden sert tenkitlere muhatap olmuştur. Bunun üzerine Federal Hükûmet bu Kararnameyi normal bir kanun hükmü haline getirmeyi tecrübe etmiş ve 23 Ocak 1923 tarihinde yabancı devletlerin mamelekine karşı ihtiyatî haciz ve cebrî icra tedbirlerine dair bir kanun tasarisını Federal Meclise sevk etmiştir (50). Ancak tasarı kanunlaşmamış ve sonuçta Federal Hükûmet 8 Temmuz 1926 tarihinde 12 Temmuz 1918 tarihli Kararnameyi kaldırmıştır.

İsviçre Federal Mahkemesi 28 Mart 1930 tarihinde, Yunan Cumhuriyeti/Obergericht Zürich vak'asında yeniden yabancı bir devlet aleyhine ihtiyatî haciz konma talebi hakkında karar verme fırsatını bulmuştur (51). İsviçre kanunlarının bu konudaki boşluğundan hareket eden Federal Mahkeme, teferruatlı bir şekilde, özellikle Belçika ve İtalyan hukuk tatbikatını inceledikten sonra (52), yabancı bir devlet mameleki üzerinde ihtiyatî haciz taleplerinin ancak iure gestionis fiillerde söz konusu olabileceğine, ayrıca ihtilâf konusu hukukî ilişkinin doğumu veya muhtevası itibariyle İsviçrede İsviçrenin hukuk nizamına tâbi olmasını gerektiren bir bağlantıya sahip

---

sız mahkemesinde, bir devlet mahkemelerinin diğer bir devlete karşı ika-me edilmiş medenî hukuk dâvalarını, onun muvafakatı olmadığı takdirde, bakabilme yetkisine sahip bulunmadığını iddia etmiştir, bkz. Bundesblatt 1892, II, 810.

(48) BGE 44 I 49 ve keza bkz. BGE 82 I 75.

(49) Amtliche Sammlung der Bundesgesetze, 34, 775.

(50) Bundesblatt 1923, I, 419.

(51) BGE 56 I 237 ve ayrıca bkz. KOHLI 4 vd.

(52) Evvelce zikredildiği gibi, bu iki hukuk tatbikatı iure imperii ile iure gestionis fiiller arasında ayırım yapan anlayışın öncüleri olmuştur.



olması gerektiğine karar vermiştir. Bu bağlantı meselâ hukukî ilişkinin İsviçrede tesis edilmesi, aktedilmesi veya icra edilmesi ile tahakkuk edebilecektir. İsviçre Federal Mahkemesinin bu kararı o zamandan beri yabancı devlet mameleki üzerinde yapılan ihtiyatî haciz talepleri için daima yol gösterici olmuştur (53).

İkinci Dünya Harbinin başında, Alman bankalarıyla aktedilmiş bulunan borç vadelerinin temdidine ait sözleşmelerin feshi sonucu olarak borçlu devletlere karşı İsviçrede sayısız ihtiyatî haciz teşebbüsleri başlamıştır. Buna ilâve olarak iktisadî harp sahasında, hasım devletin İsviçrede bulunan mamelekine karşı ihtiyatî haciz yoluyla el koyma tehlikesi de mevcuttu. Federal Hükûmet yine fevkalâde yetkilerine dayanarak tekrardan yabancı borçlulara karşı ihtiyatî haciz ve cebrî icra takiplerine mani olmak için bir Kararnameyi 24 Ekim 1939 da neşretmiştir. Bu Kararnameye göre yabancı devletlere karşı bu nevi takipler yalnız Federal Hükûmetin sarih muvafakatı ile mümkün olabilmekteydi (54). İkinci Dünya Harbinden sonra çeşitli taraflardan gelen baskılar sonucu Federal Hükûmet 3 Eylül 1948 tarihinde bu Kararnameyi de yürürlükten kaldırdı. Böylece İsviçre tekrar Federal Mahkeme tatbikatına dönmüş oldu.

Bu arada doğu ülkelerindeki *millileştirme* tedbirlerinin sonucu olarak İsviçredeki yabancı devletlerin ve özellikle devlet teşebbüslerinin mameleklerine karşı ihtiyatî haciz talepleri yeniden arttı. Bunun üzerine İsviçre bu gibi doğu ülkeleriyle yaptığı sözleşmelerde ihtiyatî haciz talep ve imkânlarını özel olarak düzenleme yolunu seçti (55). Biz sadece burada özel bir sözleşmenin bir hükmünü belirteceğiz. Bu hüküm 17 Mart 1948 tarihli İsviçredeki Sovyet Rusya'nın ticaret mümessilliği hakkındaki Sözleşmenin 5 inci maddesinde yer almıştır (56). Buna göre, ticarî ilişkilerden doğan ihtilâflarda Sovyet Rusya Ticaret Mümessilliği aleyhine alınan kesinleşmiş hükümlerin cebrî icrası mümkündür. Ancak cebrî icra yalnız

(53) DIEZ 356. Diğer kararlar: BGE 71 III 187, 73 III 158, 74 III 18, 76 III 60, 82 I 75.

(54) Kararname yürürlükte kaldığı sürece Federal Hükûmet 6 müracaata muvafakat verdi, 11 müracaatı reddetti. Bkz. DIEZ 357 ve Kararname için aynı sahifede dip not: 31.

(55) Bu nevi sözleşmeler ve hükümleri için bkz. DIEZ 357 vd.; GULDENER 5, n. 19.

(56) Bkz. Yukarıda dip not: 27.



Ticaret Mümessilliğinin matlubuna ve onun mülkiyetinde bulunan mallara şamildir.

Federal Hükûmet son zamanlarda daha keşin olarak Federal Mahkeme tarafından tesis edilmiş olan tatbikata uygun olarak hareket etmeye başlamıştır. Gerçekten de Tediye sözleşmeleri dolayısıyla doğu devletleri ile üzerinde uyuşulan ihtiyatî haciz kayıtları Federal Mahkeme tarafından konulan kriterlere uygundur. Ezcümle, yabancı devletlere karşı ihtiyatî haciz taleplerinin, yabancı bir devletin ticarî faaliyetlerinden doğan hukukî münasebetin İsviçre ile lüzumlu iç irtibata sahip olması halinde nazara alınacağı sözleşme hukukuna da hâkim olmuştur.

Kısaca belirttiğimiz İsviçre hukukundaki bu gelişme de göstermektedir ki, bir takım politik düşünceler dışında, yabancı devlet üzerinde kaza hakkını kabul ettikten sonra bunu yalnız mahkemedeki karar safhasına hasretmek ve icra safhasında tekrar mutlak muafiyete dönüş için hukukî bir sebep bulmak zordur. Kaza hakkı hem karar ve hem de icrayı içine alır. Bir çok hukuk nizamlarında karar usulü ile icra usulünün birbirinden ayrı konular olması gayedeki ayniyeti değiştirmez. Alacaklının gayesi yalnız talebini hükme bağlamak değildir. Bu hükmü icra ettirmek, yani alacağını fi'len eline geçirmek alacaklının temel ve nihaî hedefidir. Alacaklıya hukukî bir himaye bahşetmek isteyen devletin bunu yarıda bırakması, yani alacağı karara bağlayıp icra edilmesine mani olmasını izah edebilecek hukukî bir gerekçe bulunmamaktadır. Kararın alındığı devlette, yabancı devletin icrayı mümkün kılan bir mameleki bulunmaması halinde, bu kararın diğer memleketlerde icrasının çok zor, hatta imkânsız olması iddiası sonucu değiştirmez. Üstelik bir devletin sahip olduğu tediye imkânları göz önünde tutulursa, ona nisbetle iktisaden çok zayıf durumda bulunan alacaklı karşısında, yabancı devleti korumanın mânâsızlığı aşikârdır. Her halde, yabancı bir devlet mamelekinde yapılan icranın, o devletin hâkimiyet hukukuna aykırılık teşkil ettiği iddia edilemeyecektir. Zira böyle bir iddia devletin hâkimiyet hakkı ile mamelekini tev'em görmek gibi mantıksız bir sonuca bizi ulaştırırdı (57).

İcra yabancı devletin idarî mamelekinde, yani amme hizmetine arzettiği şeyler üzerinde, meselâ sefaret ve konsolosluk gibi hizmet binalarında, bu binaların mefruşatında, telefon ve telgraf



gibi haberleşme sistemleri üzerinde söz konusu olamaz. İcra yabancı devletin veya yabancı devlet teşebbüsünün hususî hukuka tahsis ettiği kıymetler üzerinde düşünülebilir.

## VI. SONUÇ :

Her yabancı şahıs üzerinde olduğu gibi yabancı bir devlet üzerinde de kaza yetkisi milletlerarası ve millî yetki şartlarına göre tahakkuk eder. Ancak bu prensipten farklı olarak yabancı bir süjenin kaza muafiyetini tesis eden bir hukuk kaidesi isbat edilebildiği takdirde milletlerarası ve millî yetki şartlarının varlığına rağmen kaza yetkisi kullanılamaz. Yabancı devletin hâkimiyet tasarrufları için o yabancı devleti kaza otoritesinden muaf tutan bir milletlerarası tatbikat ve fikir birliğinin mevcudiyeti üzerinde ihtilâf yoktur. Buna mukabil hususî hukuk süjesi olarak faaliyette bulunan bir yabancı devlet için böyle bir istisnaî kaide ne kanundan ve ne de bugünkü devletler hukukundan çıkarılabilmektedir.

Dünyanın tek mil hukuk sistemlerinin, yabancı devletleri, üzerinde hükümet nüfuz ve iktidarı bulunan faaliyetler sahasında mahallî kazadan muaf tuttuğu bir vakıadır ve hatta bu hususta bir *hukukî mükellefiyetin* mevcut olduğu kanaati yaygındır. Bu noktaya kadar müşterek milletlerarası bir hukukî inanış ve teamül hukuku kaidesinin varlığı kabul edilebilmektedir. Fakat bunun dışında ne müşterek bir hukukî inanış ve ne de bir teamül kaidesi vardır. Yabancı devletleri hususî hukuk, iş ve ticarî ilişkiler sahasında mahallî kazaya tâbi tutan sayısız hukuklar göz önüne alınırsa, mutlak kaza muafiyetinin tanınmasını temin eden bir devletler hukuku mükellefiyetinin kabulü için ısrar artık mânâsız olur.

Halbuki *Türk Temyiz Mahkemesinin* incelediğimiz kararı ve tatbikatı, bütünü ile, eskiliğinde artık şüphe kalmamış olan ve gerek milletlerarası doktrin gerekse milletlerarası mahkeme tatbikatında hemen hemen çoğunlukla reddedilmekte olan mutlak kaza muafiyeti fikrini hâlâ en katı şekilde kararlarına gerekçe yapmakta mahzur görmemiş ve bunu müstakar içtihadı haline getirmiştir. Öyleki «devletler hukuku ilkeleri... hükûmran bir devletin diğer bir devletin nezdinde muhakeme edilmesine cevaz vermez» derken, Temyiz Mahkememiz asgari bugün genellikle reddedilen bir anlayışı «devletler hukuku ilkesi» olarak gösterebilmiştir. Yukarıki izahlarımızda



belirtildiği üzere hiç bir devirde bu mutlak mânâsıyla bir devletler hukuku kaidesi olarak kabul edilmemiş olan böyle bir anlayışın bugün Türk mahkeme tatbikatından da artık uzaklaşması icap etmektedir.

Temyiz Mahkememizin kararına konu teşkil eden hâdisede bir hususî hukuk problemi söz konusudur. Karardan anlaşıldığına göre, Amerika Birleşik Devletlerinin hâkimiyet hakkı ile ilişki mevcut değildir, zaten böyle bir ilişki ne kararda zikredilmiş ne de Amerika Birleşik Devletleri tarafından iddia edilmiştir. İddia ve Temyiz Mahkemesinin kararı sadece Amerika Birleşik Devletlerinin kaza muafiyetinden feragat edip etmediği noktasını münakaşa etmiştir. Kararın metni bir feragatın bulunmadığını kabule müsaittir. Ancak Temyiz Mahkemesinin Türk mahkemesinin kazasına tâbi olma hususunda yabancı devletin muvafakatını değil de, «sarih» muvafakatını araması, bizi ister istemez Yüksek Mahkememizin hukuk dışı düşüncelerle hareket ettiği kanaatine götürmektedir. Zira yabancı bir kaza hakkına tâbi olma, bir taraflı, gayri kabili rücu ve şekle bağlı olmaksızın, bu itibarla *zımnen* de mümkün olan bir beyanla vuku bulabilir (58). Daha önce zikrettiğimiz diğer bir kararı da (59) dikkate alınırsa, Temyiz Mahkememizin hangi yanlış gerekçe ile olursa olsun yabancı devletlerin taraf olduğu dâvalara, onların rızaları bulunmadığı takdirde, bakmama fikrinden hareket ettiği anlaşılmaktadır.

Yüksek Mahkemenin kararında hukuken doğru olarak belirtebileceğimiz yegâne husus, yabancı devletin, kaza muafiyetine sahip bulursa dahi, «gayrimenkule ilişkin dâvalarda» gayrimenkulün bulunduğu ülkenin kazasına tâbi olacağı prensibidir. Ancak bunu da «gayrimenkullerin aynı hukukî durumları hakkındaki hukukî ihtilaflar» şeklinde anlamak daha açık ve doğru olur.

Son olarak şu hususu da belirtelim ki, kaza muafiyeti halinde, yani yabancı bir devlet üzerinde kaza hakkı mevcut değilse, devletler hukuku tarafından tesis edilmiş olan bir dâva şartının noksanlığı vardır. Diğer bir söyleyişle, madde veya yer itibariyle veya

(58) ROSENBERG, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 9. Basi, 1961, 71; devletler hukuku yönünden DAHM 232 ve 245.

(59) Yukarıda dip not: 40'a bkz.



milletlerarası yetkisizlik sebebiyle bir *yetki noksanlığı* söz konusu değildir (60).

Söylediklerimizi özetlersek: Temyiz Mahkememizin kararına konu teşkil eden hâdisede bir hususî hukuk münasebeti (istisna akti) vardır. Bu münasebette yabancı devletin hâkimiyet hakkının kullanılması söz konusu değildir. Türk kanunlar ihtilâfı hukukuna, daha belirli bir söyleyişle Türk milletlerarası yetki kaidelerine göre Türk mahkemesinin dâvaya bakma yetkisi mevcut ise — ki bu hususta bir ihtilâf yoktur —, usul kanunu hükümlerine uygun şekilde dâvanın karara bağlanması icap eder. Verilen kararın icrası imkânı ayrı bir konu teşkil eder (61).

**Dr. Ergin NOMER**  
**Devletler Hususî Hukuku**  
**Doçenti**

---

(60) Bu tesbitin usul hukuku yönünden ortaya çıkardığı sonuçlar (bkz. özellikle ROSENBERG 70 vd.; RIEZLER 404) üzerinde durmamaktayız.

(61) Yukarıdaki (V) numaralı izahata bkz.