

İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİNİN YABANCILARIN BOŞANMA DAVALARINDAKİ UYGULAMASI

Prof. Dr. Nihal ULUOCAK*

JdT 1984. 1. 619-623

R c. R, 6 Mayıs 1982

Olay : Ülkelerinde 1956 yılında evlenmiş olup, hemen sonra İsviçreye yerleşen İtalyan eşler, 1965 den itibaren ayrı yaşamaya başlamışlardır. Yeniden birlikte yaşama denemesinden sonra, eşler arasında yeni bir ayrılık dönemi başlamış ve evlilik bağı, münhasıran kocanın kusurundan ötürü, kesin olarak kopmuştur. İtalyan kadın eş 1980 yılında ayrılık talebiyle birlikte, boşanma davası açar. İsviçrenin Vaud kantonu Bidayet mahkemesi, İtalyan hukukuna göre bir boşanma sebebi gösterilmediği gerekçesiyle, boşanma davasını red, buna karşın ayrılık talebini kabul eder. Davacının bu karara karşı kanton İstinaf mahkemesindeki itirazı, bu makam tarafından, verilecek boşanma kararının İtalyada tanınacağı hususunun mahkemede kanıtlanamadığı nedeniyle, reddedilir. Davacının düzeltme istemi ile, Federal Mahkemeye yaptığı müracaatı, bu Mahkemece kabul edilerek, boşanmaya karar verilmiştir.

Gerekçeler; 1. Kanton mahkemesi, federal hukuk ile birlikte uygulanan bir yabancı kanunu asla nazara almadığı zaman, Federal Mahkemece yabancı hukuk uygulanabilir. Buna karşın Federal Mahkeme yabancı hukukun kanton mahkemesince yanlış uygulamasını gözden geçiremez (OJ-federal usul yasası- m. 43, 55, 1, c ve 65).

2. Bununla beraber, LRDC'nin¹ 7. maddesinin (h) bendinin 3. fıkrası (m. 7h-3) uyarınca İsviçre hukukunun uygulanıp, uygulanmayacağını tesbit için hakimin, adı geçen maddenin 1. fıkrasındaki (m. 7h-1), ko-

şulların (davacıyı ileri sürülen boşanma sebebinin ve İsviçre mahkemesinin yetkisinin kendi ülkesinde tanındığını ispatla yükümlü kılmaktadır) yerine getirilmiş olduğunu tahkik etmesi gerekir.

a) İçtihadın bugünkü durumuna göre, Federal Mahkeme bizzat kendisinin, İsviçre mahkemesinin yetkisinin yabancı hukuk tarafından tanınması konusunu mu yeniden inceleme yetkisine sadece sahip bulunduğunu, yoksa aynı zamanda ileri sürülen boşanma sebebinin yabancı hukuk tarafından kabul edilmesi sorununu da yeniden tetkik edebilip edemeyeceğini, tesbit etmemiştir; Federal Mahkeme, düzeltme makamı olarak, yabancı kanun ve içtihadı müracaatı zorunlu kılan, bahis konusu yetkilerden ilkinde sahip bulunduğunu kabul etmiştir.

b) Bu tür bir ayırımın dayanağı tartışılabilir. Federal Yasanın m. 7h-1 de öngörülen iki koşul eşit düzeydedir. Her iki koşul birbirile bağlantılıdır ve bunların farklı değerlendirmeleri için hiçbir neden yoktur. Dolayısıyla, Federal Yasanın m. 7h-1 deki koşullardan birini veya diğerini incelediği gözönünde tutularak, Federal Mahkemeye farklı bir anlayışa sahip olma yetkisini tanımaya gerek yoktur.

c) Federal Yasanın m. 7h-1 deki iki koşulun Federal Mahkemece farklı idraki, bunlardan birinin veya diğerinin, yabancı hukukun uygulanması vesilesile olmayıp, fakat İsviçre ile yabancı Devlet arasında yapılmış

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Devletler Özel Hukuku Öğretim Üyesi.

1) Federal Yasa, 1891 tarihli.

bir sözleşmenin uygulanması nedeniyle, nazara alınması halinde ancak bahis konusu olabilir. Nitekim bir sözleşmenin uygulanmasının kontrolü bahis konusu olduğu zaman, Federal Mahkemenin inceleme yetkisi doğrudan Usul Yasasının (OJ) 43. maddesinin 1. fıkrasından doğar.

Fakat bir boşanma sebebinin varlığını kontrol ettiği hallerde, Federal Mahkeme Usul Yasasının 43. maddesinin 1. fıkrası anlamında yetkisini kabul etmek için, bir sözleşmeye dayanmamıştır. Şu halde, İsviçre mahkemesinin yetkisinin yabancı ülkede tanınmasının veya ileri sürülen boşanma sebebinin yabancı hukuk tarafından kabul edilmesinin kontrolünün bahis konusu olmasına göre, Federal Mahkemenin sahip olacağı geniş ya da sınırlı bir tetkik yetkisini bir sözleşmenin varlığına ya da yokluğuna bağlamak isabetli değildir. Federal Mahkemenin tetkik yetkisinin o halde, yeniden mütalâası gereklidir.

3. Doktrin genellikle Federal Mahkemenin yabancı hukukun uygulanmasını, özellikle Federal Yasanın m. 7h-1 çerçevesinde incelenmesini, temenni olunan hukuk olarak, uygun görmektedir. **Vischer**'e göre (RSJ 1955 s. 35), davaya bakan hakim yetkili ve İsviçre hukukunun uygulanabilir olmaları hususu, yabancı hukukun doğru uygulanması koşuluna bağlıdır ve bu, boşanmanın milletlerarası hukukta tanınması yararına olmakla, tetkik yetkisi, bizatihi yasalar çatışması kuralının anlamından doğmaktadır.

4. Federal Yasanın m. 7h'sı, İsviçrede ikametgâhi olan yabancı eşe, ikametgâhi hakimi önünde boşanma davası açmasını ve böylece tamamen koptuğu menşe ülkesine, sırf bu davayı açmak için dönme zorunluluğundan kurtulmasını mümkün kılmaktadır.

Özellikle boşanma alanında İsviçrede verilen kararın yabancı hukuk tarafından tanınması, istikrarlı ve tartışmasız bir kişi hali statüsünün kurulmasının zorunlu koşuludur. Esasen bu amaçladır ki, kanun koyucu Federal Yasanın m. 7h-1 inde, yabancı hukukun tetkikine göndermede bulunan iki koşulu vazetmiştir.

Bununla beraber Federal Yasanın m. 7h'sı bütününde incelenirse, maddenin bir ya-

salar çatışması kuralını içerdiği, fakat bu kuralın 3. fıkrada yer aldığı ve İsviçre hukukunu yetkili kıldığı görülür. Usul Yasasının 43. maddesinin 1. fıkrası gereğince, Federal Mahkeme İsviçre hukukunun uygulanabilirliğini ve doğru uygulanmış olduğunu tetkik etmek yetkisine sahiptir. Federal Yasa m. 7h-3 de, yasalar çatışması kuralı olarak, İsviçre hukukunun uygulanmasını emrettiğine göre, Federal Mahkeme, Usul Yasasının 43. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, yasalar çatışması kuralının uygulanmasını olduğu kadar, bu kuralın yetkili kıldığı hukukun uygulanmasını da kontrol edebilir ve etmelidir.

Bununla beraber, Federal Yasanın m. 7h-3 deki yasalar çatışması kuralı çok özeldir, şu anlamda ki, aynı maddenin 1. fıkrasındaki koşulların gerçekleşmesi halinde ancak uygulanabilmektedir. Yasalar çatışması kuralının uygulanabilirliğini ve dolayısıyla İsviçre hukukunun uygulanmasını kontrol etmek için hakim öncelikle yasalar çatışması kuralını biçimlendiren koşulların birarada gerçekleştiğini incelemek zorunluğundadır. Bu inceleme, Federal Yasa m. 7h-1 nazara alındığında, ancak yabancı hukuka başvurularak yapılabilir. Nitekim **Schnitzer**'in (Handbuch 1, s. 194 ve FJS 932, s. 3) ifade ettiği ve Federal Mahkeme kararlarında (JdT 1975 1 246, 1977 1 346) belirtilen zaruret, bu mülâhaza ya dayanmaktadır. Bu husus hakim Federal Yasanın m. 7h-3 çerçevesinde İsviçre hukukunun uygulanabilir olup, olmadığını beyan edebilmesinin, ancak maddenin 1. fıkrasında vazedilmiş önkoşulların birlikte gerçekleşmesini kontrol etmesi vakiasından doğmaktadır. Federal Mahkeme açısından, bu Makam, Usul Yasasının 43. maddesinin 1. fıkrası çerçevesinde federal hukukun uygulanabilirliğinden olduğu kadar, uygulanmasından da doğabilecek muhtemel bir ihlâlin kontrolünü ancak Federal Yasanın m. 7h-1 deki önkoşulların denetimini yaparak, gerçekleştirebilir.

Bundan dolayı Federal Yasanın m. 7h'da vazedilen yasalar çatışması kuralının çok özel bir niteliğe sahip olmasından ötürü, Federal Mahkeme İsviçre hukukunun uygulanabilirliğinin bir önkoşulunu oluşturduğu nisbette, yabancı hukukun uygulanmasını da kontrol

etmek zorunluğundadır. Bundan ötürü yapılan itiraz sadece italyan hukukunun kanton merciince uygulanmasının tenkidine inhisar etmekte ise de, kabul edilebilir.

5. Olayda o halde ileri sürülen boşanma sebebinin italyan hukuku tarafından kabul edilip, edilmediğinin tesbiti bahis konusudur. İtirazla birlikte sunulan içtihat örnekleri şayanı kabuldür, zira bunlar hukuku beyan niteliğinde olup, yeni vakıalar oluşturmamaktadırlar.

İtalyan yargıtayının içtihadından anlaşıldığına göre, İtalya dışında, İtalyanlar hakkında verilen boşanma kararı, eğer bu karar yabancı hakim tarafından, italyan kanunu uygulanmasa dahi, evlilik bağının feshine ve evlenmenin hukuki sonuçlarının sona erdirilmesine ilişkin 1970 tarih ve 898 no.lu Yasa ile getirilen sistemde yer alan bir maddi hükme tekabül edebilecek bir sebebe dayanılarak verilmişse, İtalyada, ülkenin tenfiz usulüne (delibazione) uygun olarak, icra edilebilir. Böyle bir durum boşanma kararının, eşler arasındaki yıllardan beri devam eden ve aile birliğini onarımı mümkün olmayan çözülmeye sürüklemiş bir ayrılık statüsüne dayanılarak verilmiş olması halinde bahis konusudur (İtalyan yargıtayı, gnl. kurulunun 9 eyl. 1978 tarih ve 4189 no.lu kararı, Rivista di diritto internazionale privato processuale 1980, s. 50). Burada kesin ve tekrarlanan bir içtihat bahis konusu olup, tenfizi, yabancı hakim her iki mevzuat tarafından öngörülen boşanma sebepleri arasındaki şekli ayniyetten bağımsız olarak, italyan kanununda yer alanlara benzer maddi sebeplere dayanarak, bunlar aralarında tam bir ayniyet arzemeseler dahi, boşanmaya karar vermesi halinde, mümkün kılmaktadır. Böylece içtihat, özellikle italyan vatandaşları arasındaki ayrılık hali göz önünde tutularak, ayrılık italyan kanununun zorunlu kıldığından daha az sayıda yıllara tekabül etse dahi, yeterki bu durumla aile birliğinin rücuu mümkün olmayacak şekilde, çözülmeye ulaşılmış olursun, verilen yabancı boşanma kararlarının tenfizini kabul etmiştir (Rivista 1980, s. 63..).

Dolayısıyla istinaf mercii olan kanton mahkemesinin bu konuda italyan içtihadının te-

reddüt gösterdiği yolundaki beyanı isabetsizdir.

Olayda eşlerin nisan 1975 den beri ayrıldıkları tesbit edilmiş olup, kocanın sürekli ilişkisi nedeniyle müşterek hayatın yeniden başlatılması ümidi bertaraf edilmiş bulunmakla, evlilik bağı kopmuştur.

Dolayısıyla en azından RO 93 11 364 (JdT 1968 1 369) kararı ile gerekli görülen ihtimal anlamında, İsviçrede bu koşullarda verilen boşanma kararının İtalyada tenfiz edileceği, ifade edilebilir.

6. Bu koşul, davacının, Federal Yasanın m. 7h-1 deki anlam uyarınca, dayandığı boşanma sebebinin italyan hukukunca tanındığını ispatlayamamasına rağmen, yeterli görülmektedir. Nitekim 1975 yılına dayanan ayrılık durumu teşkil edilmemiş ve kesin hüküm niteliğinde bir karara dayanmamış olmakla, bu özel durumda boşanma koşulları bir arada bulunmamaktadır. Bununla beraber olayda ayrılık süresinin oldukça uzun olması ve bunun evlilik bağının kopmasıyla yeterince kanıtlanmış olan, aile birliğinin rücuu imkansız çözümlenmesini de birlikte getirmesi hususları göz önünde tutulduğunda, isviçre kararının "delibazione" ye ilişkin içtihadı uygun olarak tanınacağı, kabul edilecektir. Ayrıca milli hukuka uygun olarak bir boşanma sebebinin tesisini zorunlu kıldığı ölçüde, Federal Yasanın m. 7h-1'in "ratio legis"i, davacının ülkesinde tanınmayacak bir boşanmaya karar verilmemesidir. Bu tanıma ispat edildiği anda, milli hukuka göre bir boşanma sebebinin yokluğuna rağmen, "ratio legis" gerçekleşmiştir.

7. Federal Yasanın m. 7h-1 deki koşulları böylece tesbit edilmiş olmakla, davanın isviçre hukukunun uygulanmasıyla tetkiki gerekir (Fed. Y. m. 7h-3). Sebebi oluşturan maddi vakıalar boşamaya CC'in (İsv. M.K.) 142. maddesinin uygulanmasıyla, karar verilebileceğini kanıtlamaktadır.

Not :

1. Federal Mahkemenin naklettiğimiz, özetlenen, kararında isviçre mahkemesinin yabancıların boşanma davaları hakkında karar verebilme koşullarına ilişkin, 25 haziran 1891 tarihli, "İsviçrede yerleşmiş veya geçici

olarak bulunan kişilerin özel hukuk ilişkilerine dair Federal Yasa'nın² "hukukî ehliyet"e ilişkin 7. maddesine, İsviçre Medeni Kanununun "Nihai Hükümler"inin 59. maddesi ile eklenen (h) bendinin 1 ve 3. fıkralarındaki hükümlerin uygulanması ile ilgili, yeni bir içtihadı yer almaktadır.

Bahis konusu (h) bendinde, İsviçrede ikamet eden bir yabancı eşin, İsviçre mahkemesinde boşanma davası açma koşulları ve bu davada uygulanacak hukuk tesbit edilmiştir. Şöyle ki, m. 7h-1'e göre, **"İsviçrede ikamet eden bir yabancı eş, ikametgâhı mahkemesinde, ancak menşe ülkesi kanunlarının veya içtihadının, ileri sürülen boşanma sebebinin kabul ettiklerini ve İsviçre mahkemelerinin yetkisini tanıdıklarını kanıtlamak suretile, boşanma davası açma hakkına sahiptir"**. Ve m. 7h-3 **"Bu koşulların gerçekleşmesi halinde, yabancı eşlerin boşanmasına İsviçre kanununa göre karar verilir"**³.

Federal Mahkeme bu kararında, İsviçre mahkemesine başvuran iki İtalyan eş hakkında, boşanma davası dolayısıyla, m. 7h-1'deki koşulları kontrol yetkisinin gerekçelerini açıklama imkânını bulmuş ve içtihadında bu konuda kesinlik kazandırmıştır.

2. Kararda ifade edildiği gibi, Federal Usul Yasasının 43. maddesinin 1. fıkrasına göre, Federal Mahkeme ancak İsviçre hukukunun uygulanabilirliğini ve doğru uygulanmasını kontrol etmek yetkisini haizdir (karar, n. 1). Ancak yine aynı Yasanın 65. maddesine göre, kanton mahkemesinin yabancı hukuku uygulaması gerekirken, bunu nazara almaması halinde, Federal Mahkemenin yabancı hukuku uygulama yetkisi vardır⁴. Bu açıklamanın ışığında m. 7h-1'deki koşulların, "yabancı hukukun uygulanması"na ilişkin olup, olmadığı, dolayısıyla Federal Mahkemenin bu konuda yeniden tetkik yetkisini kullanabilip, kullanamayacağı, Federal Mahkeme içtihadında bu karara kadar kesinlik kazanmamıştı.

Federal Mahkeme yabancıların boşanma davaları nedeniyle m. 7h'yı uygularken, kontrol yetkisini başlangıçta kabul etmiş (JdT 1917.1.605), ancak sonraki kararlarında genellikle, yabancı davacı eşin dayandığı boşanma sebebinin, sonuncunun milli hukukun-

da da kabul edildiği konusunda kanton mahkemesi kararının yeniden tetkikine ilişkin yetkisi hakkında çekimser kalmıştı (JdT, 1948. 1.41). Federal Mahkeme daha ziyade, İsviçre mahkemesinin yetkisinin yabancı hukukta tanınması koşulunun, kanton mahkemesince nazara alınmadığı hallerde, kontrol yetkisini kullanmıştır (JdT 1968. 1.377). Daha yeni bir kararında, Federal Mahkeme açık olarak, "boşanma sebebinin" kontrolünün yabancı hukuka ilişkin olduğunu beyanla, olayda sadece İsviçre mahkemesinin yetkisinin tanınması konusunu tetkik etmiş, ancak bu konudaki yetkisi hakkında da kesin tavır almamıştır (JdT 1975. 1.247-251). İşte Federal Mahkeme üzerinde durulan bu 1982 tarihli kararında içtihadın bu tereddüdünü gidermeye çalışmış ve Federal Mahkemenin denetim yetkisinin m. 7h'nin öngördüğü (1. fıkrasında-

2) Federal Yasa hernekadar İsviçre'de veya yabancı ülkede bulunan vatandaşlar hakkında düzenlenmiş ise de, aynı Yasanın üçüncü Bölümündeki 32. madde ile bu Yasanın hükümlerinin kıyas yolile İsviçrede ikamet eden yabancılarla da uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bu husus "Nihai Hükümler"deki (Titre Final) 59. madde ile de teyit edilmiştir. Dolayısıyla İsviçre hukukunun yasalar çatışması kuralları bu Yasa ile düzenlenmiştir. Ancak Federal Mahkeme içtihadı, doktrinden de yararlanarak, bu Yasadaki kuralların uygulanmasına büyük ölçüde ışık tutmaktadır. Nitekim "Cardo" kararında, Federal Mahkeme, milletlerarası özel hukukun ülkede bu konuda bir genel yasa mevcut olsa dahi, önemli ölçüde içtihadında dayandığını, ifade etmiştir (11 Temmuz 1968, JdT, 1469. 1. 58).

3) Maddenin (h) bendinin 2. fıkrasındaki hüküm Federal Mahkeme kararı ile ilgili değildir. Bilgi olarak sunuyoruz: "Boşanma sebebi eşlerin daha önce tabi oldukları hukuk döneminde gerçekleşmiş ise, bu sebep, ancak o hukuk tarafından da bir boşanma sebebi olarak kabul edilmiş olması halinde (yeni hukuk döneminde) ileri sürülebilir.

4) Bkz: JdT 1975.1.247; ancak uygulanan yabancı hukuk yerine başka bir yabancı hukukun uygulanmasının gerektiği, Federal mahkemede ileri sürülemez, 15 Mayıs 1984 t. karar, JdT, 1985. 1. 22.

ki) koşulların her ikisi hakkında da geçerli olduğunu kabul etmiştir.

Mahkeme haklı olarak, bahis konusu koşulların gerçekleşmesile İsviçre mahkemesinin, yabancıların boşanma davalarındaki yetkisinin doğabileceğini vurgulayarak, bahis konusu her iki koşulun "eş değerde" olduklarını beyan etmiştir (karar, n. 2, b ve c). Federal Mahkeme, ikinci bir gerekçe olarak, m. 7h'nin 1. ve 3. fıkralarının birlikte mütalaa edilmesi gereğinden hareketle, 3. fıkrada yer alan "yasalar çatışması kuralı"nın uygulanmasının, doğrudan federal hukuka ilişkin olduğunu, bu kuralın uygulanabilmesi için ise, 1. fıkradaki koşulların gerçekleşmiş olması gerektiğini, isabetle göstermiştir. Dolayısıyla 1. fıkradaki koşulların denetimi, "yabancı hukukun uygulanması" biçiminde değil, fakat federal hukukun "doğru uygulanması"nın kontrolü çerçevesinde ele alınmış olmaktadır. Başka bir deyişle, m. 7h'nin 3. fıkrasındaki yasalar çatışması kuralının çok özel bir şekilde vazedilmiş olması sonucu, Federal Mahkeme, yabancı hukukun uygulanmasının İsviçre hukukunun uygulanabilirliğinin bir önkoşulunu teşkil ettiği nisbette, kontrolünü mümkün kılmaktadır⁵.

3. Federal Mahkemenin, "ileri sürülen boşanma sebebinin davacının milli hukukunca da kabul edilmiş olması" koşulunun gerçekleşmesi hakkında, ilk defa bu kararında "açıkca" kabul ettiği kontrol yetkisini, İtalyan kanununu ve içtihadını bizzat incelemek ve yorumlamak suretile, kullanmaktadır (karar, n. 5). Nitekim olayda İtalyan eşlerin boşanma davasında, gerek Bidayet gerekse Kanton İstinaf mahkemelerince, dayanılan boşanma sebebi konusunda İtalyan içtihadının tereddüt gösterdiği ve dolayısıyla bu mahkemece tenfiz kararı verilemeyeceği, gerekçelerle reddedilmiştir. Federal Mahkemenin bu konuda doğrudan 1970 tarihli İtalyan yasasının ilgili maddesini ve bu konuya ilişkin içtihadını incelediği görülmektedir. Ve Mahkeme burada İtalyan yargıtayının içtihadını yorumlayarak, davada ileri sürülen boşanma sebebinde her iki hukuk açısından "şekli ayniyet"i aramaksızın, bunun "maddi" anlamda, her iki hukukta da gerçekleşmiş olmasını yeterli bulmuş ve olayda, evlilik birliğinin ye-

niden ihyasını imkânsız kılan" uzun süreli bir ayrılık hali'nin varlığını, eş değerde bir boşanma nedeni olarak, kabul etmiştir.

Federal Mahkeme, davacının milli hukukuna göre boşanma koşullarının ancak ayrılık halinin tesbiti ve kesin hüküm niteliğinde bir karara bağlanmasile gerçekleşmesine ve bu hususun olayda, m. 7h-1'e göre davacı tarafından kanıtlanmamış olmasına rağmen, 7. maddenin (h) bendinin 1. fıkrasındaki diğer koşula ağırlık vererek, başka bir deyişle, verilecek boşanma kararının İtalyan hukukunca tenfiz edilebileceği sonucuna varılmış olmakla, boşanmaya hükmetmiştir (karar, n. 6). Federal Mahkeme böylece, m. 7h'nin "ratio legis" inden, yani vazedilişindeki mantığından hareket etmiştir. Dolayısıyla m. 7h'daki koşulları "lâfzen" uygulayan, kanton mahkemesi kararını reddetmiştir.

4. Federal Yasanın (1891) m. 7h'nin uygulanması usule ilişkin bazı sorunların çözümünü de gerekli kılmıştır. Bunlar bir yandan, davacı eşin **ispat yükümlülüğünün kapsamının**, diğer yandan ise, mahkemenin yetkisini tayin açısından, **davacının ikametgâhının** tesbitine ilişkin bulunmaktadır.

a) Federal Yasanın m. 7h-1'deki hüküm ile davacı yabancı eşin yükümlü bulunduğu ispat külfetinin kapsamı hakkında da Federal Mahkeme içtihadında değişikliğin yer aldığı görülmektedir. Şöyle ki, Federal Mahkeme 28 Haziran 1933 tarihli "Schmidlin" kararında, eşlerden ikisinin de farklı yabancı vatandaşlıkta olmaları halinde, davacının sadece kendi hukukunun değil, fakat aynı zamanda davalı eşin hukukunun da ileri sürülen boşanma sebebinin ve de İsviçre mahkemesinin yetkisini kabul ettiğini, kanıtlaması gerektiğini, beyan etmişti (JdT 1933. 1. 590). Mahkeme gerekçesinde, m. 7h-1'de sadece davacıdan bahsedilmesinin nedenini, kanun koyucunun yabancı eşlerin aynı vatandaşlıkta

5) Federal Mahkeme bu kararında görüşünü destekliyen doktrinden de ziyadesizle yararlanmıştı. bkz: JdT 1975.1.248 de zikredilen yazarlar: BECK, Kommentar, STAUFFER, Praxis, VISCHER, RSJ, 1955, 35 SCHNITZER Handbuch, 4. baskı, c. 1, 194.

olmalarını gözönünde tutmuş olduğu, mülâhazasına dayandırmıştır; Federal Mahkeme (h) bendindeki koşulların amacının, yabancı eşlerin kişisel statüleri konusunda, kendi ülkeleri mevzuatı ile herhangi bir çatışmaya muhatap olmalarını önlemek olduğunu da kararında ayrıca belirtmiştir. Gine Federal Mahkemeye göre, davacının İsviçreli olması halinde ise, boşanma doğrudan yabancılar arasında cereyan etmiş sayılmayacağına göre, m. 7h-1'in de uygulanması bahis konusu edilmeyecektir. Doktrinin bu uygulamaya karşı çıkması⁶ Federal Mahkemeyi de etkilemiş ve Mahkeme 11 Temmuz 1968 tarihli kararında "hakim her ne kadar temenni edilen hukuka (droit désirable) ilişkin mülâhazalara dayanamaz ise de, her halde mevcut duruma ve zihniyete imkân dahilinde uygun biçimde kanunu uygulamaya gayret göstermelidir" demek suretile, m. 7h-1'deki koşulların davacı tarafından sadece kendi ülkesi ve hukuku açısından kanıtlanmasını yeterli görmüştür⁷ Ve daha sonraki kararlarında, Federal Mahkeme davacı eşin sadece kendi hukuku açısından ispat yükümlülüğünden bahsetmiştir⁸. Naklettiğimiz bu yeni kararda da Federal Mahkeme bu hususu belirtmekle yetinmiştir (karar, n. 2, parantez içinde)⁹.

b) Federal Yasanın (1891) m. 7h-1'in uygulanmasında, yabancı davacının boşanma davasını ancak ikametgâhı mahkemesinde açabileceği koşulu, "davacı eşin ikametgâhı"nın hangi hukuka göre tesbit edileceği sorununu da ortaya çıkarmıştır.

İsviçre hukukunda, iç hukuktaki boşanma davasına ilişkin "ratione loci" yetki kuralının (İsv. M. K. m. 144) İsviçre mahkemesinin bu tür davalarda milletlerarası yetkisinin tesbitinde de, m. 7h-1 ile teyit edildiği görülmektedir¹⁰.

Federal Mahkeme, yabancı davacı eşin dava ikamesi sırasında İsviçrede ikametgâhının olup, olmadığının tesbitinde, İsviçre hukukunun yetkisini kabul etmiştir¹¹. Genellikle de mahkemenin yetkisinin tesbitine ilişkin "ikametgâh" kavramının "lex fori" ye göre tayini kabul edilmiştir¹².

Ancak yabancı kadın eş ayrı ikametgâh ittihaz etmiş (İsv. M. K. m. 170; TMK m. 162) ve boşanma davasını da bu yer mahke-

mesinde açmış ise, verilen boşanma kararının menşe ülkede tanınması, bu ülke hukukunca evli kadına ayrı ikametgâh edinme izninin ve-

- 6) KNAPP, *Mélanges François Guisand*, Lausanne, 1950, 216; yazar, davacının İsviçreli ya da yabancı olması ayırımının hukuki olmaktan çok, politik bir mülâhazaya dayandığını ifade etmiştir; VISCHER, *Mariage mixte, Festgabe Gutzwiller*, Bâle, 1959, 413-425; LALIVE, *Regards sur le DIP suisse, Recueil des travaux*, Lausanne, 1964, 187 ve 195.
- 7) *JdT* 1969, 1. 55-56; (Cordo kararı) olayda Fransız davacı kadın eş, İtalyan kocaya aleyhine İsviçrede boşanma davası açmıştı. Kanton mahkemesi (o tarihte) davalının hukukunun boşanmayı kabul etmediği gerekçesinden hareketle, ayrılık kararı vermiştir. Buna karşın Federal Mahkeme m. 7h-1 deki koşulların sadece davacı eş açısından gerçekleşmesinin arandığına karar vermek suretile, 3. fıkradaki kurala dayanarak, boşanmayı kabul etmiştir.
- 8) *JdT* 1975, 1.247; 1977, 1. 347, bu son kararda bu husus ayrıca vurgulanmıştır.
- 9) Davacının "çifte vatandaşlı" olması halinde m. 7h-1'e göre, koşulların hangi milli hukuka göre ispatlanacağı bir sorun olarak Federal Mahkeme tarafından "Cordo" kararında çözümlenmiştir (*JdT* 1969, 1. 57-58). Mahkeme bu konuda doktrinin, davacının her iki milli hukuka göre de 1. fıkradaki koşulları kanıtlanmasını savunan görüşünü benisememiş, bu tür uygulamada kısıtlayıcı hukukun daima ön planda uygulanması sonucu, İsviçrede yabancı eşin boşanmasının zorlaştırılmış olacağını beyan etmiştir. Mahkeme ayrıca, "fiili vatandaşlık" ı da, tesbitindeki zorluğu ve doğurduğu hukuki istikrarsızlığı göz önünde tutarak, kabul etmiyerek, m. 7h-1 deki koşulların her iki milli hukuktan birine göre gerçekleşmesinin yeterli olacağını, beyan etmiştir (s. 58). Olayda Fransız olan davacı kadın eş, evlenme ile otomatik olarak İtalyan kocanın vatandaşlığını kazanmış, ancak Fransız vatandaşlığını da muhafaza etmiştir.
- 10) Benzer uygulama, MÖH-UK, m. 27 de lâletile, M.K. m. 136 ve HUMK m. 9/111.
- 11) *JdT* 1977, 1. 346-347; Fransız hukuku açısından, BATİFFOL-LAGARDE, *DIP*, 7. bası c. 1 ve ayrıca c. 2, ... ve 2, 1983, 24-25.
- 12) BATİFFOL/LAGARDE, *DIP*, 7. bası, c. 2, 1983, 24-25.

rilmesine bağlı olabilecektir. Federal Yasanın (1891) m. 7h - 1 deki koşullar açısından (özellikle mahkeme yetkisinin tanınması yönünden) yabancı hukukun bu konuya ilişkin hükmünün nazara alınıp, alınmayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Başka bir deyişle yabancı milli hukuk, ayrı yaşama kararı dışında, kadın eşin hukuken ayrı ikametgah edinmesine izin vermemekte ise, m. 7h-1 deki koşula göre, isviçre mahkemesinin yetkisi gerçekleştirilecek midir? Federal Mahkeme, evli kadının ayrı ikametgah ittihazına hakkı olup, olmadığına, isviçre hukukuna göre değil de, evlenmenin hükümleri hakkında uygulanan kanuna göre tesbitini savunan bir kısım yazara rağmen (Vischer, DIP, 35; Bücher, Kommentar, karardan naklen), bu görüşün reddi gerektiğini, zira ikametgahın tesbitinde isviçre hukukuna bağlanmada kopukluk yaratacağını ve m. 7h'nin metni ile, ki isviçre hukukuna göre ikametgah kavramına dayanmaktadır, uyum sağlamayacağını, beyan etmek suretile, bu konuda da yabancı eşin isviçre hukukuna göre ittihaz ettiği ayrı ikametgahı mahkemesinde boşanma davası açabileceğini kabul etmiştir¹³.

5. Federal Mahkeme kararının incelenmesi sonucu, isviçre hukukunda, yabancıların İsviçrede boşanmalarına ilişkin uygulamanın dayandığı Federal Yasanın (1891) 7. maddesinin (h) bendinde vazedilen yasalar çatışması kuralının (f. 3) uygulanma olanağının, isviçre mahkemesinin milletlerarası yetkisini tesbit eden önkoşulların (f. 1) gerçekleşmesine dayandığı görülmektedir. Başka bir deyişle, yabancıların boşanma davaları isviçre hukukuna tabi kılınırken, yabancı hukuk, hem boşanma sebebine ilişkin maddi hükümlerile, hem de yabancı kararların tanınması ve tenfizine dair uygulaması ile nazara alınmaktadır. Bu uygulamanın olumlu yönü, kuşkusuz, ilgili veya ilgililer hakkında istikrarlı bir statünün sağlanmasını amaçlamış olmasıdır. Üzerinde durulan kararda da görüldüğü

gibi, Federal Mahkeme bu amacın gerçekleştirilmesi açısından, Federal Yasanın ilgili hükümlerini, mevcut koşullara ve hukukun "ratio legis"ine göre uygulamayı ön planda tutmaktadır.

Ancak incelememizde üzerinde durduğumuz "ikametgah" kavramının tesbitinde, milli hukukla çıkabilecek sürtüşme, belirlenen amacı olumsuz yönde etkileyebilecektir. Nitekim İsviçrenin 1978 tarihli M.Ö.H. Tasarısında, isviçre mahkemesinin, yabancıların boşanma davalarındaki yetkisi, pek çok ihtimali içerecek, ve dava ikamesini kolaylaştıracak biçimde düzenlenen maddelerle tesbit edilmiştir (Tasarı, m. 58, 59)¹⁴.

Milletlerarası uygulamada da boşanan kişinin statüsünün istikrar kazanmasını amaçlayan düzenlemeler, konunun bu açıdan önemini vurgulamaktadır; Lahey Sözleşmesi (1968) buna örnektir¹⁵.

13) 17 mart 1977 tarihli karar, JdT 1977.1. 346-347; bu konuda, HUBER, J., *Le domicile séparé de la femme mariée et le divorce des étrangers en Suisse*, JdT 1956. 1. 162-167 yazar, kariya ayrı ikametgah tanımayan fransız ve ingiliz hukuklarını makalesinde incelemekte ve m. 7h'nin uygulanmasında, milli hukukun aykırı hükmünün de nazara alınmasını savunmaktadır. Fransız yargıtayı 21 haziran 1948 tarihli "Patino" kararı ile, evli kadının ikametgahı konusunda, mahkemenin yetkisinin tesbitinde, yabancı hukuku nazara almamıştır, Rev. Crit., 1949. 557.

14) Yetkili hukuk hakkında, Tasarı orijinal bir uygulama ile, müşterek ikametgah, ya da milli kanunun olmaması halinde, isviçre hukukunun yanında, eşlerin "seçimle" belirleyecekleri hukukuka da yer vermektedir, m. 60.

15) Bkz: SAKMAR, A., DHH da Boşanma, İst. 1976. 251-258; ayrıca Kişi Halleri Komisyonu Sözleşmesi, (1966), R.G. 14.9. 1975-15356, bu konuda, ULUOCAK, M.Ö.H. alanında T.C. nin katıldığı Sözleşmeler, İst. 1985. 13-20 (ders notları).

KARAR METİNLERİ

YABANCI UNSUR TAŞIYAN SÖZLEŞME — TAZMİNAT*

YHGK

E. 1984/11-139

K. 1984/426

T. 18.4.1984

Taraflar arasındaki tazminat davasından dolayı (**Ankara Üçüncü Asliye Ticaret Mahkemesi**)'nce verilen 16.2.1979 gün ve 378-53 sayılı davanın reddine ilişkin karar, Onbirinci Hukuk Dairesi'nin 27.11.1979 gün ve 1979/4030-5444 sayılı ilâmıyla ve (...Davalı TMO., 3461 sayılı Yasayla kurulan ve 440 sayılı Yasaya tabi, sermayesinin tamamı Devlete ait bir Kamu İktisadî Teşebbüsüdür. Kamu İktisadî Teşebbüsleri, 440 sayılı Yasanın 1/1. maddesi gereğince "ticari esaslara göre faaliyet gösterirler". Yine aynı Yasanın 1/2 - ve 3461 sayılı Kuruluş Yasasının statü bölümünün ilk fıkrasına göre, davalı TMO. "özel hukuk hükümlerine" tabidir. Görevi itibarıyla da geniş miktarda hububat vs. nin alım — satımını yapmaktadır. O halde, davalı TMO., Türk Ticaret Yasasının 12/1, 14/1 ve 21/1. maddeleri gereğince tacir niteliğini haiz bir kuruluştur. Bu durumda da ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi davranması gereklidir (TTK. 20/2).

Sözleşmenin 5. maddesindeki, ödemenin açtırılacak gayrikabili rücu bir akreditifle yaptırılacağı hususundaki hüküm, bir taliki şart değil, davalı TMO.'nun yüklendiği bir vecibeden ibarettir. Uluslararası ticarete ödemelerin genellikle gayrikabili rücu ve teyidli akreditifle yapıldığı bilinen bir husustur. Diğer yandan yabancı firmanın Türk mevzuatını bildiği veya bilmesi gerektiği de kabul olunamaz. Ancak, bu mevzuatı bilmesi gereken davalı TMO.'nun buna uygun tedbirleri alması gerekirken, almadığı, döviz tahsisini sağlayamamasından anlaşılmaktadır. Borca konu olan şey hakkında ithal, ihraç, ticaret yasağı konması bir hukuki imkânsızlık doğurur

(Becker - İsviçre Medeni Kanunu Şerhi - Borçlar Kanunu, I. Kısım - Genel Hükümler - Fasıllar III - Dr. Osman Tolun çevirisi - 1969, sh. 523). Davalı TMO.'nin akreditifi açtırmaması sonradan çıkarılmış bir Yasa ve alınan bir hükümet kararıyla da olmadığı (Yani borcun ifası, bir hukuk kuralı ile yasaklanmadığı) (Prof. S. S. Tekinay - Borçlar Hukuku - 1971 - sh. 557), uyulması gereken bir döviz sınırlaması getirilmediği, dosya münderecatından anlaşılmaktadır. Hatta, Maliye Bakanlığı'nın, Gıda - Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı'na yazdığı 3.8.1978 gün ve 52857 (39738) sayılı yazı içeriğinden anlaşıldığına göre, döviz tahsis edilmemesinin nedeni, döviz yokluğu da olmayıp, sadece sözleşmedeki buğday fiyatlarının pahalı bulunmasından ibarettir. Bu durumda, BK. nun 117. maddesinin anladığı anlamda bir imkânsızlıktan da söz etmek olanaksızdır. Bilindiği üzere, imkânsızlık ister objektif, ister subjektif olsun, eğer borçlunun bundan kusuru varsa, yine de sorumlu olur (Prof. S. S. Tekinay - Borçlar Hukuku - 1971 Sh. 555). Borçlu ancak kendisine hiçbir kusurun izafe edilemeyeceğini kanıtlarsa, borçtan kurtulur ve tazminatla sorumlu olmaz (BK. 96). Kusurlu imkânsızlık alıcıyı sorumluluktan kurtarmaz. Bir ifanın, yalnız borçlu için değil, genel olarak, başkaları tarafından da erişilmez; başa çıkılmaz veya umulmaz sayılması halinde ehukuki anlamda objektif bir imkânsızlıktan söz edilir. Ancak, bir malı satan kimsenin, sonrada mal fiyatları yükseldiği için zarar etmesine, ifayı imkânsız kılan bir olay gözüyle bakılamaz (Tekinay, age, sh.

* YKD C: XI, S: 3 Mart 1985, 320-330'da neşredilmiştir.

556). Tabiatıyla, aynı görüşten hareketle, bir malın fiyatının, sözleşmedeki fiyattan daha aşağı düşmesi halinde de, alıcı bakımından malı satın almamak hususunda bir imkânsızlıktan söz edilemez. Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsis etmemesi ise sadece bu nedene dayanmaktadır. Oysa, davalı döviz tahsis edecek merciin Maliye Bakanlığı olduğunu bildiği cihelte, ya sözleşmenin imzalanmasından önce Maliye Bakanlığı'ndan gerekli tasvibi alması, veya, uyuşmazlık konusu sözleşmeden sonra yaptığı uluslararası alım - satım sözleşmelerinde yaptığı gibi, (29 Haziran 1977 gününde ihaleye çıkarılan pirinç ithaline ilişkin alım şartnamesinin XVII/2, maddesi) sözleşmeye, "yetkili merciler tarafından ithalat için lisans verilmediği takdirde alıcıya herhangi bir sorumluluk yüklenmeyecektir" şeklinde bir hüküm koyması gerekirdi.. Bu halde ancak basiretli bir tacir gibi davranmış olurdu. İsviçre Federal Mahkemesi de, iki kararında yukarıdaki görüşü teyid etmiştir. Birincisinde, davalı satıcı davacıya bir vagon çukulata satmış, ancak satıcının satıcısı çukulataların ihracı için İsviçre mercilerinden gerekli ihraç iznini almamıştır. Davalı satıcı BK. nun 117. maddesindeki imkânsızlığa dayanarak davanın reddini istemiştir. Federal mahkeme; nev'iyle tayin edilmiş bir borç olduğunu da nazara alarak savunmayı red ile davayı kabul etmiştir (Karl Oftinger - Jurisprudence Du Tribunal Federal Sur La Partie Generale Du Code Des Obligations - 1970, sh. 127, 128). İkincisinde de davalı, içinde kiracı bulunan taşınmazını davacıya kiralamış ve kendi kiracısı hakkında da tahliye davası açmıştır. Ancak, açtığı tahliye davası mahkemece reddedilmiş ve bu suretle mecuru kiracıya teslim edememiştir. Davacı da kira ile tuttuğu başka bir yerin kirası ile davalı ile yaptığı anlaşmadaki kira farkını tazminat olarak istemiştir. Federal Mahkeme, burada bir imkânsızlığın varlığını kabul etmekle birlikte, bu imkânsızlıktan davalının sorumlu olduğu sonucuna varmıştır. Gerekçesinde de davalının, halen mecurda kiracının ikamet etmekte bulunduğunu, kiracıları koruyan bir yasanın mevcut olduğunu, kiracının buna dayanarak kendisini savunacağını bildiği ve bilmesi gerektiğini, davalının bu hususları gözönünde

tutması lâzım geldiğini ve vecibesini kati surette yerine getirebilip getiremeyeceğini önceden inceleyerek taahhüt altına girmesi gerektiğini, bu nedenle BK. nun 117. maddesindeki imkânsızlığa dayanamayacağını ileri sürmüştür (K. Oftinger, age. sh. 53, 54).

Bütün bu açıklamalardan, davalı TMO.'nin imkânsızlık ile akdî vecibesini ifa edemediği anlaşılmalı birlikte, bu imkânsızlık kendisinin basiretli ve tedbirli davranmaması sonucu olduğundan, bu kusurlu davranışı sonucu doğan imkânsızlığa BK. nun 117. maddesine dayanarak istinat edemeyeceğinden, zamanında akreditifi açtırmamanın sonuçlarına katlanması gerektiğinin kabulü gerekir. Bu itibarla, mahkemece işin esasına girilerek başka nedenlerle davacının tazminat isteme hakkı olup olmadığı, varsa ne nisbette tazminata müstehak olduğu, özellikle BK. nun 96, 106, 107, 108, 212 ve 98. maddeleri de gözönüne alınarak araştırılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde karar verilmesi yasaya aykırıdır...) gerekçesiyle bozması ve yerel mahkemenin bozma ilâmına uymayarak eski kararında direnmesi üzerine bu karar, Hukuk Genel Kurulu'nun 16.2.1983 gün ve 1981/ 11-440 esas, 1983/133 karar sayılı ilâmıyla; (... Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki kanıtlara, yerel mahkeme kararında gösterilen gerektirici nedenlere ve özellikle, Türkiye'de uygulanan kambiyo rejimine göre akreditif açılması, ancak Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsis etmesine bağlı olup, davalı kendiliğinden akreditif açtırma yetki ve iktidarına sahip bulunmadığına ve akreditif açılması için yasalara göre gerekli bütün girişimlerde bulunmuş olmasına rağmen olumsuz bir sonuç elde edilmemesi olgusunun davalıya atfı kabil bir kusur olarak nitelendirilmesi mümkün olamayacağına ve esasen, uluslararası ticaret yapan davacı firmanın Türk Kambiyo Mevzuatını bilerek ve sonuçlarını hesaba katarak sözleşme yaptığı kabul edilmek gerektiğine göre, usul ve yasaya uygun olan direnme kararının onanması gerekir gerekçesiyle onanmıştır.

Bu kez, davacı vekili tarafından karar düzeltme isteğinde bulunulmuş olmakla, Hukuk Genel Kurulu'nca dilekçe düzeltilmesi is-

tenen ilâm ve dosyadaki ilgili bütün belgeler okunduktan sonra gereği görüldü :

Davacı Bunge S.A. (ihracatçı) ile davalı TMO. (ithalatçı) arasında 50.000 tonluk buğday alım - satım konusunda 10.11.1974 günlü sözleşme düzenlenmiştir.

Sözleşmenin 8. maddesi gereğince yükleme, 1 - 30 Haziran 1975 tarihleri arasında yapılacak ve 5. maddesine göre de "ödeme, satıcı lehine, ilk yüklemenin başlangıç tarihinden en geç 15 gün öncesine kadar açtırlacak gayrikabili rücu, teyitli ve kısmî yüklemeye müsait, kabili devir akreditifle, aşağıdaki vesikaların ibrazında..., yapılacaktır".

Yüklemeden önce akreditif açtıma (semeni ödeme) borcunu davalı TMO., Maliye Bakanlığı'nın 11.4.1975 ve 26.10.1975 günlü yazıları içeriğinden anlaşıldığına göre; bu Bakanlığın, satın alınan kadar buğdaya ihtiyaç olmadığı ve sözleşmedeki fiyatların çok pahalı bulunduğu, gerekçeleriyle döviz tahsis etmemesi nedeniyle, yerine getirememesi üzerine, davacı, satıcı Bunge S.A., 13.6.1975 günlü yazısı ile, davalı TMO.'nin temerrüde düşmüş olduğunu belirterek tazminat istediğini bildirmiş ve sonra da işbu davayı açmıştır.

Davacı Bunge S.A., 8.12.1976 tarihinde açtığı işbu dava ile, BK. nun 211 ve 212. maddeleri hükümlerine dayanarak, sözleşme fiyatı ile temerrüd tarihindeki fiyat arasında meydana geldiğini ileri sürdüğü 16.948.745 İsviçre franklık farkın, dava tarihindeki kur üzerinden Türk Parası karşılığı 117.556.495,32 liranın, tazminat olarak ve % 10 temerrüt faizi ile birlikte davalı TMO.'dan tahsiline karar verilmesini istemiş, döviz kurlarında vaki olabilecek değişikliklerden doğacak istemlerini saklı tutmuştur.

Bilindiği üzere, BK. nun 211/1. maddesine göre, satılanın ancak semenin tediyesinden sonra veya tediyesi akabinde teslim edilmesi gereken hallerde, alıcı tediye de temerrüt ederse, satıcı, hiçbir merasime muhtaç olmaksızın, satımı feshedebilir. Yine, BK. nun 212/2. maddesi hükmü gereğince de "Satılan borsada kayıtlı olan veya cari fiyatı bulunan emtiadan ise, satıcı, bunu diğerine (bir başkasına) satmaya muhtaç olmaksızın, satılanın semeni ile tediye için muayyen olan vade gününün fiyatı arasın-

daki farkı, zarar ve ziyan olmak üzere, alıcıdan talep edebilir".

Davalı TMO., davaya karşı iki savunmada bulunmuştur. Bunlardan birincisi; akreditifi açacak, akreditifin açılmasına izin verecek merciin başka olduğu (Maliye Bakanlığı), sözleşmede de ödemenin akreditifin açılması şartına bağlı bulunduğu, bunun bir tâliki şart olduğu, yetkili merciin akreditifin açılmasına izin vermemesi nedeniyle tâliki şart gerçekleşmediği cihetle sözleşmenin, BK. nun 149. maddesi gereğince, hüküm ifade etmediğidir. Ancak, sözleşmenin 5. maddesindeki, ödemenin açılacak akreditifle yapılacağına ilişkin hüküm, Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsisi ve bunun üzerine yapılacak döviz transferiyle ilgili olmayıp, uluslararası ticarete genellikle kullanılan vesikalı akreditif işlemini ifade etmekte olup, bu nedenle sadece ödemenin zaman ve şeklini gösteren bir hükümden ibarettir ve bu itibarla tâliki şartla yakından uzaktan bir ilişkisi mevcut değildir.

Öte yandan, "döviz transferinin Maliye Bakanlığının müsaadesine bağlı olduğu hususunu yabancı satıcının da bildiği veya bilmesi gerektiği yönü de durumu değiştirmez. Çünkü, bu yabancı satıcının, TMO.'nin buğday ithalatını ihaleye çıkardığını görünce, gerekli döviz transfer müsaadesinin TMO. tarafından alınmış olduğunu düşünmesi gayet normaldir. Esasen ihale ilânının 1. maddesindeki, ihalenin serbest dövizle yapılacağına ilişkin hüküm de satıcıda bu fikrin uyanması için diğer bir nedendir.

Bundan başka, her iki tarafın, buğday bedelinin transferinin Maliye Bakanlığının iznine tâbi olduğunu ve ileride Maliye Bakanlığının, belki de bu izni vermeyeceğini bilmeleri de durumu etkileyecek nitelikte değildir. İşin yapılmama ihtimali olduğunu tarafların bilmeleri, işin kendiliğinden bir şarta muâllak olmasını gerektirmez; sözleşme ile bağlı olmak istemeyen taraf bunu açıkça, şart olarak sözleşmeye koymalıdır; taraflardan biri, belki edimini yerine getiremeyeceğini bilerek bir borç altına girerse tehlikeyi üzerine almış olur ve bunun doğan sonucu olarak da, borcun yerine getirilmemesinden sorumlu tutulur.

Bütün bu nedenlerle, davalının tâliki şart savunması gözönüne alınamaz. Nitekim, ne mahkeme, ne de Özel Daire bu savunma üzerinde durmamıştır.

Davalı TMO.'nin ikinci savunması ise, (... Türk mevzuatı gereğince döviz tahsislerinin Maliye Bakanlığı'nca yapıldığı, bu halin ise BK. nun 117. maddesindeki imkânsızlık durumunu doğurduğu, bütün samimi ve ciddi uğraşlarına rağmen Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsis etmemesinde kendilerinin bir kusuru da bulunmadığı, bu nedenle bu madde hükmü gereğince borcun ortadan kalktığı) hususuna ilişkindir.

Mahkeme ile Özel Daire arasındaki uyuşmazlık, özellikle bu ikinci savunma üzerinde yoğunlaşmış; mahkeme bu halin bir (kusursuz imkânsızlık) doğurduğunu kabul etmiş, Özel Daire ise; (... olayda bu imkânsızlığın mevcut olmadığı, olsa bile davalının bu imkânsızlığın doğumunda kusurlu bulunduğu ve bu nedenle, davalının döviz transfer edilmemesinin sonuçlarından sorumlu olduğu ve davacının, diğer koşulları varsa, tazminat isteyebileceği...) görüşünü benimsemiştir.

Bilindiği ve gerek öğretide, gerekse uygulamada oybirliği ile benimsediği üzere, BK. nun 117. maddesi anlamında bir imkânsızlığın mevcudiyetinin kabul edilebilmesi için üç koşulun birlikte var olması gerekmektedir. Bunlar da: imkânsızlığı doğuran olay veya durumun sonradan meydana çıkması; bunun önceden tahmin edilemez ve önlenemez olması; bu imkânsızlığın doğumuna borçlunan kendi fiili (kusuru) ile sebebiyet vermemiş bulunması koşullarıdır.

Davalının savunduğu gibi, olay tarihinde, Türk İthalat Rejimi gereği, Maliye Bakanlığı tahsis yapmadıkça döviz transfer edilememektedir. Nitekim, olayda da sözleşmedeki hükme rağmen, Maliye Bakanlığı sonradan ve borcun ifası gerektiği sırada döviz transferine müsaade etmemiştir. Ancak, Maliye Bakanlığı'nın bu yetkisi sözleşmenin yapıldığı tarihte de vardı, ifa zamanında da mevcuttu; ne Maliye Bakanlığı'nın yetkilerinde sonradan bir değişiklik yapılmış, ne de herhangi bir yeni bir mevzuat buğday ithalatını yasaklamıştır. O halde, olayda, sonra-

dan çıkmış bir imkânsızlıktan söz etmek olanaksızdır.

Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsis etmemesi beklenilmeyen bir hadise olarak da nitelendirilemez. Gerçekten, davalı TMO., Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsis etmesi için büyük çabalar harcamıştır. Ancak, bu yeterli değildir. Türk mevzuatını ve özellikle Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsis etme veya etmeme hususundaki yetkilerini herkesten iyi bilmesi ve basiretli ve tedbirli bir tacir olarak davranması gereken davalı TMO., Bakanlığın yetkisini kullanarak döviz tahsis etmeyebileceğini düşünmek ve sözleşmeye ona göre hüküm koymak durumundadır. Nitekim, bu uyuşmazlıktan sonra yaptığı sözleşmelere davalı TMO., "Türkiye'deki yetkili merciler tarafından ithalat için lisans verilmediği takdirde, alıcıya herhangi bir sorumluluk yüklenmeyecektir" hükmünü koymuştur. Sözleşmeye etkili olabilecek bir yetkinin başka bir merci elinde olduğunu bilen bir kimsenin, o merciin bu yetkisini şöyle veya böyle kullanabileceğini bildiği veya bilmesi gerektiğinin kabulü gerekir. Bu durumda da, o merciin yetkisini şu veya bu yönde kullanması beklenilmeyen, tahmin edilemeyen bir olay olmaktan çıkar. O halde, davalı TMO., Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsis etmemesi keyfiyetine, önceden tahmin edilemeyen bir faktör olarak dayanamaz.

Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsis etmemesi bir imkânsızlık olarak kabul edilse dahi, bu imkânsızlığın doğumuna davalı TMO. kendi fiiliyle (kusuruyla) sebebiyet vermiştir. Şöyle ki, yukarıda değinildiği gibi, Türk ithalat rejimini ve Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsis edip etmeme hususundaki yetkilerini bilen davalı TMO, buna karşı gerekli tedbirleri alabilir, daha önceki sözleşmelerde olduğu gibi döviz tahsisini daha önceden yaptırabilir veya hiç olmazsa, daha sonraki sözleşmede yaptığı gibi, ithalatı yetkili merciin döviz tahsis şartına bağlayabilirdi. Gerekli tedbirleri almadan borç altına giren kimsenin, alabileceği tedbirlerin önleyebileceği bir imkânsızlığa dayanması, kabul edilebilecek bir durum değildir.

O halde, olayda, BK. nun 117. maddesi anlamında bir imkânsızlıktan veya kusursuz

bir imkânsızlıktan söz etmek olanaksızdır.

Bu durumda, yukarıda açıklanan ve Genel Kurulca da benimsenen Özel Daire bozma ilâmındaki gerekçelerle yerel mahkemenin direnme kararının bozulması gerekirken, her nasılsa onandığı anlaşıldığından, HUMK nun 440 ve 442. maddeleri gereğince karar düzeltme isteğinin kabulü ve Hukuk Genel Kurulu'nun 16.2.1983 gün ve 1981/11-440 esas, 133 karar sayılı onama kararının kaldırılması ve direnme kararının Özel Daire bozma ilâmında ve yukarıda yazılı nedenlerle bozulması cihetine gidilmiştir.

Sonuç : Davacı vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü ile Genel Kurulun 16.2.1983 gün ve 1981/11 - 440 esas, 1983/133 karar sayılı onama kararının kaldırılmasına ve Özel Daire bozma ilâmında ve yukarıda belirtilen nedenlerle direnme kararının HUMK. nun 429. maddesi gereğince (BOZULMASINA), temyiz ilâm harcı peşin alınmış olduğundan istek halinde iadesine, 30.3.1984 günü yapılan görüşmede yeterli çoğunluk sağlanamadığından, 18.4.1984 tarihinde yapılan ikinci görüşmede oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

— Dava, ithalâtçı durumunda olan davalı Toprak Mahsulleri Ofisi'nin, belirli tarihte akreditif açtırmamak suretiyle mal bedelini tediye temerrüdü nedeniyle, akdin feshi sonucu uğranılan zararın tahsili istemini kapsamaktadır.

Davalı, sözleşmenin akreditif açılması şartına bağlı bir nitelik taşıdığını, döviz tahsisinin Türk mevzuatı icabı Maliye Bakanlığı'nca yapıldığını, Bakanlığın döviz tahsis etmemesi üzerine sözleşmenin geçerlilik kazanmadığını, kusurlu bir davranışlarının bulunmadığını, olayda mücbir sebebin bütün unsurlarının tahakkuk ettiğini savunarak davanın reddini istemiştir.

Yukarıda açıklanan tarafların karşılıklı iddia ve savunmaları ile yanlar arasındaki hukusal ilişkiyi düzenleyen sözleşmenin taşıdığı hükümlerin ışığı altında durum incelendiğinde;

Mahkemece olayda "mücbir sebep" bulunduğu bahisle davanın reddine karar

verilmiş bulunmaktadır. Bu durumda davada öncelikle çözümlenmesi gereken husus, olayda gerçekten mücbir sebep bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

Türk Hukuk lûgatında beklenilmeyen vaziyet, (Borcun ifası, mukavelenin akdi zamanında gözönüne getirilmesi mümkün olmayan siyasi, iktisadi, içtimaî hadiselerden dolayı âkid için tahammülü çok güç bir külfet teşkil ettiği takdirde, âkide mukavelenin tadil veya feshini talep veya dava edebilmek hakkını veren sebeptir" şeklinde tarif edilmiş bulunmaktadır.

Bu tanımlamayı genişletecek olursak, mücbir sebep, borcun ifasına engel olan ve herhangi bir kimse tarafından alınacak tedbirlere rağmen önüne geçirilmesine imkân olmayan beklenmedik, harici ve borçlunun iradesi dışında meydana gelen bir olaydır. Başka bir deyimle, seçilemeyen ve karşı konulamayan bir hadiseyi ifade eder.

Borçlu, beklemediği önüne geçemediği ve kendisine ispat olunamayacak bir sebeple borcunu yerine getirememesinden dolayı sorumlu tutulamaz. Bir hadisede mücbir sebebin sözkonusu olabilmesi için BK. nun 117. maddesi hükmünce borcun yerine getirilmesine engel olan durumun borçlunun iradesinin dışında ve akit yapıldıktan sonra ortaya çıkmış bir durum olması şarttır.

Beklenmeyen haller sözleşmelerin mali şartlarını kökünden sarsan olağanüstü, seçilmeyen kusurdan uzak gerçek olaylardır. Örneğin, serbest ticaret rejiminin uygulandığı bir devrede akit yapan tüccarın akit devresi içinde Hükümetçe alınacak bir tahdit kararı sonucu akte konu olan malların Türkiye'ye sokulmasının yasak edileceğini daha önceden kestirmesi gerekeceği öne sürülemez. Böyle bir hal BK. nun 117. maddesinde gösterilen imkânsızlık durumu olarak kabul edilmelidir.

Bütün bu açıklamalar gösteriyor ki, mücbir sebepler başlıca üç vasfa sahip bulunmaktadır :

- Mücbir sebebin yenilmezliği,
- Mücbir sebebin önceden sezilmezliği,
- Mücbir sebebin kusurdan doğmamış olması,

Bu unsurlar davadaki maddi olaylara uygulandığında aşağıdaki sonuçlara varılmaktadır.

1) Davalı Toprak Mahsulleri Ofisi, 3461 sayılı Yasayla kurulan ve 440 sayılı Yasaya tâbi, sermayesinin tamamı Devlete ait bir kamu iktisadi kuruluşudur. Kanunun 2. ve 3. maddelerindeki Ofisin hububat konusunda hem üreticiyi hem de tüketiciyi korumak gibi büyük bir amme hizmeti gördüğü vurgulanmıştır. Bu nedenle yapısında tacir sıfatından ayrı olarak "Toplumsal Yükümlülüğü" de bulunmaktadır. İşte davalı Toprak Mahsulleri Ofisi, Bakanlar Kurulunun 30.5.1973 gün ve 7/8342 sayılı kararı ile hububat alımı ve satım konusunda kendisine verilen görevi yerine getirmek üzere gerekli girişimlerde bulduktan sonra, 50.000 metrik ton buğday alımı konusunda davacı ile mutabakata varmış ve onunla 10.11.1974 tarihli sözleşmeyi yapmıştır.

2) Taraflar arasında varlık kazanan sözleşmenin (V.) maddesine göre ödeme; satıcı lehine ilk yüklemenin başlangıç tarihinden en geç 15 gün öncesine kadar açtırılacak, gayri kabili rücu akreditifle yapılacaktır. Görüldüğü üzere sözleşme metninde akreditif "açtırılacaktır" denmektedir. Bu ibareye göre davalı idare akreditifi açacak makam değil, açtıracak makamdır. Yani davalı ofis, akreditifin açtırılması için gerekli teşebbüslerde bulunacaktır. Davalı ithalât bağlanfısı yapıldığı sırada bağlı bulunduğu Ticaret Bakanlığı nezdinde bu görevini yerine getirmek üzere, 29.5.1975 gün ve 1244 sayılı yazı ile müracaat ederek akreditifin açılması için gerekli döviz tahsisine müsaade olunmasını istemiş ve dış ticaret rejimine göre doldurulması lüzumlu olan "döviz istek formu" da gönderilmiştir. Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsis etmemesi üzerine, davacı firma mümessilleri ile idarenin sonradan bağlandığı, Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı'yla, Maliye Bakanlığı nezdinde bir çok girişimlerde bulunulmuş, bütün teşebbüs ve çabalara rağmen olumlu bir sonuç elde edilememiştir.

3) Mücbir sebebin unsurları açıklanırken en mühim şartın, mücbir sebebin kusurdan doğmamış olması gerektiğini yukarıda açıklamıştık. Mücbir sebep veya umulmaz

hallerde borçlu "kusursuzluğunu" yani, iyi bir ihtimamda bulunduğunu isbat ederek mesuliyetten kurtulur. Sözleşmenin bütün aşamalarında davalı gereken ihtimamı göstermiştir. İdarenin döviz tahsis etmesi için Maliye Bakanlığı'nı herhangi bir şekilde zorlayacak yasal bir yetki ve iktidara sahip bulunmadığı da bilinen bir durumdur. Davalı, Türk Ticaret Kanununun 20. maddesinde yazılı anlamda önemli bir tacir gibi hareket etmiş olup, akreditifin açılmamasında ofise yüklenebilecek herhangi bir kusur sözkonusu değildir. Sözleşmenin akreditif açılması ile ilgili (V.) maddesi hükmünün bu şekilde yorumlanması, Türkiye'de uygulanan kambiyo rejimine tamamen uygun düşmektedir.

4) Transtürk Anonim Şirketi'nin aracılığı ile davacıyla 50.000 ton üzerinden bir buğday anlaşması yapılmıştır. Uluslararası ticarete böyle karşılıklı hak ve borç doğuran ithalâta ilişkin akitlerde davalı idarenin vecibeleri arasında yer alan "semeni tediye etmek" borcu akreditifin açılması şartına bağlıdır. Bu şartın gerçekleşmesi için taraflar ellerinden gelen bütün gayreti sarfetmişler ancak olumlu bir sonuç alınamamıştır. Buradaki ifa imkânsızlığı iki taraflı olup, yanların iradeleri dışında oluşmuş bulunmaktadır. Kaldı ki, yabancı ülkelerle geniş çapta, ticari ilişkiler kuran ve uluslararası ticaretle ilgili olarak onlarla Yüksek bedelli mukaveleler yapan davacı firma Türkiye'deki ithalât rejimini bilerek ve sonuçlarını hesaba katarak davalı ile böyle bir mukavele yapmakta da bir sakınca görmemiş bulunmaktadır.

5) Toprak Mahsulleri Ofisi, 1938-1974 yılları arasında ithalât ve ihracat yapmakta olup, döviz tahsis edilmemesi ilk ve son olaydır. Bakanlar Kurulu Kararı ile döviz karşılığı buğday alımıyla görevlendirilen ofisin, akreditif açılmayacağını önceden sezmesi de olayların tabii akışına uygun düşmez. Bu itibarla olayda "önceden sezilmezlik" unsuru da oluşmuş bulunmaktadır. Nitekim, Ofis bundan sonra yaptığı sözleşmelerde ithalât için lisans verilmediği takdirde alıcıya herhangi bir sorumluluk yüklenemeyeceği hükmünü koymuş bu nedenle daha önce, yapılan benzer sözleşmelere açıklık getirilmiştir.

6) Devletin bir tasarrufu olan ihraç ya da ithal yasağı mücbir sebeptir. Hükümetçe bu nevi amaca yönelik döviz tahsisinin durdurulması da mücbir sebep ve kaçınılmaz haldir. Benzer olayda Maliye Bakanlığı'nca döviz tahsis edilmemiş olması hali HGK. nun 1976/11-1979/326 sayılı kararı ile mücbir sebep olarak kabul edilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nun 16.2.1983 tarih ve 1981/11-440/133 sayılı onama kararı gerekçesinde de: (...Türkiye'de uygulanan kambiyo rejimine göre, akreditif açılması ancak Maliye Bakanlığı'nın döviz tahsis etmesine bağlı olup, davalı kendiliğinden akreditif açtırma yetki ve iktidarına, sahip bulunmadığına ve akreditif açılması için yasalara göre gerekli bütün girişimlerde bulunmasına rağmen olumlu bir sonuç elde edilmemesi olgusunun davalıya atfı kabil bir kusur olarak nitelendirilmesi mümkün olamayaçağına ve esasen, uluslararası ticaret yapan davacı firmasının Türk kambiyo mevzuatını bilerek ve sonuçlarını hesaba katarak sözleşme yaptığı kabul edilmek gerektiğine göre, usul ve yasağa uygun olan direnme kararının onanmasına...) denilmek suretiyle aynı görüş benimsenmiş bulunmaktadır.

7) Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere; davalı savunmasını, Özel Hukuk sistemimizde mesuliyetten kurtarıcı sebepler arasında en önemlisi olan mücbir sebebe dayandırmış bulunmaktadır. Mesuliyeti ortadan kaldıran BK. nun 117. maddesinde "Borçluya isnat olunamayan haller münasebetiyle borcun ifası mümkün olmazsa

borç şakit olur" denilmektedir. Davalı, akreditif konusunda sorumluluğunu gerektirecek herhangi bir davranışta bulunmadığından ve basiretli bir tacir gibi gerekli ihtimamı gösterdiğinden akreditif açılmaması keyfiyetinin, kusurdan uzak, sezilemez ve karşı konulamaz gerçek bir olayı ifade ettiği kuşkusuzdur.

8) Yüksek Onbirinci Hukuk Dairesi'nin 27.11.1979 tarih ve 4030/544 sayılı bozma kararının 4. sahifesinde (...Davalı TMO.'nin bir imkânsızlık ile akdi vecibelerini ifa edemediği anlaşılmalı birlikte, bu imkânsızlık kendisinin basiretli ve tedbirli davranmaması sonucu olduğundan..) denilmek suretiyle olayda "imkânsızlık" unsurunun gerçekleştiği açıkça kabul edilmiş, bozma gerekçesi olarak da; davalının önemli bir tacir gibi hareket etmediği hususuna dayanılmıştır. Oysa, davalının TTK. nun 20. maddesinde yazılı anlamda iyiniyet, gayret ve gerekli basireti göstererek önemli bir tacir gibi hareket ettiği, yukarıda ayrıntılarıyla açıklanan deliller ve teknil dosya münderecatı ile açıkça anlaşıldığından, bu yaklaşımla, davalının sorumlu tutulması hakkaniyet kurallarına aykırı düşüğü gibi, her türlü yasal dayanaktan da yoksun bulunmakadır.

Sonuç : Yukarıdaki açıklamalarla, mahkeme kararında belirtilip, Yüce Genel Kurulun 16.2.1983 günlü ilâmında benimsenen gerektirici sebeplere göre, HUMK. nun 440. maddesinde sayılan hallerden hiçbirisini ihtiva etmeyen karar düzeltme isteğinin reddiyle, yerel mahkeme hükmünün **onanması** reyinde olarak, çoğunluk görüşüne karşıyım.

YUNAN VATANDAŞININ DÜZENLEDİĞİ VASİYETNAMENİN TENFİZİ (*)

Y2HD

E. 1983/9188

K. 1983/9097

T. 23.11.1983

Kamu Hukuku ile Müsaleyh Eftihiya ve mirascılar Maryanti ve Yani arasındaki vasiyetin tenfizi davasının yapılan muhakemesi sonunda verilen hükmün kanun yararına bozulması Adalet Bakanlığı'nın yazısı üzerine,

Yargıtay C. Başsavcılığı tarafından istenilmekle; evrak okunup, gereği görüşülüp düşünüldü.

* YKD. C. X. S: 4. Nisan 1984, 553'de neşredilmiştir.

2.11.1964 tarih, 6/3801 sayılı Kararnamenin amacı, Yunan Uyruklu kişilerin Türkiye'deki taşınmazları üzerindeki aynı haklara ilişkin tasarruflarının durdurulmasıdır. Yunan Uyruklu kişilerden bu yolla temellükte bulunan kişinin, Türk veya yabancı uyruklu olması da anılan kuralı etkilemez. Aksine bir düşünce biçimi ise, muvazaalı temliklere yol açacağı için kabul edilemez. Sözü geçen Kararnamenin 6. maddesi ile, Yunan uyruklu kişilerin, paydaş buldukları taşınmazların, paydaşların oybirliği olsa bile, rızaen taksim ve ifraz etmelerinin yasaklanmış olması dahi

bu görüşü doğrulamaktadır. Şu durumda, vasiyet eden Yunan olup vasiyetin tenfizine ilişkin isteğin reddi gerekirken, yararına vasiyet yapılan kişinin Türk Uyruklu olduğundan söz edilerek tenfiz kararı verilmesi usul ve kanuna aykırıdır.

Sonuç : HUMK. nun 427. maddesi uyarınca C. Başsavcılığı'nın isteğinin kabulüne, İstanbul Üçüncü Sulh Hukuk Hakimliği'nin 12.10.1982 gün ve 67/98 sayılı olup, temyiz edilmemek suretiyle kesinleşmiş bulunan kararının kanun yararına (BOZULMASINA), 23.11.1983 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YABANCI MAHKEME KARARININ TENFİZİ*

Y. 2HD
E. 1984/7572
K. 1984/8064
T. 16.10.1984

Suanne tarafından açılan veraset davasının yapılan muhakemesi sonunda davanın reddine dair verilen hüküm davacı tarafından temyiz edilmekle; evrak okunup, gereği görüşülüp düşünüldü :

İstek, yabancı memleket mahkemesinden verilen ilâmın tefizine karar verilmesine ilişkindir. 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 35. maddesinde tenfiz kararı vermek görevi Asliye Hukuk Mahkemesine verilmiştir. Gö-

rev kamu düzenine ilişkin bulunduğu için mahkemece dava dilekçesinin görev yönünden reddi gerekirken talebin esası bakımından red kararı verilmiş olması usul ve kanuna aykırıdır.

Sonuç : Temyiz edilen kararın gösterilen sebeple (BOZULMASINA), 16.10.1984 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

* YKD. C: XI. S: 5, Mayıs 1985, 642-643'de neşredilmiştir.

YABANCI MAHKEME KARARI - KESİN HÜKÜM*

Y 2HD
E 1984/9293
K 1984/9484
T. 15.11.1984

Ömer ile Hatice aralarındaki iade-i muhakeme (evliliğin tesbiti) davasına dair verilen 6.12.1983 tarih ve 224 - 361 sayılı hükmün, dairenin 5.6.1984 gün ve 4868 - 5282 sayılı ilâmıyla onanmasına karar verilmişti.

Sözü edilen kararın düzeltilmesi davalı tarafından istenilmekle; evrak okunup, gereği görüşülüp düşünüldü :

* YKD. C: XI. S: 2. Şubat 1985 185-186 da neşredilmiştir.

Sonuçları birbirine ters düşen ve kesin hüküm halini alan iki ilâmın varlığı, yargılamanın iadesine sebep teşkil eder (HUMK 45/10). Kural olarak bu ilâmların Türk Mahkemesinden verilmesi gerekir. Ancak 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanununun 38 ve sonraki maddeleri uyarınca Asliye Hukuk Mahkemesince tenfizine (yerine getirilmesine) karar verilen ve Yabancı Memleket Mahkemelerinden verilen kararlar dahi Türk Mahkemelerinden verilen kararlar gibi kesin hükmün bütün sonuçlarını meydana getirir. Onun için bu nevi (tür) kesin hükümler dahi Usulün 445/son bendinde yer alan karar niteliği taşır. Olayda yargılamanın iadesine konu olan kararlardan birisi Türk Mahkemelerinden verilmiş ve az önce sözü edilen 2675 sayılı Kanun gereğince tenfizine karar verilmemiş ve böylece Usulün 445. maddesinin kapsamına giren kesin hüküm niteliği almamıştır.

Az önce açıklandığı gibi olayda birbiri ile çelişen iki kesin hüküm söz konusu olmadığı için yargılamanın iadesi yoluna başvurulması mümkün değildir.

Öte yandan Usulün 445/1. maddesi gereğince yargılamanın iadesinin istenebilmesi için, duruşma sırasında mücbir sebepler veya yararına hüküm verilen tarafın eylemi

yüzünden elde edilemeyen bir belgenin hüküm kesinleştikten sonra ele geçirilmesi gerekir. Oysa olayda davacı tarafın dayandığı belgenin (mahkeme ilâmının), her zaman, örneği yetkili merciiden alınıp ihraz edilmesi mümkündür. Bu belgenin ibrazını karşı tarafın önlediği yolunda bir iddia da ileri sürülüp ispatlanmış değildir. O halde olayda Usulün 145/1. maddesinde yer alan ve yargılamanın iadesini gerekli kılan şartlar gerçekleşmiş değildir.

Dosyaya göre, başkaca bir yargılamanın iadesi sebebi ileri sürülüp ispat olunmamıştır. Öyle ise davanın reddi zorunlu iken açıklanan hususlar ihmal olunarak yargılamanın iadesine ilişkin isteğin kabul edilmesi yanlış olup, hükmün bozulması gerektiği halde temyiz incelenmesi sırasında bu yön gözden kaçmış, karar düzeltme isteği yerinde görülmüş olmakla, onama kararının kaldırılması, temyiz edilen kararın gösterilen sebeple bozulması uygun düşmüştür.

Sonuç : HUMK. nun 440 ve 442. maddeleri gereğince karar düzeltme isteğinin kabulüne, onama kararının kaldırılmasına, temyiz edilen kararın gösterilen sebeple (BOZULMASINA), 15.11.1984 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YABANCI MAHKEME KARARININ TENFİZİ*

Y. 2 HD
E. 1985/640
K. 1985/2979
T. 28.3.1985

Oğuz ile Hatice arasındaki alacak davasının yapılan muhakemesi sonunda; davanın reddine dair verilen hükmün temyizden mürafaa icrası suretiyle tetkiki davacı tarafından istenilmekle; dosyadaki bütün kağıtlar okunup, gereği görüşülüp düşünüldü :

2675 sayılı Kanun gereğince yabancı mahkeme ilâmları, Türk Mahkemelerince tanınmasına ve tenfizine karar verilmedikçe hukukî sonuç doğurmazlar ve delil olarak bu ilâmlara dayanılmaz. Kaldığı hükme esas alınan

ilâmda esasen uyuşmazlığı çözmeye yeterli ve elverişli değildir. Öyle ise taraflardan delillerinin sorulup toplanması, bütün deliller birlikte incelenmesi, sonucuna göre karar verilmesi gerekir. Bu yön gözetilmeden yabancı mahkeme ilâmı esas olunmak suretiyle davanın red edilmesi usul ve kanuna aykırıdır.

Sonuç : Temyiz edilen kararın gösterilen sebeple (BOZULMASINA), 28.3.1985 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

* YKD. C: XI. S: 6. Haziran 1985, 797'de neşredilmiştir.

VARŞOVA SÖZLEŞMESİ*

Y. 11 HD
E. 1985/1624
K. 1985/1626
T. 22.3.1985

Keziban vs. ile THY. A.O. vs. arasında çıkan davadan dolayı (**Ankara Dördüncü Asliye Ticaret Mahkemesi**)'nce verilen 11.5.1984 gün ve 397-251 sayılı hükmü onayan dairenin 28.11.1984 gün ve 5161-5886 sayılı ilâmı aleyhinde davalılar avukatı tarafından karar düzeltilmesi isteğinde bulunulmuş ve karar düzeltme dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla; dosyadaki kağıtlar okundu, gereği konuşulup düşünüldü :

Davacılar vekili, birleştirilerek görülen davalarında, müvekkillerinden Keziban'ın kocası Selami, Şemsettin ve Osman'ın babaları, Zühal'in kayınpederi ve Bayrak, Kahraman, Gültepe'nin dedeleri Nail'in Ankara Esenboğa yakınlarında 16.1.1983 tarihinde düşerek yanan Afyon Uçağı'nda öldüğünü belirterek, eş için (2.000.000) lira, çocuklar için (1.500.000) er lira gelin ve torunlar için (500.000)'er lira ki toplam (8.500.000) lira manevi tazminatın ve aynı olayda Nail ile birlikte uçakta bulunan ve ölen Mehmet'in kardeşleri olan Yakup içinde 350.000'er liradan (700.000) lira manevi tazminatın olay tarihinden itibaren TTK. nun 1461. maddesine göre tayin edilecek faiziyle birlikte davalılardan müteselsilen tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalılar vekilleri istenen tazminatın fahiş olduğunu ve taraf olunan Varşova Anlaşması'na ve Lahey Protokolüne göre sorumluluk limitinin 20.000 US. \$ olduğunu belirterek ve aynı kazada başka ölen kişilerin yakınlarına yapılan ödemelerin de dikkate alınması gerektiğini, davacı Yakup için 400.000 lira ödemeyi kabul ettiklerini gelir ve torunlar için tazminat istenemeyeceğini, TTK. nun 1461 maddesine göre faiz istenemeyeceğini savunmuşlardır.

Mahkemece toplanan delil ve belgelere nüfus kayıtlarına göre, taşımanın Türkiye hudutları içinde ve Türk uçağı tarafından yapılması nedeniyle Varşova Sözleşmesi ve La-

hey Protokolünün uygulanamayacağı sonucuna varılıp, eş Keziban için (1.000.000) lira çocuklar için (750.000)'er lira gelin ve torunlar için (250.000)'er lira kardeş Yakup için (350.000)'er lira dan (700.000) lira manevi tazminatın olay tarihinden itibaren % 10 faiziyle davalılardan müştereken tahsiline karar verilmiştir.

Kararı davalılar vekilleri temyiz etmiştir.

Davalılar vekillerinin temyizi üzerine hüküm, dairenin 28.11.1984 tarihli ilâmı ile onanmıştır.

Davalılar vekilleri tarafından yasal süresinde karar düzeltme isteğinde bulunulmuştur.

1 Dosyadaki yazılara, mahkeme kararında belirtilip Yargıtay ilâmında benimsenen gerektirici sebeplere göre davalılar vekillerinin aşağıdaki bent dışında kalan sair karar düzeltme istemlerinin reddi gerekmektedir.

2 — Dava, davalılardan THY. Anonim Ortaklığı'na ait Afyon Yolcu Uçağı'nın 16.1.1983 tarihinde Esenboğa Hava Alanı yakınında düşmesi sonucu, miras bırakanları, ölen davacıların, toplam 9.200.000 lira manevi tazminatın, davalılardan müteselsilen tahsili istemini kapsamaktadır.

Davalılar vekilleri esasa cevap layihalarında Kopenhag kalkış ve Ankara varış yerlerini ihtiva eden taşıma sözleşmesinin Uluslararası bir taşıma niteliği taşıdığını, taraf olunan 1929 tarihli Varşova Konvansiyonu ve bu sözleşmede bazı değişiklikler yapan 1955 tarihli Lahey Protokolü'nün 22. maddesine göre sorumluluğun her yolcu için 250.000 Fransız Francı veya 20.000 (Amerikan Doları) ile sınırlı olduğunu ileri sürmüşlerdir.

Olayda Paris - Ankara yolcuları olan davacıların miras bırakanları İstanbul'dan ak-

* YKD. C: XI. S: 6. Haziran 1985 840-844'de neşredilmiştir.

tarma yaparak davalılardan THY.'nin İstanbul - Ankara Uçağı'na binmişler ve uçağın Ankara - Esenboğa Hava Alanı yakınlarında düşmesi sonucu hayatlarını kaybetmişlerdir. Mahkeme taşımanın iç taşıma (Türkiye içinde) olduğundan hareketle olayda Varşova Sözleşmesi hükümlerinin uygulanamayacağını kabul etmiştir.

Varşova Sözleşmesi'nin değişik 1/2. maddesine nazaran "Uluslararası taşıma terimi taşımada bir kesilme veya aktarma olsun, olmasın iki sözleşen taraf ülkesinde bulunan herhangi bir taşıma anlamına gelir" bu hükme göre; arada kesilme veya aktarma olması taşımanın "Uluslararası" niteliğini değiştirmez. Eş anlatımla Varşova Sözleşmesi'nin güttüğü amaç bakımından bir tek bölünmez taşıma sayılır. Hal böyle olunca olaydaki taşımanın bir Uluslararası taşıma olduğunun ve bunun sonucu olarak da Varşova Sözleşmesi hükümlerinin bu taşımaya uygulanması gerektiğinin kabulü lâzım gelir.

Ülkemiz taşıyıcının sorumluluğunu sınırlayan Varşova Konvansiyonu ile 23.6.1977 tarihinde Uluslararası Hava Taşımaya ilişkin bazı kuralların birleştirilmesi hakkındaki sözleşme ve bu sözleşmeyi değiştiren Lahey Protokolü'ne, 23.6.1978 tarihinde katılmış bulunmaktadır.

Bu durumda davada çözülmesi gereken husus, olayda Varşova Sözleşmesi'nin sınırlı sorumluluk hükümlerinin uygulanması olacağı bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

Sözleşmenin protokolle değişik 25. maddesine göre "zararın taşıyıcının işçilerinin veya temsilcilerinin zarar vermek kasdı ile veya zararın doğması ihtimali olduğunu bilecek dikkatsizce yaptıkları bir hareket veya ihmal sonucunda meydana geldiği ispatlanırsa 22. maddede belirtilen sorumluluk limitleri uygulanmayacaktır. Ancak, bir işçi temsilcinin böyle bir hareketi veya ihmali halinde onun kendi görevi çerçevesi içinde hareket ettiğinin de isbatı gerekir".

Bütün bu açıklamalar gösteriyor ki, Türkiye'nin de taraf bulunduğu ülkeler arasında varlık kazanan sözleşmenin taşıdığı hükümler karşısında, meydana gelen uçak kazasının

taşıyanın veya istihdam ettiği kişilerin dikkatsizce ve pervasızca davranışlar sonucu oluşup oluşmadığının tesbiti büyük önem taşımaktadır. Ancak bu yaklaşımla olayda, sınırlı sorumluluk koşulunu kaldıran bir yön bulunup bulunmadığı açıklığa kavuşmuş olacaktır.

Şu halde mahkemece yapılacak iş tarafların karşılıklı iddia ve savunmaları ile dosyaya mübrez belgeler de gözönünde bulundurulmak suretiyle uzman bilirkişilerden oluşacak bir bilirkişi kuruluna işi tevdi ederek rapor almak ve hasil olacak sonuç dairesinde bir karar vermektен ibarettir. Dava konusu taşımanın Uluslararası bir taşıma olduğu noktasından hareketle Varşova Konvansiyonu ile "Uluslararası hava taşımalarına ilişkin bazı kuralların birleştirilmesi hakkında sözleşme" hükümleri ve bu sözleşmeyi değiştiren Lahey Protokolünün sınırlı sorumluluğu düzenleyen "taşıyıcının veya istihdam ettiği kişilerin zararın doğmasına neden olan tedbirsizlik, dikkatsizlik ve dikkatsizlikten de ileriye giden ihtiyatsızlığa varan bir cesaretle meydana geldiğini" düzenleyen protokolün 25. maddesi de bu inceleme sırasında gözönünde bulundurulmalı, özellikle, protokolün Fransızca metninde yazılı olan "temerrairement" kelimesinin karşılığı olan "dikkatsizlikten daha öte tedbirsizliğe, ihtiyatsızlığa varan cesaretle, pervasızca" bir tutum ve davranışın olayın meydana gelmesinde etken olup olmadığı bilirkişi incelemesi ile belirlenmelidir. Sınırlı sorumluluğu kaldıran bir durum bulunup bulunmadığı tesbit edildikten sonra, protokolda yazılı miktara göre dolar kuru da gözönünde bulundurularak elde edilecek sonuca göre hüküm kurulması gerekir.

Açıklanan bu hususlar nazara alınmadan eksik inceleme ile verilen hükmün bozulması gerekirken her nasılsa onandığı anlaşıldığından, davalıların karar düzeltme isteği HUMK. nun 440. maddesine uygun bulunarak kabulü gerekmiştir.

Sonuç : Yukarıda bir numaralı bentde yazılı nedenlerle davalıların sair karar düzeltme taleplerinin reddine, iki numaralı bentde yazılı nedenle davalıların karar düzeltme isteğinin kabulü ile Dairemizin 28.11.1984 tarih ve 5161-5886 sayılı onama kararının

kaldırılmasına ve yerel mahkeme hükmünün açıklanan nedenlerle davalılar yararına (BOZULMASINA), ödedikleri temyiz peşin harç-

larının karar düzeltilmesini isteyenlere istekleri halinde iadesine, 22.3.1985 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

UÇAK KAÇIRMA*

Y. 8 C D

E. 1983/2528

K. 1984/94

T. 18.1.1984

Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği AERO-FLOT Hava Yolları'na ait CCCP 47786 sayılı Novarasisk - Odesa seferini yapan uçağı 7 Kasım 1982 tarihinde cebir, şiddet ve tehdit kullanarak ülke sınırları dışına kaçırıp zorla Türkiye'nin Sinop İli Hava Limanı'na indirmek, uçak uçuş mühendisi Nikolay'ı bıçak ve tabanca ile yaralamak, ruhsatsız tabanca ve mermi taşımaktan sanıklar Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği Vatandaşları Witaliy, Boris ve Arthur haklarında açılan kamu davası sonunda her üç sanığın TCK. nun 384/IV, 59, 31 ve 33. maddeleri uyarınca sekizer yıl, dörder ay ağır hapis cezası ile ayrı ayrı cezalandırılmalarına, müebbeden kamu hizmetlerinden yoksun bırakılmalarına, sanıklardan Arthur'un 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar İle Diğer Aletler Hakkındaki Kanunun 2249 sayılı Kanun ile değişik 13. maddesinin birinci fıkrası ve TCK. nun 59. maddesi hükümleri gereğince ayrıca on ay hapis ve ikibinbeşyüz lira ağır para cezası ile cezalandırılmasına, suçta kullanılan tabanca, bıçak ve ayrıntılarının TCK. nun 36. maddesi uyarınca zorunlu ve sanıkların tutukluluk durumlarının sürdürülmesine ilişkin olarak (Zonguldak Ağır Ceza Mahkemesi)'nden verilen 8.7.1983 günlü, 1983/11 esas, 1983/168 karar sayılı hükmün Yargıtay'ca duruşmalı olarak incelenmesi süresi içinde ve koşulu da yerine getirilmek suretiyle sanıklar vekili Ankara Barosu Avukatlarından Av. (H.D.) tarafından istenilmiş olmakla, dosyanın C. Başsavcılığı'nın 23.11.1983 günlü ve 8/2876 sayılı onama istemli tebliğnamesi ile Dairemize gönderilmesi üzerine yapılan ön incelemede:

Hazırlık soruşturması ile kamu davası-

nın açılışında usul ve yasa hükümlerine uyulduğu,

Bozmadan önce ve bozmadan sonra mahkemenin yer ve madde bakımından kamu davasını görmeye yetkili olduğu,

Mahkemenin yasaya uygun olarak teşekkül ettiği ve kurulu oluşturan hâkimlerin hükmeye katılmalarına engel bulunmadığı,

Duruşmalarda C. Savcısının bulundurulduğu,

Açık yargılama kuralına uyulduğu,

Hükmün gerekçesiz olmadığı,

Bozma kararına uyulup gereklerinin yerine getirildiği,

Savunma haklarının kısıtlanmadığı,

Anlaşıldıktan sonra dava dosyası esas yönünden tümü ile incelendi:

Olay

AERO - FLOT Hava Yolları'na ait CCCP 47786 sayılı yolcu uçağının 7 Kasım 1982 günü saat 11.00'de Novarasisk Kenti'nden Odesa'ya gitmek üzere havalanmasından yaklaşık 20 - 25 dakika sonra denetim için yolcu bölümüne geçen uçuş mühendisi Nikolay'ın önüne çıkan sanıkların tabanca ve bıçakla kendisini tehdit ederek uçuş rotasının Türkiye yönüne çevrilmesini istedikleri ve uçuş mühendisinin karşı çıkması ile başlayan tartışmanın çatışmaya dönüştüğü, uçuş mühendisi ile yolculardan bir kişiyi tabanca ve bıçakla yaraladıkları, uçağı bomba ile imha etme tehdidinde buldukları ve bu zor karşısında pilotun Türk Hava Alanına girip Samsun'dan iniş izni istediği, ancak hava muhalefeti nedeniyle buna imkân bulunamayınca saat 13.47'de Sinop Hava Limanı'na indirildiği, sanıkların Türk makamlarına teslim oldukları, yaralıların ilk bakımlarından

* YKD. C. X. S: 4 Nisan 1984, 654-658'de neşredilmiştir.

ve tanıkların bilgilerine yetkililerce başvurulup ifadeleri alındıktan sonra ertesi gün uçağın dönüşüne izin verildiği anlaşılmaktadır.

Temyiz Nedenleri

Sanıklar vekili tüm aşamalarda savunmalarında olduğu gibi duruşmalı temyiz incelemesi sırasında da sanıklara yüklenen suçun adi nitelikli bir uçak kaçırma suçu olmayıp siyasi içerik taşıdığını, amaçlarının uçak kaçırmak değil, ağır tarzda kısıtlanmış özgürlüklerine kavuşmak ve buldukları ülkenin hukuksal, siyasi ve sosyal baskılarından kurtulmak amacına yönelik olduğunu, Alman asıllı olduklarını, Çarlık Dönemi'nde gerçekleşen bir sözleşme ile orada kalan ailelerinin devamı olarak yeniden Almanya'ya dönme isteklerinin rejimin değişmiş olması nedeniyle mümkün olmadığını, başvurularından bir sonuç alamayınca kaçma yolunu denediklerini, yaşamlarını sürdürmek için başka çarelerinin kalmadığını, La Haye Sözleşmesi'nin terörist eylem biçiminde uçak kaçırmalarına karşın akdedilmiş bir sözleşme olup sanıkların amaçları bakımından TCK. nun 384. maddesi hükümleri içinde suçlanmalarının mümkün olamayacağını, eylemlerinin siyasi olduğunu ve yasal olarak sığınma hakkı isteyebileceklerini, bu nedenle beraatlarına karar verilmediği takdirde TCK. nun 49 veya 272. maddelerinin uygulanması gerektiğini, herşeye rağmen cezalandırılmaları gerekse bile olayda yasal tahrik hükümlerinin düşünülmesini, Türkiye'de ateşli silah taşınmadığını, iner inmez yetkililere teslim edildiğine göre 6136 sayılı Yasaya aykırılıkta bulunulmadığını ileri sürmüş ve hükmün bozulmasını istemiştir.

Gerekçe

Genelde ve temelde uçak kaçırma eylemlerinin siyasi nedenlere dayandığı ve bu nedenlerden hareketle bir ülkeden diğerine kaçmak isteyenlerle siyasi amaçlı çıkarları olanların uçağı bir araç olarak kullandıkları görülmektedir. Bu gerçekler karşısında (Uçakların yasa dışı yollarla ele geçirilmesinin önlenmesine dair) 16 Aralık 1970 tarihli La Haye Sözleşmesi ile 23 Eylül 1971 tarihinde Montreal'de imzalanan (Sivil Havacılığın gü-

venliğine karşı kanun dışı eylemlerin önlenmesine ilişkin sözleşme)'nin kapsamına giren suçların siyasi suç sayılamayacağı (Tehdişçiliğin önlenmesine dair Avrupa Sözleşmesi)'nin 1. ve 2. maddelerinde açıkça belirtilmiş bulunmaktadır. Bu durumda sanıkların eylemlerini (siyasi suç - adi suç) tartışması içine çekme yollarının kapalı bulunduğu kuşku bulunmamalıdır. Kaldı ki bir ülkenin rejimini salt rejim yönünden kabul etmemek veya beğenmemenin yasal ve hukuksal anlamda siyasi suç saiki sayılamayacağına ilişkin Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 8 Mart 1971 günlü 1970/490 esas, 1971/65 sayılı kararındaki kabul ile 11 Ocak 1983 günlü ve 1983/1 esas, 1983/43 sayılı Dairemiz kararında da belirtildiği gibi, uçak kaçırma suçu ve buna bağlı olarak uçak içerisinde işlenen suçların sanıklarının gösterdikleri nedenleri, ülkelerinin rejiminden kaçmalarının gerekçesi ve sonuç olarak siyasi suç saymaya yasa ve hukuk açısından olanak yoktur. Bir hukuk Devleti olan Türkiye Cumhuriyeti'nde Türk Ulusu adına hüküm vermeye yetkili bağımsız mahkemelerin uygulamakla yükümlü oldukları yasa kuralları gücünü Anayasa'dan almaktadır. Anayasanın 90. maddesi hükmü gereğince usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmalar yasa hükmünde sayılır ve bunlara karşı Anayasaya aykırı oldukları iddiasıyla Anayasa Mahkemesine de başvurulamaz. Türkiye yukarıda sözü edilen La Haye, Montreal ve Avrupa Sözleşmesi'nin yanlarından birisi olmasına ve SSCB. nin de La Haye Sözleşmesi'ni onaylayan ülkelerden bulunmasına göre bu doğrultuda düzenlenmiş olan, TCK. nun 384. maddesi hükümleri karşısında siyasi suç söz konusu değildir. TCK. nun İkinci Kitabının, Üçüncü Babı'nın Dokuzuncu faslında yer alan ve Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümlerle ilgili bulunan 272. maddesinin de olayda uygulama yeri yoktur.

TCK. nun 49. maddesinin uygulanmamış olmasına yönelik savunmaya gelince: Meşru müdafaa ve zaruret halini içeren bu hükmün yasal ölçülerde ve fakat kişisel düşünce ve değerlendirmelerin ötesinde bir hukuk kavramı olduğu, gerek doktrinde ve gerekse uygulamada tartışmaya imkân vermeyecek bi-

çimde açıklık kazanmıştır. Bu nedenle sanıkların ülkelerine yönelik kişisel değerlendirmelerinin zaruret hali içinde buldukları biçiminde kabulüne imkân yoktur ve eylemlerinde hukuka uygunluk nedenlerinin varlığından da söz edilemez.

Tahrik ancak; hukuka, ahlâka ve toplumsal değer hükümlerine aykırı bir eylemin yarattığı hiddet veya şiddetli eylemin etkisi altında işlenen suçlarda yasal indirim nedenidir. Suç böyle bir durumun var olduğu zan ve tahmini ile işlenirse haksız veya ağır tahrikin bulunduğunu kabul etmenin mümkün olmadığı da gerek doktrin ve gerekse uygulama alanında yerleşmiş düşünce ve süreklilik kazanmış kararlarda belirtilmiş olup, ancak cezayı azaltıcı takdiri bir neden sayılabilecek hallerde TCK. nun 51. maddesinin uygulanmamış olması yasaya aykırılık sayılmamalıdır.

Sonuç

Yukarıda açıklanan gerekçelere dayanılarak gereği konuşulup düşünüldü :

Şoför oldukları kendi anlatımlarından ve belgelerinde anlaşılan sanıklar Boris ile Arthur haklarında 6085 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 60. maddesinin (E) bendi hükmünün uygulanmaması,

Ticaret ve yayma amacı olmaksızın, kişisel gereksinim sınırları içinde ve bireysel

nitelikte silah satışı ile ilgili bulunan uygulamanın, ülkeye silah sokma eylemi için geçerli sayılmayacağı düşünülmeyen, silah kaçakçılığının 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine İlişkin Kanundaki gümrük hattı ile değil ülke sınırlarının aşılması ile oluşacağı ve bu nedenle 6136 sayılı Kanunun 12. maddesinin ilk fıkrası ile ceza verilmesi gerekirken sanık Arthur'un sözü edilen Kanunun 1. maddesinin ilk fıkrası ile cezalandırılması, karşı temyiz olmadığından,

Federal Almanya'nın Frelburg Kenti'nden Alfred adı ile imzasız olarak gönderilip dosyası için ekonulan Almanca yazının, doğrudan doğruya dava ve sanıklar ile ilgisi bulunmadığından, duruşmada dikkate alınmamış olması, sonuca etkili görülmediğinden bozma nedeni sayılmamıştır.

Bozmaya uyularak yapılan duruşmaya, toplanıp karar yerinde gösterilen kanıtlara, mahkemenin soruşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kabul, kanı ve takdirine, incelenen dosya içeriğine göre sanıklar vekilinin yerinde görülmeleyen temyiz itirazları ile duruşmalı inceleme sırasında, suçun niteliğine, kanıtlanmasına ve uygulamaya yönelen yazılı ve sözlü savunmalarının reddi ile hükmün istem gibi (ONANMASINA), depo paralarının gelir yazılmasına 18.1.1984 gününde oybirliği ile karar verildi.

BOŞANMA İLÂMININ TANINMASI - RIZA' BOŞANMA

İst. 8. Asliye Hukuk Mahkemesi

E : 1984/472

K : 1984/620

T : 14.12.1984

Dava : Davacı vekili 13.9.1984 tarihli dilekçeyle: Kıbrıs Türk Cumhuriyet Girne Aile Mahkemesinin 28-83 sayılı vermiş bulunduğu boşanma ilamının tanınmasına karar verilmesini istemiştir.

Yanıt : Davalı vekili 14.12.1984 tarihli dilekçe ile : Verilen kararın kamu hukukuna aykırı bulunduğunu, bu nedenle davanın

reddine 100.000.- TL. nafaka takdirinin karar verilmesini istemiştir.

Karar : Davacının talebi 2675 sayılı yasanın 42 ve 38. maddeleri uyarınca Kuzey Kıbrıs Cumhuriyeti Girne Kaza Mahkemesinden verilen 1.7.1983 tarihli 29/83 sayılı kararın tanınmasından ibarettir.

Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Mahkemesinin verdiği karar 2675 sayılı yasanın 42 ci

maddesinde yazılı koşulları taşımamaktadır. Tanıklar dinlenmeden tarafların rızai boşanmalarına karar verilmesi Türk Kamu düzenine aykırı bulunmaktadır. Yargıtay 2 ci Hukuk Dairesinin 1984/2674-4577 sayılı kararında "Türk Medeni Kanununda eşlerin rızai boşanmalarına yer verilmemiştir. Yerine getirilmesi istenen Yabancı Mahkeme ilâmında sebep gösterilmeksizin tarafların boşanmalarına karar verilmiş olması nedeniyle; anılan ilâm Kamu düzenine aykırıdır denmiş bulunmasına göre istemin reddi gerekli bulunmuştur.

Davalının Nafaka talebi ise mahkeme-

mizde açılmış boşanma davası açılmamış bulunduğundan bu davada Nafaka isteminin incelenmesi mümkün bulunmadığından istemin reddi gerekmiştir.

Sonuç ve Hüküm : Yukarıda açıklanan nedenlerle tüm dosya kapsamına göre Tanıma isteminin reddine, nafaka takdirine yer olmadığına, yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına,

Harç peşin alındığından başkaca harç alınmasına yer olmadığına, Davalı vekili için 6500 TL. maktu vekalet ücreti takdirine.

Yargıtay yolu açık olmak üzere 14.12.1984 tarihinde karar verildi.

İRANLI KARI KOCANIN BOŞANMASI

İst. 1. Asliye Hukuk Mahkemesi

E : 1985/101

K : 1985/58

T. 27.2.1985

Davacı mahkememize verdiği 26.2.1985 tarihli dilekçe ile davalı eşine karşı şiddetli geçimsizlik nedeniyle boşanma davası açmış olmakla mahkememizde yapılan açık yargılamada;

Davacının İstemi : Davacı duruşmada dilekçesini tekrarlar, kendisinin ve eşinin İran İslâm Cumhuriyeti vatandaşı olduklarını, eşi ile akraba olup 1.9.1981 tarihinde evlendiklerini, o tarihte eşinin Almanya'da tahsilde olması nedeniyle Almanyaya gittiklerini, ancak ayrı karakterde kimseler olmaları nedeniyle ruhen ve fikren uyuşmadıklarını, yapılan tartışmalarda eşinin kendisine hakaret edip zaman zaman da dövdüğünü, bu durumun taraflar arasında evlilik birliğini kökünden sarstığını kocasından öğrendiğini, artık evlilik birliğinin yürütülmesinin imkansız olduğunu belirterek boşanmalarına karar verilmesini boşanmaya karar verildiğinde mali karşılığa istemediğini bildirmiştir.

Davalının Yanıtı : Davalı ve vekili duruşmada; iddiaların doğru olduğunu, bu durumda evlilik birliğinin yürütülmesine imkan bulunmadığını, herhangi bir kanıtta vermeye-

ceklerini, boşanmayı kendilerinin istediklerini söylemişlerdir.

Kanıtlar ve Eleştirilmesi : a) Taraflardan kanıtlar istenmiş, evlilik kayıtları İran İslâm Cumhuriyeti Başkonsolosluğundan istenmiş, evlilik cüzdanları kimlik kartları incelenip davacının gösterdiği tanıklar dinlenilmiştir.

b) Taraflar İran İslâm Cumhuriyeti vatandaşı olup son 6 aydan fazla bir zamandan beri Türkiyede ikamet etmektedirler. Davacı kadın Türkiyede Üniversite imtihanlarına hazırlanmakta ve Türkiyede ikamet edip, tahsile devam edeceğini bildirmektedir. Bu durumda 2675 sayılı yasanın 27, Türk Medeni Yasasının 136 ve Türk H.U.M.K. 9/3 maddesine göre bu davaya bakmağa mahkememiz yetkili görülmüştür.

c) Taraflar davada Türk yasalarının uygulanmasına rıza göstermişlerdir. Ancak 2675 sayılı yasanın 2 ve 13. maddelerine göre taraflar razı olsalar dahi her iki taraf aynı devletin vatandaşı iseler boşanma davalarında eşlerin müşterek milli hukuku uygulanır. Bu nedenle İran İslâm Cumhuriyetinin boşanma

ile ilgili hukukunun uygulanması gerekmiştir.

d) Mahkememizde mevcut 25 Kasım 1979 tarihli İran İslam Cumhuriyeti Anayasası ile İran Aile Himayesi yasası İran Medeni Yasasının boşanma ile ilgili hükümleri incelenmiştir. İddia, savunma ve tanık sözlerine göre olaya uygulanacak İran Aile Himayesi yasasının 5/9 maddesi ve İran Medeni Yasasının boşanma ile ilgili ikinci fasıl, birinci bab 1146 maddesi Türk Kamu düzenine aykırı görülmediğinden 2675 sayılı Türk Yasasının 5. maddesi gözönüne alınarak tarafların milli hukuku davamızda uygulanmıştır.

e) Getirilen nüfus ve evlilik kayıtlarından, tarafların 1.9.1981 tarihinde evlendikleri, bu evliliklerinden çocukları olmadığı ve evliliklerinin Tebriz (2) no.lu Evlenme memurluğunun 14912 numarasında kayıtlı olduğu anlaşılmıştır.

f) Dinlenen tanıkların sözlerinden; tarafların evlendikten sonra bir süre Almanya'da kaldıkları, sonra Türkiye'ye döndükleri ancak ayrı karakterde kimseler olmaları nedeniyle ruhen ve fikren anlaşamadıkları, davalı kocanın karısına başkalarının yanında hakaret ettiği gibi zaman zamanda karısını dövdüğü bunun üzerine tarafların fiilen ayrıldıkları, tarafların birbirlerinden öğrendikleri anlaşılmıştır.

İran Aile Himayesi yasasının 8. maddesinin 9. fıkrası, aile vaşatısını temelden sarsıp,

evlilik birliğinin devamını imkânsız hale getiren fiillerin varlığına mahkeme kanaat getirirse taraflara geçimsizlik belgesi verebilir.

İran Medeni Yasasının ikinci fasıl ikinci bab 1146 maddesi mali karşılık vermek suretiyle kadına boşanma hakkı tanımıştır.

Dinlenen tanıkların sözleri karşısında taraflar arasında evlilik birliğinin temelini sarsan ve devamını imkânsız hale getiren şiddetli bir geçimsizliğin varlığı hususunda mahkememizde tam bir kanaat oluşmuş olup davacı kadının ve davalının birbirlerinden öğrendikleri, her iki tarafında birbirlerinden (mehriye) istemedikleri anlaşıldığından İran Aile Birliği Himayesi yasasının 8/9, İran Medeni Yasasının 1146 ve 1147 maddeleri uyarınca tarafların boşanmalarına karar vermek gerekmiştir.

Sonuç : Yukarıda açıklanan nedenlerle;

1- İran İslam Cumhuriyeti vatandaşı olup Türkiyede ikamet eden Yasaman Bani Şabestani ile Mohammad Reza Nosratlu'nun İran İslam Cumhuriyeti Aile Himayesi Yasasının 8/9 ve Medeni Yasasının 1146 ve 1147. maddeleri uyarınca **BOŞANMALARINA;**

2- Harç önceden alındığından yeniden alınmasına yerolmadığına ve istek gibi yargılama giderlerinin davacı üzerinde bırakılmasına,

Kanun yolları açık olmak üzere tarafların ve davalı vekilinin yüzünde açıkça karar verilip anlatıldı. 27.2.1985.

YABANCI BOŞANMA KARARININ TANINMASI

İst. 1. Asliye Hukuk Mahkemesi

E : 1985/40

K : 1985/102

T. 15.3.1985

Davacı vekili tarafından davalı aleyhine açılan yabancı mahkemece verilen boşanma kararının tanınmasına ilişkin davanın mahkememizde yapılan açık yargılamasında;

Davacının İstemi : Davacı vekili duruşmada dilekçesini tekrarlayarak, müvekkili ile davalının Göteborg Başlangıç mahkemesi 3. Kı-

sım tarafından 1981 yılında boşandıklarını kesinleşen bu kararın Türkiyede tanınip müvekkilinin nüfus kütüğüne işlenmesine karar verilmesini istemiştir.

Davalının Yanıtı : Davalı vekili, müvekkilinin eşi tarafından kendisine karşı yabancı memlekette açılan boşanma davasında o

mahkemenin yetkili olmadığına dair itirazı olduğunu; buna dair dilekçe verdiğini, ancak İsveç Mahkemesinin tarafları boşadığını fakat Türk Medeni Yasası Hükümlerini uygulamadığı için bu karara yabancı mahkemede itiraz ettiklerini, davacı tarafın tanıma isteminde bu nedenle karşı olduklarını davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Kanıtlar ve Eleştirilmesi : Dosyaya ibraz edilen nüfûc kayıtları ile Göteburg Başlangıç Mahkemesi 3. Kısımının verdiği boşanma kararı ile bunun tercümeleri incelenmiştir. 2675 sayılı yasanın 13. maddesine göre taraflar Türk vatandaşlarıdır. Bu durumda eşlerin yabancı memleketlerdeki boşanma davalarında kendi milli hukuklarının uygulanması gerekir. Oysa ki İsveç Mahkemesi Türk Hukukunu uygulamamıştır. Uyguladığı hukukta bizim kamu düzenimize aykırıdır. Kaldı ki davalı mahkemeye verdiği dilekçede; 2675 sayılı yasanın 38/e maddesi uyarınca itirazda

bulduğundan bu durumda tenfiz veya tanıma kararı verilmesi mümkün olmadığı cihetle davanın reddine karar vermek gerekmiştir.

Sonuç : Yukarıda açıklanan nedenlerle;

1- Davacının yabancı mahkemenin verdiği boşanma kararının tanınması isteminin reddine,

2- 500 lira ilam harcının peşin harçtan mahsubuna,

3- Davacının yaptığı yargılama giderlerinin üzerinde bırakılmasına davalıca yaptığı anlaşılabilir 300 lira yargılama giderinin davadan alınıp davalıya verilmesine,

4- Davalı vekili için 6500 lira vekalet ücreti takdiri ile davacıdan alınıp davalıya verilmesine,

Kanun yolları açık olmak üzere taraf vekillerinin yüzünde 15.3.1985 tarihinde açıkca karar verilip anlatıldı. 15.3.1985.