

KARAR İNCELEMESİ

EVLENMENİN ŞEKLİ GEÇERLİLİĞİNDE "İN FAVOREM" ATIF UYGULAMASI

Prof. Dr. Nihal ULUOCAK*

Fransız **Aix-en-Provence** İstinaf Mahkemesi
(**Cour d'appel**) Kararı.

(Dame Moatty c. dame Zagha)

21 ocak 1981- Rev. Crit. 1982. 298-301.

I. OLAY

Suriye uyruklu, musevi bay David Zagha (Z) ve Adèle Abadie (A), İtalyada yahudi dini kurallarına uygun olarak Milano'nun başhahamı tarafından düzenlenen bir "kétouba" uyarınca 1924 de evlenirler. Her iki eş 1955 tarihli kararname ile Fransız vatandaşlığını kazanır. (A) nin Fransız Antibes bidayet mahkemesinde açtığı nafaka davasından kurtulmak için (Z), Fransız Grasse mahkemesinde 1966 yılında (A) ile olan evliliğinin butlanına karar verilmesini talep eder. Mahkeme 1967 de verdiği kararı ile, tarafların milli hukuklarına uygun olarak yaptıkları dini evlenmenin Fransada geçerli sayıldığını, eğer gerekseydi butlanına ancak dinî bir makamın karar verebileceğini beyanla, (Z)nin talebini reddeder. (Z) bir süre sonra 1968 de Paris haham mahkemesinden (tribunal rabbinique) eşi (A) dan boşanma kararı alır ve 1973 de İsrail'in Ashod kentinde İsrail hukukuna uygun olarak Fransız bayan Moatty (M) ile evlenir. (Z) 1975 de Fransız Grasse mahkemesine yeniden baş vurarak, ilk eşi (A)ya karşı, evliliğinin butlanına karar verilmesi talebi ile, dava açar. Mahkeme daha önceki 1967 tarihli kararını ileri sürerek, 1977 de talebi reddeder. (Z) bu ka-

rara karşı istinaf yoluna gitmez. Buna karşın ikinci eş (M), ilgili üçüncü kişi olarak 1977 de aynı mahkemeden 1924 tarihli evlenmenin butlanına karar verilmesini ister. Mahkeme 1978 tarihli kararı ile (M) nin talebini geri çevirir. (M) ise bu karara karşı Aix-en-Provence İstinaf Mahkemesine itirazda bulunur.

II. İSTİNAF MAHKEMESİNİN KARARI:

"(Z) ve (A)nin musevi dinine mensup ve Suriye vatandaşı bulunmaları nedeniyle geçici bir süre için buldukları İtalyada millî kanunlarına uygun olarak evlenebileceklerine; yabancı ülkede evlenen yabancı devlet vatandaşları hakkında **locus regit actum** prensibinin ihtiyariliği benimsenmiş olmakla eşlerin İtalyan hukuku kurallarına uyma zorunluğu olmadığına ve Fransız yasalar çatışması kuralları uyarınca yetkili olan İtalyan kanununun kendisini yetkili kılmadığına ve eşlerin müşterek millî kanununa **atıfta** bulunduğuna, (M) nin istinaf safhasında bahis konusu dönemde yürürlükte bulunan Suriye kanununun sırf dinî evlenmeyi kabul ettiğine itirazı olmadığına; o halde 1924 de Milano başhahamı tarafından gerçekleştirilen (Z) ile (A)nin birliğinin, eşlerin evlenmelerini tâbi kılmak istedikleri musevi hukuku kurallarına uygunluğunun araştırılması gerektiğine, (M) nin bu konu-

* İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi
Devletler Özel Hukuku Öğretim Üyesi.

da musevilerin evlenmesinin bir yandan müstakbel eşlerin "Musa ve İsrail kanunu uyarınca" yekdiğerini eş almak istediklerini merasimle ifade etmelerine ve müşterek evlilik hayatının koşullarının düzenlenmesine ilişkin, öz anlamda bir evlenme mukavelesi ya da "**kétouba**"nın yapılmasını, diğer yandan ise evlenme mukavelesinin, evlenmenin yapıldığı ülkenin kişi halleri sicilline teşçilini takiben verilen resmî belge niteliğindeki "**téoudat néssouin**" denilen evlenme belgesinin alınmasını gerektirdiğini iddia etmesine; olayda eşlerin karşılıklı rızalarını beyan ettiklerinin tesbiti amacile düzenlenen "**kétouba**" dan bu hususun anlaşılmasına, ancak "**téoudat néssouin**"in düzenlenmesi zorunluluğu kabul edilse bile, bizzat davacının açıklamalarından da anlaşıldığı gibi, bu belgenin sadece evlenmeyi tevsik edici bir niteliğe sahip bulunduğuna, dolayısıyla bunun yokluğunun eşlerin uymayı kararlaştırdıkları müşterek dinlerinin kurallarına uygun olarak beyan ettikleri evlenme iradelerini değerinden ve sonuçlarından yoksun kılamayacağına ve kaldı ki **atıfta** bulunulması gereken millî kanunlarının da münhasıran dinî olan evlenmeleri kabul ettiğine; binnetice Milano başhahamınca 1924 de düzenlenen "**kétouba**" ile (Z) ve (A)nın muvafakat ettikleri evlenmenin tamamen geçerli olduğuna ve hakkında butlan iddiasının ileri sürülemediğine, İtalyan kanununun medenî evlenme akte-dilmeden dinî evlenme yapılmasını yasaklamasının önemi olmadığına, zira olayda İtalyan kanununun değil, fakat onun **atıfta** bulunduğu Suriye kanununun uygulanması gerektiğine, bu evlenmenin, (Z)nin onun sonuçlarından kurtulmak amacile başvurduğu 1968 tarihli sözde boşanma ile sona eridilemediğine, nitekim Fransadaki haham mahkemesince iki fransız vatandaşı hakkında verilen ve tek taraflı bir irade beyanile meydana gelen boşanma niteliğinde olan kararın **kamu düzenine** ve bu konuda fransız hukukunun prensiplerine tümnden aykırı olduğuna ve Fransada herhangi bir sonuç doğuramayacağına, dolayısıyla 1924 tarihli evlenmenin geçerli olduğuna ve bu evliliği geçerli bir boşanma kararının sona erdirmediğine; bu nedenle fransız vatandaşı (Z) ve (M) arasında

daha sonra İsrail'e özellikle orada evlenebilmek için gitme teşebbüslerinin Fransada ikamet eden ve bu ülkede evlenemeyeceklerini açıkça anlayan iki Fransız tarafından kesinlikle bir **kanuna karşı hile** fiilini oluşturduğuna göre (M) nin 1977 tarihli karara itirazı hukukî dayanaktan yoksun olmakla, talebinin reddine.... karar verildi".

Bu kararın (M) tarafından temyiz edilmesi sonucu, fransız Yargıtayı (**Cour de cassation**) İstinaf mahkemesinin kararını, bazı farklılıklarla, onaylamıştır¹.

III. KARARIN MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK AÇISINDAN İÇERDİĞİ KONULAR

Fransız istinaf mahkemesinin, kararında üç konuyu ele aldığı ve bunlara çözüm getirdiği görülmektedir. İlk aşamada mahkeme (Z) ile (A) arasındaki dinî evlenmenin geçerliliğinin tartışma konusu yapıldığı noktadan hareketle, bu hususu **For nitelendirmesi** sonucu bir "şeklî" sorun olarak ele almak suretile, bu konuda gine **For'un** yasalar çatışması kuralı olan **locus regit actum** (LRA) prensibinin, yabancı ülkede evlenen yabancılar hakkında "seçme hakkı tanıyan" (facultatif) bir kural olarak uygulanacağını ve ayrıca bizzat LRA kuralı sonucu yetkili olan İtalyan hukukunun eşlerin müşterek millî hukukuna **atıfta** bulunduğunu göz önünde tutarak, evlenmeyi geçerli saymıştır.

Mahkemenin üzerinde durduğu ikinci konu ise, Fransadaki haham mahkemesince verilen boşanma kararının gine bu ülkede etkinliği sorunudur; mahkeme bu kararın "tek taraflı bir boşanma" (**répudiation**) ile eş değerde tutulacağını, dolayısıyla fransız **kamu düzenine** tümnden aykırılığı nedeniyle Fransada sonuç doğurmayacağını kabul etmiştir.

Nihayet mahkeme, (Z) ile (M) arasındaki ikinci evliliğin geçersizliğini saptarken hukukî dayanak olarak bir yandan, tarafları fransız olan bu ilişkide çok evliliği yasaklayan fransız Medeni Kanununun 147. maddesinin evlenmenin "esasına" ilişkin bir koşul olmakla, **For'un** yasalar çatışması kuralına

1) 15 haziran 1982, Rev. Crit. 1983. 300-303.

göre taraflar hakkında uygulanacağı, diğer yandan ise, Fransada ikametgahı bulunan ve Fransız vatandaşı olan (Z) ve (M) nin sırf evlenmeyi gerçekleştirmek amacıyla İsrail'e gitmelerinin M.Ö.H. da bir "kanuna karşı hile" teşkil edeceği hususlarını göz önünde tutmuştur.

Ana hatları ile belirlenen bu konulardan özellikle ilki üzerinde durulacak, evlenmenin şekli geçerliliğinde Fransız uygulamasının MÖH-UK'daki (2675 sayılı Kanun, R.G. 22 Mayıs 1982/17701) düzenlememiz ile karşılaştırılması yapılacaktır. Ancak diğer iki konu üzerinde de kısaca durmakta yarar görmekteyiz.

Fransız İstinaf mahkemesi haham mahkemesi kararının Fransada sonuç doğurmasını, Fransız kamu düzenine aykırılığı nedeniyle reddetmiştir. Buna karşın Fransız Yargıtayı bu konuda alt mahkemenin kararını onaylarken, "Franda yargı organı kararına dayanmayan boşanmanın bahis konusu edilemeyeceğini, dinî makamların işlemlerinin bu konuda kişi hallerine ilişkin sonuç doğurmuyacağını" açıkça bildirmiştir. Her iki gerekçe karşılaştırıldığında, yasalar çatışması tekniği açısından yetkili hukukun saptanması metodu değişebilmektedir; şöyle ki, "kamu düzeni" dayanağından hareket edildiğinde, boşanma hakkında yetkili hukukun uygulanması² engellenmekte, buna karşın boşanma kararının "yargısal" niteliği göz önünde tutulduğunda, konu "yargı yetkisine" ve "usule ilişkin" konulara dahil edilerek, doğrudan Lex Fori yetkili kılınmaktadır. Fransız hukukunda "rızaî boşanma"nın (divorce par consentement mutuel), bir boşanma sebebi olarak kabulünden bu yana, özellikle İslam hukukunun "tek taraflı boşanma"ya yer veren uygulamasının Fransız kamu düzenine aykırılığı tartışmalı görülmektedir³. Bu nedenle Fransız Yargıtayının naklettiğimiz karar hükmü, Fransız içtihadında konuyu kesin bir sonuca bağlaması yönünden, İstinaf mahkemesi kararının tartışılabilir gerekçesini de böylece bertaraf etmiş olmaktadır⁴.

Türk içtihadında benzer bir kararın "kamu düzeni" nedenine dayandırıldığı görülmektedir⁵. Doktrinimizde haklı olarak konunun doğrudan "kazaî yetkiye ve usulî me-

selelere" ilişkin olması nedeniyle Lex Fori'ye tabi olacağı ve kamu düzeninden bahse gidilmesinin "meselenin yanlış değerlendirilmesinden ileri geldiği" ifade edilmiştir⁶.

Mahkemenin "kanuna karşı hile" müeyyidesine de baş vurduğuna değinmiştik. Genellikle Fransız içtihadında, Fransızların evlenme öncesi ilândan (Fr. M. K. m. 170) kaçınmak amacıyla yabancı ülkede evlenmeleri hakkında "kanuna karşı hile" gerekçesinden yararlanılarak, ilgililerin hileli maksadının tesbit edilmesi halinde, bu evliliklerin batıl sayıldığı görülür⁷. İstinaf mahkemesi ise evlenme konusunda kanuna karşı hileye değişik konuda baş vurmaktadır; taraflar (Z ve M) dinî boşanmayı tanımayan Fransız hukukunu bertaraf etmek amacı ile, bu boşanmayı tanıyan İsrail hukukundan yararlanarak, dolayısıyla mekân değiştirmek suretiyle, evlenmeyi temin etmişlerdir. Olayda maksadın

- 2) Bu konuda örnek için Alman mahkemesinin kararı, naklen, TEKİNALP, G., M.Ö.H., 2. bası, İstanbul 1983. 142, dn. 14.
- 3) Rev. Crit. 1981. 88; FADLALLAH, M. İ., "Vers la reconnaissance de la répudiation musulmane par le juge français", Rev. Crit. 1981. 17. Duruşmalı cereyan eden dinî boşanmalarda "kamu düzeni" gerekçesinin etkinliğini yitirebileceği de ileri sürülmüştür, LEGIER-MESTRE, Rev. Crit. 1982. 303.
- 4) Yarg. kararı yönünde, BATİFFOL-LAGARDE, DIP, 7. bası, Paris, c. 2, 1983. 87-98 LOUSSOUARN-BOUREL, DIP, 2. bası, Paris, 1980. 430-432; MAYER, P., DIP, Paris, 1977, 417-419 ve içtihat, Rev. Crit. 1960. 354; 1979. 111.
- 5) Yarg. 2HD, 26.10.1945 BERKİ-ERGÜNEY, Yargıtay Kararları, 1966. 76-77; İranlı'nın milli hukukuna uygun olarak talâk ettiği karısı hakkında talâkın tesçilini istemesi.
- 6) SAKMAR, A., DHH da Boşanma, İstanbul, 1976. 102; krş. GÖĞER, E., DHH, 4. bası, Ankara, 1977. 195 (yazarın değişik görüşü, İçtihatlar, Ankara, 1973. 66); TEKİNALP, a.g.e., 142-143; NOMER, E., DHH 3. bası, İstanbul, 1984. 246.
- 7) BATİFFOL-LAGARDE, 1983. 49-52; krş. MAYER, 401, no. 544, yazar fr. M.K. nun 170. maddesinin doğrudan uygulanan hüküm niteliğinde olduğundan bahisle, kanuna karşı hile'yi gereksiz görür.

"hileli" olduğu âşikardır. Ancak ne var ki mahkemenin "hile" müeyyidesine "ek" bir gerekçe olarak baş vurduğu görülmektedir. Zira daha önce de belirttiğimiz gibi, (Z) açısından ilk evliliği geçerli sayıldığına ve dinî boşanma ile bu evlilik Fransada sona ermediğine göre, "çok evlilik", bu ikinci evliliği zaten batıl kılmaktadır. Fransız hukukunun yetkisi bu yoldan sağlandığına göre artık "kanuna karşı hile" yoluyla bu hukukun bertaraf edilmesi nedeniyle ikinci evliliğin geçersizliğine gidilmesi gereği ortadan kalkmış bulunmaktadır. Zira M.Ö.H. da bilindiği gibi "kanuna karşı hile" en son baş vurulan bir müeyyidedir⁸. Nitekim Fransız Yargıtayı burada bir "gerekçe fazlalığına" işaret etmiştir⁹.

Türk uygulamasında "kanuna karşı hile" ye yer verildiği izlenimini yaratabilecek eski bir karar¹⁰, bu konuda herhangi bir sonuca ulaşılması açısından yetersizdir. Sanırız Türk M.Ö.H. alanında kanuna karşı hile müeyyidesi, en azından Türk hukukuna karşı kullanılan hile'nin sonuçsuz kılınması açısından, en son çare olarak uygulanabilmelidir¹¹.

V. EVLENMENİN ŞEKLİ GEÇERLİLİĞİNDE LRA KURALININ UYGULANMASI;

İstinaf mahkemesi kararının en ağırlıklı yönü, kuşkusuz LRA kuralının, yabancı ülkede evlenen yabancıların evliliklerinin şekli açısından geçerliliği konusunda uygulanış biçimine ilişkin hükümleridir. Bir yandan **LRA kuralının seçme hakkına** yer verecek biçimde uygulanması, diğer yanda da mahallî hukukun bu konudaki **affının** nazara alınması hususları, özellikle aynı koşullarda MÖH-UK'daki ilgili kuralımızın uygulanış biçimine ilişkin bazı sonuçları çıkarabilmemiz açısından ayrı, ayrı ele alınacaktır.

1. Kararda LRA kuralının uygulanış biçimi; mahkeme "(Z) ile (A)nın italyan mevzuatının kurallarına uymak zorunluluğunda olmadıklarını, **LRA prensibinin** yabancı ülkede evlenen üçüncü devlet vatandaşları hakkında **seçme hakkına yer verecek biçimde uygulanmasının benimsendiğini**" beyan etmiştir.

Bilindiği gibi LRA kuralı ya da prensibi, tarafların işlem yeri hukukuna kolaylıkla ulaşabilmeleri varsayımından kaynaklanmaktadır; dolayısıyla bu kuralı "zorunlu" kılmak, tarafların ihtiyarında olan bir hususu onlara karşı kullanmak gibi bir tutarsızlık yaratır. Başka bir deyişle LRA kuralının kullanımını ancak ilgililerin seçimine bırakılmalıdır, yoksa bu kural onlara bir yükümlülük getirmemektir¹². Hukukumuzda da LRA prensibinin bu anlayışa uygun bir bağlama kuralı olarak, genelde, düzenlendiği görülmektedir (MÖH-UK, m. 6)¹³.

Fransız mahkeme kararında ise evlenmenin şekli geçerliliği konusunda LRA'nın uygulanış biçimi, bu ülke içtihadı açısından bir özellik göstermektedir; şöyle ki, Fransada yabancıların ancak bu ülke hukukunun ön-

8) *Alman hukukunda kanuna karşı hile'nin "kamu düzeni" ile karşılanması- na ilişkin örnekler için bkz: NOMER, a.g.e. 146-148; yazar da aynı görüşü paylaşmaktadır. Krş. ULUOCAK, N., Kanunlar İhtilafı, İstanbul, 1971. 231; BATİFFOL-LAGARDE, DIP, 7. bası, Paris, c. 1, 1981. 433.*

9) *"une motivation surabondante", Rev. Crit. 1983. 303.*

10) *BERKİ/ERGÜNEY, 55-56.*

11) *Fransız İchtihadından örnekler için, bkz: ULUOCAK, 225-226; İsviçre M.Ö.H. tasarısında da (1978) "İsviçrede ikamet etmekte olan İsviçrelilerin, İsviçre hukukundaki butlan sebeplerini bertaraf etmek amacıyla yabancı ülkede yapacakları evliliklerin tanınmayacağı" açık hükme bağlanmıştır (m. 43).*

12) *LAÏNE, Introduction au DIP, c. 2, 1892. 398 ve dev.; BATİFFOL-LAGARDE, 1981. 33.*

13) *Yasadaki bu genel kuralda seçme hakkı her ne kadar sadece "lex causae" ile sınırlandırılmış ise de, yine Yasada "favor testamenti" ilkesi gözetilerek ölüme bağlı tasarruflarda LRA'nın ihtiyarılığı niteliğinin daha da vurgulandığı görülmektedir (m. 22/4). Nitekim taşınır terekede "lex causae"nin ikametgah kanunu olarak saptandığı varsayımında bu hüküm işlerlik kazanacaktır. Lahey Sözleşmesinde (1961) LRA'nın etkinliğinin asgariye indirildiği gözlenmektedir (R.G. 17.1.1983/17931, m. 1).*

gördüğü şekilde, lâik bir evlenme aktedebilecekleri kabul edilmek suretile, prensibin "zorunlu" uygulanması benimsenmiş iken¹⁴, yabancı ülkelerde yapılan evlenmelerde LRA'nın ihtiyari karakteri bu kararla ilk defa açıklanmıştır. Zira Fransız içtihadına konu olan önceki olaylarda yabancı ülkelerde yapılan evlenmeler hep mahalli hukukun kabul ettiği dinî veya medenî evlenme şekillerinden birine uygun olarak yapılagelmiş ve ilgililerin milli hukuklarının koşullarının gerçekleştirilmemiş olması, bu evliliklerin geçerliliğini etkilememiştir¹⁵. Mahkeme kararına konu olan olayda ise evlenmenin şekli mahallî hukuka aykırı, tarafların müşterek milli hukuka uygun olarak gerçekleştirilmiştir. Fransız doktrininde ise, yabancı ülkede yapılan evlenmelerde tarafların mahallî ya da milli hukuklarının şekillerinden birine uygun olarak yapacakları evlenmelerin Fransada geçerliliği, dolayısıyla LRA'nın ihtiyariliği daima savunulmuştur¹⁶. Bu hukuk, görüldüğü gibi, İstinaf mahkemesi kararında açıkça ifade edilmiştir. Ve bu nedenle karara konu Suriye vatandaşı iki musevinin evlenme yeri olan İtalyan hukukuna aykırı, ancak millî hukukları şeklindeki dinî evlenmeleri geçerli sayılmıştır¹⁷.

Ancak Fransız Yargıtayının işaret ettiği bizim kararı incelendiğinde, alt mahkemenin LRA'yı ihtiyarî kılan karar hükmünün **açıkça** teyit edildiği izlenimi edinilmemektedir; Yargıtay sadece, **Fransız yasalar çatışması kuralı gereğince, İtalyada yapılan evlenmenin şekline ilişkin koşullar hakkında yetkili kılınan İtalyan kanununun uygulanmasının isabetli olduğunu**" beyanla yetinmiştir. Doktrinde Yargıtayın bu karar hükmü, Fransız uygulamasında, yabancı ülkedeki evlenmeler hakkında da LRA kuralının "zorunlu" kılındığı şeklinde yorumlanmıştır¹⁸. Yargıtayın ileride değineceğimiz gibi, İstinaf mahkemesinin aynı yönde iki gerekçesinden (LRA'nın ihtiyariliği ve atıf) birine ağırlık vermek üzere, kararında LRA'nın ihtiyariliğini vurgulamaktan kaçındığı da düşünülebilir, kanısındayız.

Yabancı ülkedeki evlenmelerin şekli konusunda MÖH-UK'daki düzenlemenin karşılaştırmalı hukukta benimsenen genel eğilim-

den farklı bir yönde ele alındığı görülmektedir. Nitekim Yasanın 12. maddesinde "**evlenmenin şekli yapıldığı yer hukukuna tabidir**", denilmek suretile LRA kuralının Türkiye'de ya da yabancı ülkede yapılan evlenmelerin şekli hakkında tek düze uygulanmasının kabul edildiği sonucuna varılmaktadır. Dolayısıyla, nasıl ki yabancılar ülkemizde Medeni Kanunumuzun öngördüğü lâik evliliği gerçekleştirmek zorunluğundadırlar, yabancı ülkede yapılan evlenmelerin de mahallî şekil veya şekillerinden birine uygun olarak gerçekleştirilmesi, tarafları hakkında bir zorunluluk ifade eder (Yasanın saklı kıldığı konsolosluk evlenmelerinin ancak kendilerine özgü koşullarda gerçekleştirilebileceği göz önünde tutulduğunda, bunların LRA kuralının ihtiyariliği ile hiç bir ilgileri olmadığı açıkça görülmektedir). Başka bir deyişle, taraflar evlenme yerinin kabul ettiği şekil veya şekillerin¹⁹ dışında, örneğin müşterek milli hukuklarının, ya da taraflardan birinin milli hu-

14) *BATİFFOL-LAGARDE*, 1983. 52-54 ve dn. 422 (5) de alman, belçika ve İtalyan içtihadından benzer örnekler.

15) *BATİFFOL-LAGARDE*, *DIP*, 6. bası, Paris 1976. 53 ve no. 425 ve dn. 35 deki içtihat ve doktrin; ayrıca *LEGIER-MESTRE Rev. Crit.* 1982. 305 ve dn. 16-20'deki içtihat; *BİSCHOFF, J. M., Rev. Crit.* 1983. 305-306.

16) *Bkz: dn. 15.*

17) *Yabancı hukuklarda da bu yönde uygulama yer almaktadır; milli hukukun, LRA ile aynı düzeyde uygulanması açısından, alman, İtalyan (m. 26), İspanyol (1981 ile değişik MK yeni 49. maddesi) hukukları; bkz: B.-L., 1983. 59 ve ilgili dip notu; ayrıca SAYMAN, Y., TÜRK DHH da Evlenmenin Kuruluşu, İstanbul, 1982. 131 dn. 290'deki zengin karşılaştırmalı hukuk bilgisi.*

18) *BİSCHOFF., Rev. Crit.* 1983-306-307.

19) *Burada bahis konusu şekil ya da şekillerden maksat evlenme yeri hukukunun maddi hükümlerindeki düzenlemelerdir. Bu hukukun "tarafların milli hukuklarına göre de evlenme yapabileceklerine" ilişkin hükmü ise, bir yasalar çatışması kuralı niteliğinde olup, FOR'un, yabancı yasalar çatışması kuralını bu konuda nazara alıp, almıyacağına göre, sonuç hakkında etkili olabilecektir.*

kukunun öngördüğü daha başka bir şekilde bir evlenme yapmışlarsa, 12. maddenin açık ifadesine göre bu evliliğin şekli açısından Türkiyede geçerliliği kabul edilmeyecektir. Zira bu durumda Fransız İstinaf mahkemesi kararında olduğu gibi, LRA kuralının evlenmenin şekli hakkında da "seçimlik" bir kural niteliğinin kabul edilmiş olması gerekirdi²⁰.

Yabancı ülkede yapılan evlenmelerin şekli hakkında LRA kuralının, "seçme hakkı tanıyan kural" niteliğini koruyamamış olmasının hukukî dayanağı nasıl açıklanabilir²¹? Fransız Yargıtayı "mahallî hukukun yetkisini" beyanla yetindiği gibi, MÖH-UK'un 12. maddesinin ilgili hükmü de tartışmasız kabul edilmiştir (Bkz: Sempozyum kitabı).

For ülkesindeki evlenmeler hakkında LRA kuralının "zorunlu" uygulamasına gidildiğinde ya "kamu düzeni" engellemesi (lâik evlilik), ya da iç hukukun doğrudan uygulanması" (remî memur önünde iradelerin açıklanması), gibi nedenler ileri sürülmektedir²². Yabancı ülkede gerçekleştirilen evlenmeler hakkında aynı mülahazalar ileri sürülebilir mi? Bu durumda yabancı "kamu düzeni'nin inikâsı"ndan (effet réflexe) bahsedilmiştir²³; yabancı devletin, ülkesinde gerçekleştirilen evlenmeleri kontrolde büyük yararı ve çıkarı olabileceği, aynı devletin bu kontrolü ülkesinde bir özel hukuk sözleşmesinin akdinde, ya da bir vasiyetnamenin tanziminde gerekli görmeyebileceği belirtilmiş, ve evlenmenin şeklinin **lex loci celebrationis'e** bağlanmasının, diğer hukuki işlemlerin "yapıldıkları yer hukukuna" bağlanmalarından farklı olarak, bizzat evlenme akdinin bünyesinden doğan bir zorunluluğun (force intrinsèque) ifadesi olduğu, ileri sürülmüştür²⁴.

Yabancı hukukun "kamu düzeni'nin evlenmenin şekli konusunda **For** yargıcı tarafından dikkate alınması, esasında yine LRA kuralının yabancı ülkedeki evlenmelerin şekli konusundaki uygulanış biçimine bağlıdır²⁵. MÖH-UK'un 12. maddesine göre, yabancı ülkelerdeki evlenmelerin şekli konusunda LRA'nın uygulanmasının, evlenme yeri devletinin yukarıda ifade edilen "çıkartı" ya da "yararı" düşüncesiyle savunulması, kanımızca zordur. Kişisel statüde yer alan diğer ilişkilerin kurulmasında "şekli geçerlilik" konusunda

MÖH-UK'un 6. maddesindeki genel kural ile, hukuki işlemin geçerlilik şansı arttırılırken, evlenme gibi, tarafları hakkında hayatî önemi olan bir ilişkinin aynı esneklikten yararlandırılmamış olmasını olumlu karşılamak mümkün görülmemektedir. Bu nedenle mahallî hukukun evlenmenin geçerliliği konusunda "**lex causae**"ye atıfta bulunmasının olumlu etkisine değinmekte yarar vardır.

2. Evlenmenin "in favorem" atıfla geçerli kılınması; Fransız İstinaf mahkemesi olayda Suriye vatandaşı olan (Z) ve (A) nın milli hukukları şeklindeki evlenmelerini geçerli kılarken, kararında şu hükme yer vermiştir: "**Fransız yasalar çatışması kuralları gereğince yetkili olan İtalyan kanunu kendisini zaten yetkisiz kılmakta ve evlenecek eşlerin müşterek milli hukukuna göndermektedir**" (atıf). Ve Fransız Yargıtayı da bu atfı onaylamıştır. Fransız içtihadında atfın ilk defa (hatta iki dereceli olarak) böylesine açıkça beyan ve kabul edildiği görülmektedir²⁶.

20) Krş. NOMER, 239-240.

21) LRA kuralının doğrudan kaynakladığı akdi ilişkilerin şekline uygulanış biçimindeki "seçimlik kural" niteliğinin, hem FOR ülkesinde hem de yabancı ülkede yapılan evlenmelerin şekli hakkında kabul edilmesi görüşü de doktrinde savunulmuştur, LOUSSOUARN - BOUREL, 388-389; LEGIER-MESTRE, 306-307; SAYMAN, 130-133.

22) LOUSSOUARN-BOUREL, 389; SAYMAN, 125-126 daki eleştiriler.

23) BATIFFOL-LAGARDE, 1981. 426, no. 308, İn Fine metindeki göndermeler.

24) BİSCHOFF, Rev. Crit. 1983. 307; Fransız doktrininde "zorunlu" uygulama lehinde, VINCENT-PONSARD, Mariage, naklen, Rev. Crit. 1982. 306, dn. 27.

25) LEGIER-MESTRE, Rev. Crit. 1982. 306; örneğin milli hukuklarının dini evlenmeyi zorunlu kıldığı kişilerin üçüncü devlet ülkesinde kamu düzeni nedeniyle ancak lâik bir evlenme yapmaları halinde, bu evliliğin For devletinde geçerliliği gibi. Diğer yandan LRA'nın ihtiyariliğinin benimsenmesi halinde milli dini evlenmenin de geçerliliği yine LRA kuralı ile açıklanabilecektir. Ayrıca bkz: NOMER, 199.

26) Rev. Crit. 1982. 310; ve 1983. 309.

Fransız doktrinde **atıf** uygulamasının sınırlandırıldığı alanlar belirlenirken²⁷ LRA kuralı da **atıf** kapsamı dışında bırakılmıştır. Bunun nedenleri ise şöyle açıklanmaktadır; **atıf** ile bir yandan LRA kuralı ile kişilere sağlanan mahalli hukuk güvencesi bertaraf edilmiş olmaktadır, diğer yandan ise LRA'nın bizzatı "seçme hakkı tanıyan" bir kural olması sonucu tarafların mahalli hukuk dışında, başka bir hukuka müracaat etme imkânı daima açık bırakılmıştır. MÖH-UK'daki şekle ilişkin genel kuralın da bu istikamette saptandığı görülmektedir; şöyle ki, Yasanın 6. maddesine göre, "**Hukuki işlemler yapıldıkları yer hukukuna veya o hukuki işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir**". Dolayısıyla bu genel kuralın şekil hakkında **atfı** reddettiği sonucuna varılabilmektedir. Bu maddede LRA kuralının ihtiyari kılınmış olması da bu sonucu makul göstermektedir. Buna karşın MÖH-UK'un 12. maddesinde, önce de açıkladığımız gibi, LRA'nın zorunlu kılınmış olması, bu konuda **atfı** bertaraf edici gözükmemektedir.

Fransız İstinaf mahkemesi kararında **atıf**, mahkemece LRA'nın ihtiyariliğinin benimsenmesine rağmen uygulanmıştır. Bu tutarsızlığı önlemek için, Fransız Yargıtayı, alt mahkemenin aynı yönde birden fazla gerekçe göstermesinin olumsuz etkisini bertaraf etmek amacıyla, evlenme yeri hukukunun evlenmenin şekli hakkındaki yetkisini hükümlendirerek, açık olmamakla beraber, "**lex loci celebrationis**"e tam yetki tanımış ve **evlenmenin geçerliliğini sağlamak açısından** (in favorem) **atfı kabul etmiştir**.

Hukumumuz açısından evlenmenin şekli geçerliliğinde LRA'nın ihtiyariliğinin 12. mad-

dede reddedildiği göz önünde tutulursa, evlenme yerinin yasalar çatışması kuralının göndermesinin (atfının), 2. maddenin son fıkrası ışığında, nazara alınması, en azından bu yoldan evlenmenin şekli geçerliliği sağlanabiliyorsa, gerekli görülmektedir. Kaldık ki, 12. maddenin ilgili hükmü, Yasanın 6. maddesi gibi "**atfa**" kapalı bir biçimde de düzenlenmemiştir. Dolayısıyla "**in favorem**" **atıf**, Fransız Yargıtayı kararında olduğu gibi, hukukumuzda da evlenmenin geçerliliğinde kabul edilmelidir, kanısındayız²⁸.

27) *Akitlerde seçilen hukuk hakkında atfın uygulanmadığı genellikle kabul edilir, BATİFFOL-LAGARDE, 1981. 364; LOUS-SOUARN-BOUREL, 293, no. 218. Uluslararası sözleşmelerde de genellikle yetkili hukukun iç hukuk hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiştir örneğin 1973 tarihli Nafaka Sözleşmesinde olduğu gibi (m. 4). Aynı Sözleşmede yer alan, kamu kuruluşunun geri alma hakkı konusunda da, bu kuruluşun tabi olduğu hukukun iç hükümleri uygulanır, bkz: BATİFFOL-LAGARDE, 1983. 136; bu konuda krş. TEKİNALP, MHB, 1983, sayı 1, s. 18, ve sayı 2, s. 43. Küçüklerin Korunmasına ve Vasiyetnamelerin şekline ilişkin Lahey Sözleşmelerinde de (1961) atfın reddedildiği görülmektedir.*

28) *Türk doktrinde bu yönde, ÇELİKEL, A., Türk MÖH da Atıf Prensiplerinin Uygulanması, MHB, sayı 2, 1983. 4; AKIN, Tez, 37-38. Ayrıca bkz: SAYMAN, 248-250, yazar, evlenme yeri hukukunun devletler hususi hukuku sistemindeki düzenlemenin nazara alınması konusunda, eşlerin Türkiye ile ilişkilerinin var olup, olmamasına göre bir sonuca gitmektedir.*

KARAR METİNLERİ

EVLAT EDİNME*

Y. 2 HD
E. 1982/3640
K. 1982/4124
T. 6.5.1982

Karl Peter ile Ulviye arasındaki evlât edinmeye izin davasının yapılan muhakemesi sonunda, davanın reddine dair verilen hüküm davacı tarafından temyiz edilmekle, evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

Alman uyruklu Karl Peter, Türkiye Cumhuriyeti uyruğunda bulunan Ulviye'yi evlât edinmek istemektedir. Milletlerarası hususi hukuk kurallarına göre, evlât edinmede tarafların millî hukuklarının uygun içinde olması, başka bir anlatımla tarafların hukukunun birlikte uygulanması zorunludur. MK. nun 253. maddesine göre evlât edinmenin, 40 ya-

şında olması evlât edinen ile, evlâtlık arasında 18 yaş fark bulunması gerekir. Oysa evlât edinmeye izin isteyen Karl Peter 1948 doğumlu olduğu için 40 yaş şartını taşımamaktadır. Ulviye ise 1962 doğumlu olup, evlât edinen ile aralarında 18 yaş fark mevcut değildir. O halde bu şart da gerçekleşmemiştir. Şu durumda evlât edinmeye izin verilemez. Onun için mahkemenin red kararı isabetlidir. Başka bir olaydaki yanlış uygulama da hâkimi bağlamaz. Bu bakımdan temyiz itirazlarının reddiyle kararın (ONANMASINA), 6.5.1982 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

YARDIMCI KİŞİLER İÇİN SORUMLULUK**

Y. 11. H.D.
E. 1982/4852
K. 1982/5626
T. 15.11.1982

Taraflar arasındaki davadan dolayı (İstanbul İkinci Asliye Ticaret Mahkemesi)nce verilen 9.6.1982 tarih ve 252/3157 sayılı hükmün temyizen tetkiki davalı avukatı tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla; dosyadaki kâğıtlar okundu, gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı vekili, davalının akreditif bedelinden (29.126,09) lira borçlu kaldığını, müvekkilince yapılan icra takibine davalının itiraz ettiğini belirterek itirazın iptaliyle

(29.126,09) liranın % 10,5 faiz, faizin % 25 gider vergisi ve % 15 icra inkâr tazminatıyla birlikte tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, müvekkilinin Amerika'dan ithal edeceği mallar için davacı nezdinde (2.555,43) Amerikan Doları akreditif açtırdı-

* YKD., C. VIII, S. 12, Aralık 1982, 1641.' de neşredilmiştir.

** YKD. C. 18, 5: 2, Şubat 1983, 550'de neşredilmiştir.

ğını, ithalatçı firmanın ithal müsaadesi içerisinde (989.75) Dolarlık malı göndermemesi nedeniyle durumun davacı bankaya bildirilip bu miktar için akreditifin iptalinin istendiğini, buna rağmen davacının tamamen kendi kusuru ile ödediğini, malın ithal müsaadesi müddetinden sonra gönderilmiş olması nedeniyle de müvekkilince gümrükten çekilemediğini, davacının kendi kusuru nedeniyle ödeme yapmış olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, toplanan delil ve belgelere, taraflar arasındaki sözleşmeye dayanılarak, davacının Türkiye'ye ithal edilen mal için yaptığı ödemenin sözleşme hükümlerine uygun olduğu, davalının ithal müsaadesinin uzatılmasını talep etmemesi nedeniyle malları gümrükten çekemediğini, davacının kusurlu olmadığı sonucuna varılarak (28.965,08) liranın % 10.5 faiz, faizin % 15 değer vergisi ve (14.344,75) lira icra inkâr tazminatının davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Kararı davalı vekili temyiz etmiştir.

Taraflar arasındaki uyuşmazlık bir gayri kabili rücu vesikalı ve teyidsiz akreditif işleminden doğmuş bulunmaktadır. Akreditif sürelidir. Davacı bankanın işi tevdi ettiği Amerika'daki muhabir bankanın yanlış işlem yaptığı, vesikaları aramadan ve almadan parayı Amerika'lı ihracatçıya (satıcıya) ödediği, Amerikan firması her ne kadar malları bilâhare yollamış ise de süresinden sonra gönderilmiş olmaları nedeniyle ve Türk ithalât mevzuatı gereğince davalı ithalâtçı (satın alan) tarafından çekilemediği iddia ve savunma ile dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Yabancı muhabir bankanın hatalı davranışı, yazışmalarda görüldüğü gibi, kendisi tarafından dahi kabul edilmektedir. Yabancı banka bu kusurlu davranışta bulunmasa idi para yabancı ihracatçıya (satıcıya) ödenmeyecek ve dolayısıyla bu uyuşmazlık da doğmayacaktı. O halde, davada çözümlenecek husus yabancı bankanın bu yanlış işlemi sonuçlarından kimin sorumlu olacağı meselesidir.

Vesikalı akreditif sistemine göre davacı banka amir banka, yabancı banka da muhabir banka durumundadır. Yerleşmiş Yargıtay

İçtihatları gereğince (HGK. 4.11.1964 tarih ve 1942/D-T Esas, 637 Karar sayılı kararı ile Onbirinci Hukuk Dairesi'nin 22.4.1982 tarih 1982/1274-1845 sayılı kararı) yabancı ve yerli muhabir banka âmir (davacı) bankanın yardımcısı durumundadır. Bu halde de BK. nun 100. maddesi gereğince amir banka muhabir bankanın işini icra ederken yaptığı yanlış işlemin sonucundan ve verilen zarardan sorumludur. Maddenin tercüme şekli yanlış anlamaya yer verecek şekilde yapılmış ve sanki sadece (kendisi ile beraber yaşayan şahısların veya mahiyetinde çalışanların) fiillerinden sorumluluk söz konusu imiş gibi yapılmıştır. Oysa maddenin başlığı (muavin şahısların meşkuliyeti) şeklinde geniş anlamı olduğu gibi İsviçre BK. nun karşılığı ve kaynak maddesi olan 101. maddesinde (..kendisi ile beraber yaşayan şahıslar veya mahiyetinde çalışanlar gibi, yardımcılara işin tevdiinden söz edilmekle maddede yazılı kişilerin sınırlayıcı değil örnek olarak gösterildiği açıkça belirtilmektedir. Bu yardımcı, borçlunun açık veya gizli rızasıyla ifa ya da haklı kullanma eylemlerine katılan herhangi bir kişi olabilir. (Aynı görüşte; Prof. Haluk Tandoğan, Türk Mesuliyet Hukuku, 1961, sh. 436, 437; Prof. S. S. Tekinay, Borçlar Hukuku, 1979 sh. 714, 716) bu durumda Amerika'daki muhabir bankayı davacı bankanın yardımcısı kabul etmek ve onun yanlış işleminden ve davalı ithalatçıya karşı davacı bankayı sorumlu tutmak gerekmektedir. Muhabir bankanın yanlış işlemi nedeniyle ödediği paranın sorumlusu davalı olamaz. Bu sebeplerle davanın reddi gerekirken taraflar arasındaki ilişkinin bir vesikalı akreditif işlemi olduğu hususu ve vesikalı akreditifin özelliği üzerinde durulmadan davalının ithal süresinin uzatılmasını talep etmediği gibi ilişki dışındaki bir nedene dayanılarak davanın kabulü bozmayı gerektirmiştir. Davacı bankanın yardımcısı durumundaki Amerika'daki muhabir bankası olan (Bankers Trust Company)'ye tabiatıyla rücu hakkı saklıdır.

Sonuç : Yukarıda gösterilen nedenlerle hükmün temyiz eden davalı yararına (**BOZULMASINA**), ödediği temyiz peşin harcının isteği halinde temyiz edene iadesine 15.11.1982 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

ACENTELİK*

Y. 11. H.D.
E. 1982/5392
K. 1983/103
T. 20.1.1983

Taraflar arasındaki davadan dolayı (Mersin Üçüncü Asliye Hukuk Hakimliği'nce verilen 29.6.1982 tarih ve 728/409 sayılı hükmün duruşmalı olarak temyizden tetkiki taraf avukatları tarafından istenmiş olmakla; dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra, işin gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı vekili, davalının bir İsviçre Firması'na sattığı yüz ton nohutun vekil edeni şirketin donatana bulunduğu gemiyle taşındığını, ancak davalı satıcının bildiriyle ve faturası gözetilerek düzenlenen konişmentoda marka ve niteliği belirtilen nohutun, başka marka ve nitelikte çıkması yüzünden alıcıya tazminat ödemek zorunda kaldıklarını bildirerek TTK. nun 1023. maddesi uyarınca (4.069.113) liranın tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı vekili, geminin yalnızca bir seferi için gerekli işlemleri yapmak üzere verilen vekâletnamenin acente sıfatıyla dava açma yetkisini vermeyeceğini bildirerek davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, davacı Erkut'un donatana vekâleten yalnızca dava konusu dış satıma ilgili işlemlerini yürütmesinin kendisine acente sıfatını kazandıramayacağı, TTK. nun 116. maddesi uyarınca bir kimsenin acente sayılabilmesi için anılan işlemlerde sürekliliğin esas alınması gerektiği, kesin önelden sonra sunulan taşıyana ait vekâletnamenin de dava ehliyeti sağlamayacağı, dava için yasada öngörülen bu koşulun yerine getirilmemesi nedeniyle ücret tarifesinin 8/3. maddesi uyarınca davacının maktu vekâlet ücretinden sorumlu olacağı gerekçesiyle ehliyet yönünden davanın reddine karar verilmiştir.

Hüküm her iki yan vekilince de temyiz edilmiştir.

1 — Davacı vekilinin temyiz itirazlarının incelenmesinde:

TTK. nun 117/3. maddesi uyarınca, Türkiye Cumhuriyeti içinde merkez ya da şubesi bulunmayan yabancı ticari işletmeleri nam ve hesabına ülke içinde işlemde bulunanlar hakkında da, anılan Yasanın 8. faslında 116 ve ardından gelen hükümlerle düzene konan "Acente" hükümleri uygulanır. Ayrıca dairemizin bu konuda kökleşmiş nitelik kazanan içtihatlarıyla da kabul edildiği gibi (örneğin 20.12.1982 gün ve 1982/5727-5528 sayılı 23.12.1982 gün ve 1982/5178-5596 sayılı kararları) TTK. nun 117/3 ve 119/2. maddeleri hükümlerine göre; ülkemiz içinde merkez ya da şubesi olmayan yabancı ticari işletmeler nam ve hesabına ülke içinde arızı de olsa işlemde bulunanlar hakkında dahi, vekil edeni adına dava açılabilmesi olanaklıdır. Bu nedenlerle, dava ehliyeti açısından sözü edilen acentelerin arızı olarak işlem yapması olgusu sonuca etkili değildir. Sözü edilen yasal düzenlemedeki amaç; ülkemiz içinde merkez ya da şubesi olmayan yabancı ticari işletmelerin takip ve dava edilmesi zorunluğunu ortadan kaldırmak ve hak sahibinin yabancı ticari işletmenin nam ve hesabına Türkiye'de geçici de olsa işlem yapan acenteden hakkını elde etmesine olanak tanımaktır. Tersinin kabulü, TTK. nun 119. maddesi hükmünün uygulama olanağının ortadan kalkmasına yol açacaktır. Tüm bu nedenlerle ve uyuşmazlık konusu işin, niteliği yukarıda belirlenen acente tarafından bağitlanan taşıma sözleşmesinden kaynaklanmasına göre; vekil edeni adına dava açıp davacı acentenin husumet ehliyetinin bulunduğu kaden

* YKD., C. IX, S. 4, Nisan 1983, 552'de neşredilmiştir.

bulü ile işin esasının çözümlenmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş ve davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulüyle hükmün bu yönden bozulması gerekmiştir.

2 — Davalı vekilinin temyiz istemine gelince:

Yukarıdaki bentde açıklanan bozma nedenine göre davalı vekilinin temyiz itirazlarının şimdilik incelenmesine gerek görülmemiştir.

Sonuç : Yukarıda bir nolu bentde yazılı nedenlerle hükmün davacı yararına (**BOZULMASINA**), iki nolu bentde yazılı nedenle davalının temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik gerek olmadığına, vekili gelmediğinden davacı yararına duruşma vekillik ücreti takdirine yer olmadığına, ödedikleri temyiz peşin harçlarının istekleri halinde temyiz edenlere iadesine, 20.1.1983 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

DIŞ ÜLKELERDE NOTERLİK İŞLERİ*

Y. 12 H.D.

E. 1983/6470

K. 1983/8242

T. 1.11.1983

Merci kararının müddeti içinde temyizen tetkiki alacaklı vekili tarafından istenmesi üzerine, bu işle ilgili dosya mahallinden daireye 23.6.1983 tarihinde gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünüldü:

Alacaklı ve borçlu Türk vatandaşıdır. Takip, 15.9.1982 tarihinde Frankfurt Noterliği'nce düzenlendiği anlaşılan senede dayanmaktadır. Talep gibi icra emri çıkarılmış ise de, süresi içinde borçlu vekili, "noter senetleri İİK.nun 38. maddesinde belirtildiği üzere, ilâm niteliğinde belgelerden sayılır ise de, bu hükmün T.C. Kanunlarına göre Türkiye'de düzenlenmiş senetler hakkında uygulanabileceği, kaldı ki, yabancı mahkemelerde verilmiş ilâmların infazının dahi kayıt ve şartlara bağlı olduğu, Türk Mahkemelerinin verdiği tenfiz kararının yabancı mahkemelerin hukuk ve ticaret davalarına ait ilâmları hakkında geçerli bulunduğu gerçekte noterce düzenlendiği bile şüpheli olan bir belgenin ilâm niteliğinde sayılamayacağı ve icra emri çıkarılamayacağı" görüşü ile itiraz etmiştir.

Merci, takip dayanağı belgenin İİK.nun 38. HUMK.nun 537. maddeleri hükümleri uyarınca tenfiz kararı alınmak ve onaylanmak suretiyle milli mevzuata uygun sözleşme hü-

viyetine bürünmesi gerektiği, yabancı ülkede düzenlenen noter senedine istinaden Türkiye'de takip yapılamayacağı gerekçesi ile takibin iptaline karar vermiştir.

Anılan kararı alacaklı vekili temyiz etmiştir.

HUMK.nun yabancı ilâmların tanınması ve tenfizine ilişkin dokuzuncu babının birinci fasıl hükümleri, 2675 sayılı (Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun) ile değiştirilmiştir. 2675 sayılı Kanunda olayımıza çözüm getiren bir hükme yer verilmemiştir.

Yabancı memlekette bulunan Türk Vatandaşları arasındaki hukuki işlemler özellikle noterlik işlemleri konsoloslar tarafından görülür. Keza yabancı memlekette, O ülkenin Kanunlarına göre yetkili kılınmış noter tarafından düzenlendiği, oradaki Türk Konsolosluğunca onanmış senetler, Türkiye'deki noterlerce düzenlenmiş resmî senetler hükmündedir ve aynı hukukî işleme tâbi tutulur.

1512 sayılı noterlik Kanununun incelenmesi ile sonuca kolaylıkla varılabilir. Nitekim

* YKD. C X, S. 1, Şubat 1984, 266'da neşredilmiştir.

anılan Kanununun 191. maddesinde : Yabancı Memlekette noterlik işlerinin konsoloslar tarafından görülür", 195. maddesinde ise "Yabancı Memleketlerde usulü uyarınca yapılan noterlik işlemlerinin altındaki O memleketin yetkili merciin imza ve mühürü, konsolos tarafından onanır. Özel Kanun Hükümleri saklıdır" hükümleri yer almıştır.

Olayda, (Wetzler Noteri Josef Töpper) imzası ve mühürü, işlemin bu notere aidiyeti Limburg Asliye Mahkemelerince tasdik edilmiş ayrıca mühür ve imzanın bu mercie aidiyeti Frankfurt Başkonsolosluğu'nca onaylanmış bulunduğu, takip dayanağı belgenin incelenmesinden anlaşılmaktadır.

Konsolosluğun mühür ve imzasını taşıyan (onay) karşısında, 1512 sayılı Noterlik Kanununun 191 - 195. maddeleri hükümleri

muvacehesinde, takip dayanağı senedin muhtevası itibarıyla da münhasıran para borcu ikrarını taşıması karşısında İİK.nun 38. maddesinde sayılan ve ilâm niteliğinde belge yani resmi senet addedilerek takibe konulmasında, borçluya icra emri tebliğinde İİK. hükümlerince uygun düşmeyen bir husus yoktur. İtiraz yersizdir.

Merciin yasaya uymayan aksine düşünceler ile takibin iptaline karar vermesi isabet-siz olup bozmayı gerektirir.

Sonuç : Açıklanan durum karşısında alacaklı vekilinin itirazı yerinde görülmele temyiz olunan merci kararının İİK.nun 366. ve HUMK.nun 428. maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA)**, 1.11.1983 gününde, oybirliğiyle karar verildi.

YABANCI MEMLEKETTE YABANCININ SUÇ İŞLEMESİ*

Y. 9 C.D.

E. 1983/2665

K. 1983/2946

T. 23.11.1983

Tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu Nur'un ölümüne sebebiyet vermekten sanık Vasilius'un yapılan yargılaması sonunda; mahkûmiyetine dair (Sarıyer Asliye Ceza Mahkemesi)'nden verilen 6.7.1983 gün ve 1982/359 esas, 1983/252 karar sayılı hükmün süresi içinde duruşmalı olarak Yargıtay'ca incelenmesi sanık vekili tarafından istenilmiş ve şartı depo parası ile yerine getirilmiş olduğundan dava evrakı C. Başsavcılığı'ndan tebliğname ile daireye gönderilmekle incelenerek gereği düşünüldü :

Süresinden sonra yapıldığından ve hükmolunan cezanın miktar ve nev'i itibarıyla muraafaalı inceleme isteğinin reddine,

Suçun, resmî görevin yerine getirilmesi sırasında işlenmiş fiil niteliğinde bulunmaması itibarıyla diplomatik bağışıklık ve ayrıcalıklardan faydalanmayıp, hakkında 29.5.1975 gün, 1675 sayılı Kanunla onaylanıp, metni Resmi Gazete'nin 27.9.1975 gün, 15369

sayılı nüshasında yayınlanan ve Türkiye ile Yunanistan arasında yürürlükte bulunan Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi'nin "kabul eden Devlet'in yargısına tabi olmamaya" dair 43. maddesinin 1. fıkrasında belirlenen bağışıklıktan yararlanmayan İstanbul Başkonsolosluğu'nda görevli memur 8.7.1977 tarih ve 12664 sayılı pasaport sahibi sanık hakkında adı geçen sözleşmenin 41, 43 ve TCK.nun 6. maddelerine göre, açılan kamu davasının mahkemece bakılıp sonuçlandırılmasında, kanuna aykırı bir yön görülmemiştir.

Yapılan duruşmaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, hükme esas kabul edilen ifadeler, teşbitler, tutanaklar ve tüm dosya kapsamı nazara alınarak olayı açıklayıp, oluşa uygun kusur tevzii eden İTÜ. Yollar Tra-

* YKD., C. X, s. 12, Aralık 1984, 1831'de neşredilmiştir.

fik Kürsüsü Öğretim üyelerinden teşkil ettirilen bilirkişilerin 2.5.1983 günlü raporuna, mahkemenin tahkikat neticelerine uygun olarak tecelli eden kanaat ve takdirine tetkik olunan dosya münderacatına göre sanık vekilinin, sanığın Viyana Sözleşmesi'nin 43. maddesindeki muafiyetten yararlanması gerektiğine, noksan inceleme ile ve yeterli olmayan

tanınamaz. Bu gibi uyuşmazlıklarda Yabancı bilirkişi raporuna dayanılarak karar verildiğine, cezanın tescil edilmemesine vesaireye değinen ve yerinde görülmeiyen temyiz itirazlarının reddiyle hükmün, istem gibi **(ONANMASINA)**, depo parasının gelir yazılmasına, 23.11.1983 gününde oybirliği ile karar verildi.

YABANCI DEVLETİN YARGI BAĞIŞIKLIĞI

Y. 12. HD.

E. 1984/8401

K. 1984/11313

T. 6.11.1984

Yukarıda tarih ve numarası yazılı merci kararının müddeti içinde temyizden tetkiki alacaklı vekili tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili dosya mahallinden daireye 27.6.1984 tarihinde gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüşülüp düşünöldü :

2675 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi ile bazı hükümlerinin hukuki geçerliliği tartışılabilir hale gelmiş bulunan, Adalet Bakanlığının "Türkiye'de kendilerine tebliğat yapılamayacak kişileri" gösteren tebliğinin 5. kısmında sayılanlar arasında Konsolos, vis konsul bulunmamaktadır. Konsolos ve Konsolos yardımcılarının konsolosluk hizmetlerini ifa ederken işledikleri suç teşkil edebilen fiil ve eylemlerinden dolayı ülkesinde buldukları devletin adli ve idari yargısına tabi olup olmadıkları konumuz dışında kalır. Ancak, konsolos görevlisi olsa bile, bağlı olduğu devletin vekili sıfatı ile hareket etmesizin özel hukuk alanında kurduğu sözleşmeden ya da sebebiyet verdiği haksız fiilden doğan borçlanmadan ötürü haklarında açılacak hukuk davalarında diplomatik dokunulmazlık söz konusu edilemez. Nitekim mevzuatımıza getirilen çok açık bir hükümle Yabancı Devlete dahi hukuk davalarında hasım olma durumu benimsenmiştir. 2675 sayılı "Milletlerarası özel hukuk ve usul hukuku hakkında" Kanununun 33. maddesinde "Yabancı Devlete Özel Hukuk ilişkilerinden doğan hukuki uyuşmazlıklarda yargı muafiyeti

Devletin diplomatik temsilcilerine tebliğat yapılabılır" denilmektedir. Bu hüküm karşısında, özel hukuk alanında borç doğuran sebeplerle veya düzenlediği akit gereği borç altına girmeyi kabul eden diplomatik temsilci aleyhine dava açılabilirliği, kendisine bu yolda tebliğat yapılabılırliği aşikar hale gelmiştir.

Olayda, viskonsül eşi olan borçludan kira parasının alınması istenilmiştir. Kira akti nedeni ile doğduğu öne sürölmüş alacak iddiası yönünden yukarıda belirli nedenlerden dolayı dava ve icra takibi açılmasına, tebliğat yapılmasına ödeme emri tebliğine yasal engel mevcut olmadığına göre, merciin olaya uygun düşmeyen Kanun maddelerinden bahisle hatalı sonuca varması bozma sebebi-dir.

Kaldı ki, borçluya çıkarılan tebliğat usulsüz olsa bile, borçlunun ittilaı halinde beyan ettiği esas alınmak suretiyle tebliğatın geçerli sayılacağı 7201 sayılı Kanununun 32. maddesi hükmü gereğidir. Borçlu takip biçimi bakımından ve ittila tarihine göre, icra dosyasına itiraz etmediğine nazaran takibin kesinleştiği gösterilmeksizin iptal kararı verilmesi de isabetsizdir.

Sonuç : Yukarıda açıklanan gerekçeye binaen, alacaklı vekilinin yerinde görölen temyiz itirazlarının kabulü ile merci kararının İİK. 368 ve HUMK. 428. maddeleri uyarınca **(BOZULMASINA)**, 6.11.1984 gününde, oybirliğiyle karar verildi.