

KARARLAR

AVRUPA KONSEYİ BAKANLAR KOMİTESİ KARARLARI

I. CİDDİ ŞEKİLDE SAKAT KİŞİLER İÇİN BİR AVRUPA KARTI İHDAS EDEN BAKANLAR KOMİTESİ KARARI^{1 2}

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi toplantısında bir araya gelen Fransa, Federal Almanya Cumhuriyeti ve İtalya temsilcileri **Kısmi Andlaşmalara** dair 3 Mayıs 1951 tarihli ve (51) 29 sayılı ve 2 Ağustos 1951 tarihli (51) 62 sayılı kararları gözden geçirerek;

Yardımcılar seviyesinde toplanan Bakanlar Komitesi tarafından, 245. toplantıda, ciddi şekilde sakat kişiler için bir Avrupa Kartı'nın **Kısmî Andlaşmalarla** ihdası hususunda varılan kararları gözden geçirerek;

Avrupa Konseyi'ne üye olan ülkelerde ciddi şekilde sakat kişilere kolaylıklar sağlanmasına dair (75) 15 sayılı kararı gözden geçirerek;

Verilme şartları ve kapsamı bu karara ilişkin **Ek'te** belirtilen "Ciddi Şekilde Sakat Kişiler için Avrupa Kartı"nı tasvip etmeye aşağıdaki şartlara bağlı olarak karar verdiler:

a — karar sadece temsilcileri lehte oy kullanmış olanlar için kabul edilmiş sayılacaktır,

b — uygulanması ona göre olacaktır,

c — bu kartın ihdası sebebiyle Avrupa Konseyi'nin maruz kalacağı herhangi bir ek masrafı temsilcileri bu kararın lehinde oy kullanmış olan üye devletler karşılayacaklardır.

KARARIN EKİ

1. Katılan herhangi bir devletin ciddi şekilde sakat olan herhangi bir vatandaşına katılan diğer devletlerin ülkesinde seyahat ederken, bu statüsünü tanıtmak ve mev-

cut imkânlardan ve öncelikli haklardan yararlanmasına imkân vermek amacı ile "Ciddi Şekilde Sakat Kişiler için Bir Avrupa Kartı" (ileride sadece **Kart** olarak geçecektir) ihdas edilmiştir.

2. Kart ilgili şahısların talebi üzerine katılan her devletin hükümeti tarafından yetkilendirilen organlarca verilir. Bu talep katılan ülkelerin vatandaşı olan ve o ülkede mütad şekilde oturan ve sakatlıkları sebebiyle özellikle yurt dışı gezilere çıktıklarında güçlüklerle karşılaşma ihtimali olan ciddi şekilde sakat kişiler tarafından yapılabilir.

3. 2. paragrafın getirdiği imkânlar 28 Temmuz 1950 tarihli Cenevre ve 28 Ekim 1954 tarihi New York Konvansiyonları alanına ayrı ayrı giren ve sözü geçen ülkelerde mütad şekilde ikamet eden mültecilere ve vatansız kişilere de teşmil edilebilir.

4. Katılan her devletin hükümeti kendi ülkesinde diğer katılan devletlerin yetkili mercileri tarafından verilen kartların geçerliliğini tanır.

5. Kart, sadece kullanılan dilin özel sıralanmasına göre değişecek şekilde, tek bir modele göre, Avrupa Konseyi Sekreterliği tarafından hazırlanacaktır. **Kısmi Andlaşmaya** katılan devletlerin her biri, masrafı kendine ait olmak üzere ve kendi ihtiyaçlarına uygun bir şekilde, Konsey Sekreterliğinin katılan devletlerin resmi diliyle hazırladığı tek modele göre kartların basımı ve dağıtılmasından sorumlu olacaktır.

1) *European Yearbook, 1977 Vol. XXV, 349-353 ten alınarak tercüme edilmiştir.*

2) *Fransa, Federal Almanya Cumhuriyeti ve İtalya temsilcilerinin 4 Kasım 1977 tarihindeki Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi toplantısında kabul edilmiştir.*

6. Sekreterlik, katılan devletlerin di- liyle aşağıdaki konuları kapsayan bir bilgi broşürünü hazırlayacak ve daha sonra da güncelliğini koruyacaktır:

a — katılan devletin kart hamilleri için hazırladığı imknâlar,

b — kartları vermekle yetkili organlar,

c — kartın nasıl elde edileceği ve na- sıl kullanılacağı.

Broşürlerin basım ve dağıtım sorumlu- luğu, masrafları kendilerine ait olmak üzere, ve kendi ihtiyaçlarına uygun şekilde, katı- lan devletlerin her biri tarafından doğru- dan üstlenilecektir.

II. GİZLİ GÖÇ VE YABANCI İŞÇİLERİN HUKUKA AYKIRI ŞEKİLDE ÇALIŞTIRILMASI İLE İLGİLİ (78) 44 NOLU BAKANLAR KOMİTESİ KARARI^{3 4}

Bakanlar Komitesi,

Gizli göç sorununun önemini ve bu ol- gunun zararlı etkilerini hem sosyal stan- dartlar hem de göçmen işçilerin insanlık onuru açısından, gözden geçirerek;

Gizli emek ticaretinin açık varlığının Üye Devlet yetkililerinin spesifik ve yeterli karşı tedbirleri almalarını elzem hale getirdiğini hatırlatarak;

Avrupa Çalışma Bakanlarının Kasım 1970 tarihli Roma Konferansında aldıkları ve Üye Devletlerin yabancı emek gücünün gizli ola- rak yurda sokulmasını ve kullanılmasını, uy- gun olan bütün araçlarla, özellikle bu uygu- lamalardan sorumlu olanlara para cezaları vererek, önlemelerini temin etmeye davet eden tavsiye kararını dikkate alarak;

İşverenlerin hukuki borçlarından ve hu- kuka uygun olarak (yurda) kabul edilme- yen yabancı işçileri çalıştırmakla girdikleri tehlikeden haberdar edilmeleri gerektiğini belirterek;

Muhtemel göçmen işçilerin de gerekli izini almadan, iş tutmak için yabancı bir ülkeye giriş yapmakla, girdikleri tehlikeden haberdar edilmelerinin yerinde olacağını mü- lahaza ederek;

İnsani sebeplerle ve istihdam imkânları- nın ışığında, Üye Devletler tarafından, ülke- lerinde hukuka aykırı olarak ikamet eden

yabancı işçileri ve aile fertlerinin durumu- nu düzenlemek için, alınabilecek herhangi bir tedbirin gizli göç ve göçün sebep oldu- ğu kötüye kullanmaların önlenmesinde en- gel teşkil etmemesi gerektiğini düşünerek;

Gizli göçün kontrol altına alınmasının Üye Devletlerin ülkelerinde hukuka uygun olarak bulunan göçmen işçilerin kabulü, yer- leştirilmeleri ve çalıştırılmalarında iyileşme- lere yol açmasının muhtemel olduğunu dü- şünerek;

Tam istihdam zamanında dahi, aşağıdaki tedbirlerin uygulanmasının yerinde olacağı- na inanmış olarak;

Üye Devletlere aşağıdaki hususları yap- malarını tavsiye eder:

1. Önleyici Tedbirler Bakımından

a — kabul eden ve gönderen ülkelerin, kabul eden ülkelerdeki yaşama ve çalışma şartları konusunda yanıltıcı propagandayı or- tadan kaldırma ve göç ülkesi vatandaşlarının dikkatini yabancı bir ülkede gayri kanuni olarak çalışmakla girdikleri tehlikeye çekme- de işbirliği yapmalarını;

b — kanunsuz işçi hareketinde kullanı- lan yollar ile bu işe karışan çete ve aracılara dair bilgi alış verişini teşvik etmek ve bu faaliyetlerin tasfiyesini kolaylaştırmak için, milletlerarası işbirliğini ve özellikle karşılık- lı idari yardımı geliştirmelerini;

2. Gidilecek Ülke Tarafından Alınacak Kontrol Tedbirleri

Her ülkede yürürlükte olan kanun ve uygulamaların verdiği imkânlarla bağlı ola- rak, bilgi alış veriş ve koordinasyonu mese- lesinde milli idari merciler arasında yakın işbirliğini sağlama ve aynı zamanda göçmen işçilerin ikamet ve istihdamını yöneten şartla- ra riayeti sağlamak için denetim getirme ve bunu kuvvetlendirmelerini;

3. Aracı ve İşverenler Hakkında

a — milli kanunun, yabancı emek tica- retine girişenler ve özellikle işçilerin sınırı

3) *European Yearbook 1978, vol. XXVI, 363-367den tercüme edilmiştir.*

4) *Bakanlar Komitesinin 26 Ekim 1978 ta- rihindeki 294. Bakan Vekilleri toplan- tısında kabul edilmiştir.*

aşmalarına yardım edenler, (onlara) kalacak yer temin edenler, sahte evrak veya ulaşım araçlarını hazırlayanlar veya onların herhangi bir şekilde gizli çalıştırılmalarına yardım edenler ile ilgili, cezai ve idari müeyyide koymasını temin etmelerini;

b — yabancı işçileri hukuka aykırı şekilde çalıştıran işverenlerin hukuki ve idari müeyyidelerle cezalandırılmalarını sağlamalarını. Hukuka aykırı durumda olan işçiler ülkelerine geri gönderildiklerinde, işveren bu geri göndermenin masraflarını da karşılamaya mecbur edilebilir.

c — yabancı insan gücünün hukuka aykırı şekilde kullanılmasını ikinci elden emek temin etmeyi üstlenerek teşvik edenlere, özel insan gücü ve geçici iş ve işçi bulma ajanslarına yukarıda ön görülenlere özdeş müeyyidelerin uygulanmasını sağlamalarını. Bunun yanında, bu firmaların faaliyetlerinin ön izne bağlı olduğu durumlarda, böyle bir izin geri alınabilir.

4. Yabancı İşçiler Bakımından

a — hukuka aykırı durumda olan yabancı işçilerin yurt dışı edilmesini, hukuk dışı göç ve isihdamı kontrol altına alma araçlarından biri olarak telakki etmelerini;

b — hukuka aykırı durumda olan işçilerin yurt dışı edilmesinde doğan pratik meseleleri halletmelerini, bu amaçla, diğerleri yanında, gerekirse, sınırdaki kişilerin yurt dışı edilmesi ve bunlara yapılacak muameleye ilişkin anlaşmaları yapma imkânını gözden geçirmelerini;

c — hukuka aykırı durumda olan yabancı işlerin yurt dışı edildikleri zaman dahi, ücret, sosyal güvenlik ve diğer menfaatler konusunda çalışma esnasında kazandıkları hakları muhafaza etmelerine izin verilmesini ve bu paragrafta anılan hakların dava konusu olması halinde adli yardım almalarını temin etmelerini;

5. Avrupa Konseyi Genel Sekreterine her beş yılda bir bu karara işlerlik kazandırmak için alınan tedbirlerin bildirilmesini.

Çeviren Asis. ArslanGÜNDÜZ

DEVLETLER HUSUSİ HUKUKUNDA NAFAKA (Evlilik Dışı Çocuk)

Y. 2.HD.

E. 1980/3053

K. 1980/3311

T. 17.4.1980

Y.K.D., Ekim 1980, C. 6, sayı 10, 1332

"A. Dirik Kuduin Temsilcisi Duisburg Gençlik Kurumu adına Türkiye Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Müdürlüğü ile Eyüp arasındaki nafaka alacağı davasının yapılan muhakemesi sonunda verilen hüküm davalı tarafından temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

1 — İstek evlilik dışı çocuk yararına nafaka takdirine ilişkin olup, inceleme görevi asliye hukuk mahkemesine aittir. Öyle ise görevsizlik kararı verilmesi gerekirken

uyuşmazlığın esasının incelenmesi usul ve kanuna aykırıdır.

2 — 26.1.1971 gün ve 1331 sayılı Kanun ile onaylanan (Nafaka Alacaklarının Yabancı Memleketlerde Tahsil iile İlgili) Sözleşmenin 6. maddesinin 1. bendi uyarınca Adalet Bakanlığının bu olayda dava açmak hakkı yoktur. Çünkü çocuğun babalığına ilişkin hüküm Türk Mahkemelerinde değil, Alman Mahkemesince verilmiş bulunduğu ve Usulün 540G4. maddesine göre tenfizi mümkün bulunmadığı ve böylece nafaka alacağının hukukî daaynağı mevcut olmadığı için davanın reddi zorunludur. Bu yönün gözetilmemiş olması kabul şekli bakımından bozmayı gerektirir.

Sonuç : Temyiz edilen kararın gösterilen sebeplerle (BOZULMASINA) 17.4.1980 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

NOT

I. KARARIN İÇERDİĞİ OLAY

Yargıtay 2. HD. nin karar metninden anlaşılabilirliği kadarile, olayda, Türk vatandaşı Eyüp'ün evlilik dışı ilişkisinden olma ve Almanyanın Duisburg kentinin Gençlik Kurumu (Jugendamt) tarafından Alman yasaları uyarınca temsil edilen (ve muhtemelen alman vatandaşı) küçük A. Dirik Kuduin'in, evlilik dışı babaya karşı yönelttiği bir nafaka istemi bahis konusudur.

Nafaka davası Türk davalıya karşı, kararda belirtilen, uluslararası bir Sözleşme gereği (1956 tarihli New York Sözleşmesi) yetkili kılınmış olan Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü tarafından Sulh Hukuk Mahkemesinde açılmış ve yargıç kendisini "görev" açısından yetkili görerek, Alman Mahkemesinden alınmış olup; mahkemeye ibraz edilen "babalık kararı"na dayanarak, nafakaya hükmetmiştir.

Karar Yargıtayca "usul" ve "esas" yönlerinden **bozulmuştur**.

II. YARGITAYIN ALT MAHKEME KARARINI BOZMA NEDENLERİ

A. Usul Yönünden :

Yargıtay 2.HD, davanın "evlilik dışı bir nafaka istemine" ilişkin olduğunu bu tür nafaka istemlerinin ise, "görev" yönünden "asliye hukuk mahkemesi"nin yetkisi dahilinde olduğunu belirterek, haklı olarak, kararı bu yönden bozmuştur¹.

B. Esas Yönünden :

Kararın "esas" yönünden **bozulmasında** ise, şu hususlara yer verilmiştir;

a. Adalet Bakanlığı olaydaki türden bir nafaka istemine ilişkin davayı, Türkiyenin de taraf olduğu **Nafaka Alacaklarının Yabancı Memleketlerde Tahsili ile İlgili Sözleşmenin** (New York Sözleşmesi, 1956 t.), 6. maddesinin 1. bendine dayanarak açmıştır.

b. Ancak nafaka istemi hukuki daya-

naktan yoksundur; çünkü bu istemi haklı kılacak bir "babalık kararı", Alman Mahkemesinden verilmiş olup, HUMK. m. 540/4. bendi uyarınca bu kararın Türkiyede "tenfi-zi" mümkün değildir. Dolayısıyla Adalet Bakanlığının "bu olayda dava açma hakkı yoktur".

III. ESASA İLİŞKİN BOZMA NEDENİNİN MEVZUATIMIZ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Yargıtay olayda nafaka istemine ilişkin davanın Türk Mahkemesinde Adalet Bakanlığı tarafından açılmasını ve davanın "görev" itibarile yetkili olabilecek mahkemede görülmesini, New York Sözleşmesinin 6. maddesinin 1. bendine dayandırmıştır². Nitekim nafaka alacaklısı ile borçlunun iki ayrı ülkede bulunması halinde nafaka alacağının tahsilini kolaylaştırmak amacını güden bu Sözleşmenin³, Yargıtayın kararında yer alan 6. maddesinin 1. bendi şöyledir: "**Aracı Kurum alacaklının verdiği yetki sınırları dahilinde hareket ederek, alacaklı namına nafakanın tahsilini temin için icap eden bütün tedbirleri alır,gerekirse bir nafaka davası açıp, takip eder**"⁴. Adalet Bakanlığının dava açma yetkisinin bu madde fıkrasına dayandığı açıktır. Ancak açılacak bu davada,

1) Bu konuda, ÜSTÜNDAĞ, *Medeni Yargılama Hukuku*, C. I, 2. bası, İstanbul, 1977, 127.

2) Her ne kadar kararda, "Adalet Bakanlığının Sözleşmenin 6. maddesinin 1. bendi uyarınca olayda dava açma hakkı yoktur" denilmekte ise de, bu yetkisizlik, Sözleşmenin belirtilen maddesindeki "dava açma koşullarının gerçekleşmediği" nedenine değil, fakat nafaka isteminin hukuki dayanaktan yoksun olduğu gerekçesine dayandırılmıştır.

3) Sözleşme Akit Devletleri, kendi ülkelerindeki nafaka istemini borçlunun ülkesine intikal ettirecek bir "Gönderici Makam" ve diğer ülkeden gelecek böyle bir istemi borçlu adına, kendi ülkesinde takip edecek bir "Aracı Makamı" göstermekle yükümlü kılmıştır. Türkiye açısından bu makam her iki ihtimalde de Adalet Bakanlığı, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğüdür.

4) Metin için bkz. R.G. 18 Mart 1971/13982. Sözleşme 2 Temmuz 1971 de yürürlüğe girmiştir.

uygulanacak hukuk hakkında da aynı maddenin 3. bendi şu hükmü içermektedir: **"Anılan davalarda ve bunlara murtabit bütün meselelerde uygulanacak kanun işbu Sözleşmenin hiçbir hükmü ile bağlı olmaksızın, bilhassa Devletler Hususi Hukuku dalındaki hükümlerile beraber, borçlunun devleti kanunudur"**.

Bu hüküm muvacehesinde olaydaki nafaka istemi hakkında, nafaka borçlusu **Eyüp**'ün hukuku olarak, Türk hukuku yetkili görülmektedir. Ancak Sözleşmenin anılan maddesinde, **"özellikle DHH kurallarının yetkisi"** vurgulandığına göre, evlilik dışı çocuğun nafaka istemi hakkında yetkili hukuku saptıyan ve Türkiye ile Almanyanın da taraf oldukları **"Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyetine uygulanacak kanuna dair Lahey Sözleşmesi"**⁵ nin nazara alınması ve de yargıç tarafından **"res'en uygulanması"**⁶ bahis konusudur⁷.

New York Sözleşmesinin zikredildiği Yargıtay kararının tarihi (17.4.1980) gözönünde tutulduğunda, bu Sözleşmeden bir yıldan az bir süre sonra yürürlüğe girmiş olan Lahey Sözleşmesinin de, dava tarihinde yürürlükte olduğu, sanırız, kabul edilebilecektir⁸.

B. Lahey Sözleşmesinin (1956), **"evlilik içi veya evlilik dışı veya evlad edinilmiş olan, evlenmemiş ve 21 yaşından küçük çocukların"** nafaka istemlerine uygulanacağını beyan eden 1. maddesi, ayrıca, bu kişilerin **"kimden ve ne miktar"** nafaka talep edebileceklerinin saptanmasında, **çocuğun mutad meskeni hukukunu** yetkili kılmıştır (m. 1/f. 1-3).

Olayımızda ise küçük Dirik Kuduin'in, Duisburg Gençlik Kurumunca temsil edildiği ve New York Sözleşmesi çerçevesinde, Türkiye'deki borçlu Eyüp'den, Adalet Bakanlığı aracılığı ile nafaka isteminde bulunulduğu gözönünde tutulursa, evlilik dışı çocuğun **mutad meskeninin** Almanyada bulunduğu kabul edilecektir. Dolayısıyla olaydaki nafaka istemi hakkında Alman Hukuku yetkili görülmektedir⁹.

C. Nafaka alacağı'nın hukuki dayanağı olarak, çocukla nafaka borçlusu arasında bir nesep ilişkisinin (evlilik dışı nesep) saptan-

ması zorunludur. Ancak bu nesep saptamasının olayla ilgili nafaka davasında ne **yoldan ve hangi hukuka** göre yapılacağı, önem kazanmaktadır.

Yargıtay olayda nesep ilişkisini, nafaka statüsünden tamamen bağımsız mütalaa etmiş ve Alman Mahkemesinden alınmış **"babalık kararı"**nın, HUMK. nun m. 540/4. bendi uyarınca Türkiye'de tenfiz edilemeyeceğini beyan ederek, dolayısıyla, nafaka istemini hukuki dayanaktan yoksun telakki etmiştir.

Yukarıdaki açıklamalarımızın ışığında, nafaka istemine Alman Hukukunun yetkisini saptadıktan sonra, Lahey Sözleşmesinin (1956) m. 1/1. cümlesindeki hüküm gereği, **"çocuğun nafaka talebine hakkı olup, olmadığı..."**¹⁰, gine çocuğun **mutad meskeni hu-**

5) *Metin için bkz. R.G. 24 Aralık 1971/14052. Sözleşme 25 Nisan 1972 de yürürlüğe girmiştir.*

6) *HUMK. m. 76. Bu konuda, bkz. NO-MER, Davada Yabancı Kanun, İstanbul 1972, 48 : "Türk kanunları mucibince res'en hüküm vermek mecburiyetinde olan Türk hakiminin (HUMK. m. 76 c. 1), kendi D.H.H. kaidelerini de res'en tatbik edeceğinde tereddüt yoktur", ve 49, dn. 16 daki Türk doktrinine göndermeler.*

7) *Kaldı ki, dava Türk mahkemesinde, New York Sözleşmesi dışında açılmış olsaydı dahi, yetkili hukuku saptıyan kanunlar ihtilafı kuralı ile, Lahey Sözleşmesi gine yargıç tarafından res'en uygulanacaktı. Zira Akit Devletler arasında Sözleşme, kendi konusunda DHH mevzuatımızın pozitif kuralını oluşturmaktadır.*

8) *Dava konusu olayın unsurları itibarile "yabancı unsur'dan tamamen yoksun olduğu kesinlikle söylenemeyeceği varsayımından hareketle, Lahey Sözleşmesi dışında da yargıcın dava konusu hakkında Türk Hukukunun maddi normlarının uygulanma olanağı tartışılabilir.*

9) *Lahey Sözleşmesinin (1956) 2. ve 3. maddelerindeki özel durumlar olayla ilgisiz görüldüğünden, üzerinde durulmamıştır.*

10) *Maddenin Türkçe tercümesi hakkında, bkz. ULUOCAK, Lahey Nafaka Sözleşmesinde Nafaka Statüsünün Nesep Statüsünden Bağımsız Düzenlenmesine İlişkin Sorunlar, Hıfzı Timurun Anısına Armağan, İstanbul, 940 ve dn. 31.*

kuku olarak, Alman Hukuku dahilinde çözümlenmek bahis konusu edilebilecektir. Nitekim nesep statüsünün bir "önsorun" olarak çözümü, Lahey Sözleşmesinin "lafzına ve ruhuna aykırı" mütalaa edilerek, bu ilişkinin, nafaka hukuku dahilinde bir "hadise karar" la (decision par incidence) tesbiti, yabancı doktrin ve uygulamada savunulmuştur¹¹. Zira bu tür nesep kararı, gine Lahey Sözleşmesinin m. 5/2. cümlesindeki hüküm gereği, alacaklı ile borçlu arasında hukuki sonuç doğurmayacak, başka bir deyişle, alacaklı, bir nesep iddiasında bu karara dayanamayacaktır.

O halde Alman Mahkemesinden alınan "babalık kararı"nın **tenfizi** olayda, bahis konusu değildir. Bilakis mutad mesken hukukunun nafaka istemine uygulanışını sağlamaktadır; şöyle ki, Alman Hukukunda 1970 yılında yürürlüğe giren "Evlilik Dışı Çocuklar Hakkındaki Kanun" (NEG), sırf nakdi teydiye ilişkin nafaka davasına son vererek, bu talebin çocukla baba arasında kurulacak, **kesin sonuçlu** bir babalık ilişkisinin sonuçları arasında ileri sürülebileceğini kabul etmiştir¹². Olayda çocuğun Alman Mahkemesinden nafaka istemi ancak bu tür bir nesep kararının varlığına bağlı olduğundan, nafaka alacaklısının öncelikle bu yola baş vurmuş olması kuvvetle muhtemeldir. Ne varki nafaka alacağını kendi ülkesinde tahsil edebilme imkanından mahrum kaldığı anlaşılan alacaklının, borçlusunu, sonuncunun ülkesinde takip edebilmek için, New York Sözleşmesinin sağladığı imkândan yararlanma yoluna gittiği görülmektedir¹³.

Alman Mahkemesinden alınmış olan bu babalık kararının, nafaka davasında, bir "**hadise karar**"la tesbiti cihetine gidilecek olan, evlilik dışı nesebin tesbitinde "**delil**" olarak değerlendirilmesi gerekirdi¹⁴. Dolayısıyla yabancı mahkeme kararının tenfizinden söz edilemeyeceğine göre, olayda HUMK m.

540/4. bendinden bahisle, davanın reddi cihetine gidilmiş olması, bizce, isabetli değildir.

Vardığımız Sonuç :

New York Sözleşmesi çerçevesinde açılmış olan bu nafaka davasının, uygulanmasını imkan dahilinde gördüğümüz Lahey Sözleşmesinin öngördüğü, yetkili hukuku saptıyan kanunlar ihtilafı kuralı gözönünde bulundurulurken, sonuçlandırılması gerekirdi, kanısındayız. Alacaklının mutad meskeninin, olayda Almanyada bulunması kuvvetle muhtemeldir. Dolayısıyla yetkili görülen Alman Hukuku dahilinde, alacaklının nafaka hakkının varlığı ve bu talebin koşulları saptanmalıydı. Alman Mahkemesinden alınmış olan babalık kararı da, Lahey Sözleşmesi dahilinde değerlendirilip, Türk Usul Hukukuna göre, "görev" itibarile yetkili mahkemede, bu davanın, görülüp, sonuçlandırılması isabetli olurdu.

Prof. Dr. Nihal ULUOCAK

11) ULUOCAK, (dn. 10), 940-944.

12) ULUOCAK, (dn. 10), 933, dn. 15.

13) "Çocuklara Karşı Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin Lahey Sözleşmesi" (1958) tarihli), New York Sözleşmesine nazaran, nafaka alacaklısına, kendi ülkesi mahkemesinden, Sözleşme hükümlerine uygun olarak alacağı bir nafaka ilamını, borçlunun ülkesinde tenfiz ettirme olanağını tanıması itibarile, nafaka alacaklısı çocuk hakkında daha etkin sonuçludur, m. 1-3. R.G. 11 ocak 1973/14418. Olayda, nafaka alacaklısının mutad meskeni ülkesi mahkemesinden almış olduğu nesep kararına dayanarak, gine aynı ülke mahkemesinden alacağı nafaka kararı, "sadece nafaka yükümlülüğü konusuna inhisar etmek üzere" Türkiyede tenfiz edilebilecektir (m. 3/2, m. 12).

14) Bu yönde İsviçre Fed. Mahk. kararı, 4 Mayıs 1976, ULUOCAK, (dn. 10), 942. ve dn. 36.

BOŞANMA DAVASINDA TÜRK MAHKEMELERİNİN MİLLETLERARASI YETKİSİ

KARAR 1.

Y. 2. HD.

E. 1977/9010

K. 1978/223

T. 17.1.1978

(T.M.T.) ile (A.M.T.) arasındaki boşanma davasının yapılan muhakemesi sonunda davanın yetki yönünden reddine dair verilen hüküm, davacı tarafından temyiz edilmekle, evrak okunup, gereği görüşülüp düşünüldü:

Yabancı ile evlenen Türk, e kocanın milli kanunu vatandaşlık hakkını veriyorsa, kadın, yetkili Türk makamları önünde evlenmişse, nikâh sırasında evlendirme memuruna, şayet yabancı makamlar önünde evlenmişse, evlenmeden itibaren bir yıllık süre içinde, Türk makamlarına yazılı olarak başvurup kocanın vatandaşlığını seçtiğini beyan edebilir. (403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu m. 19). Aksi halde evlenmekle Türk kadını Türk vatandaşlığı hakkını yitirmez.

Olayda (T. E.) İran uyruklu (A. M.) ile evlenmiş, kocasının vatandaşlığını seçerek Türk vatandaşlığından ayrılmış, böylece davacı, İran uyruğu olmuştur. O halde taraflar Türk vatandaşı olmadığına göre, 23 Şubat 1330 tarihli olup "Ecanibin Hukuk ve Vecaibi Hakkında"ki Muvakkat Kanununun 4. maddesi gereğince, boşanma davasının Türk mahkemelerinde görülebilmesi için tarafların rızaları ile Türk mahkemelerine başvurmaları zorunludur. Oysa eşler davadan önce karşılıklı olarak Türk mahkemelerini yetkili kılan bir belge düzenlememiştir. Ne var ki, ilk oturumda davalı vekili davaya yetki açısından karşı çıkmamış, aksine **esasa ait kabul beyanı ile yetkiyi de benimsemiş, böylece eşlerin bu konudaki irade beyanları birleşmiştir.**

Yabancı uyrukluların Türkiye'de dava açmaları, teminat gösterme şartına bağlanmıştır. Ancak İran'la Türkiye arasında düzen-

lenip, 3213 sayılı kanunla onaylanan ve 21.6.1937 günü yürürlüğe giren "Türkiye Cumhuriyeti ile İran Devleti" arasındaki adli müzaharet anlaşmasının 2. maddesinin, 2. bendi gereğince karşılıklı olarak taraf devletlerinin vatandaşları teminat şartından ayırık tutulmuşlardır.

O halde, davacıdan teminat istemeksizin, uyuşmazlığın esasının incelenmesi zorunludur. Buna rağmen davanın reddedilmesi usul ve kanuna aykırıdır.

Sonuç :

Temyiz edilen kararın gösterilen sebeble (BOZULMASINA) 17.1.1978 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

KARAR 2.

Y. 2. HD.

E. 2877/K. 3189

T. 14.4.1980

Gürşen Davi ile Charles Davi arasındaki boşanma davasının yapılan muhakemesi sonunda tarafların boşanmalarına dair verilen hükmün kanun yararına bozulması Adalet Bakanlığının yazısına atfen C. Başsavcılığı tarafından istenilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

Davacı Gürşen Arslan, Türkiye Cumhuriyeti uyrukluğunda iken Amerikalı Davit Claude Charles ile evlenmiş ve Bakanlar Kurulunun 25.4.1972 günlü ve 7/4358 sayılı kararı ile Türk vatandaşlığını yitirmiştir. Davalı ise Amerika Birleşik Devletleri uyrukluğundadır.

1330 tarihli olup "Memaliki Osmaniyede oturan Ecanibin hak ve vecaibi hakkında"ki Muvakkat kanununun 4. maddesine göre, Türkiye'de yabancı uyruklu kişilerin Türk mahkemelerinde boşanma davalarının görülebilmesi, Türk mahkemelerini birlikte yetkili kabul etmeleri şartına bağlanmıştır. Dos-

yada tarafların Türk mahkemelerinin yetkisini kabul eden sözleşme yoktur. Duruşma sırasında da yetki konusunda anlaşma olmamıştır. Esasen dava davalının gıyabında yürütülmüş bulunduğu için iddiayı inkâr etmiş sayılıp öyle ise az önce belirtilen Muvakkat Kanun gereğince bir sözleşme yokken duruşma yapıp hüküm verilmiş olması yanlıştır. Şu durumda yapılacak iş davanın reddedilmesinden ibarettir. Buna rağmen yargılamaya devam edilip uyuşmazlığın esasının incelenmesi ve boşanmaya karar verilmiş olması bozmayı gerektirir.

Sonuç :

Usulün 427 maddesi gereğince C. Başsavcılığının bozma isteğinin kabulüne, ve Ankara Asliye 1. Hukuk Mahkemesinin 4.12.1979 gün ve 654/785 sayılı olup Temyiz edilmek suretiyle kesinleşen ve Gürşen Arslan (Davit) ile Claude Davit Charles'in boşanmalarına ilişkin kararın kanun yararına (BOZULMASINA) 14.4.1980 tarihinde oybirliği ile verildi.

NOT :

Yargıtay 2.HD., Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi konusunda, biri 17.1.1978, diğeri, 14.4.1980 tarihlerinde iki karar vermiş bulunmaktadır. Kararlardan biri, davalının gıyabında, diğeri ise vicahi duruşma sonunda verilmiş olup, yüksek mahkeme her iki kararda farklı hukuki sonuca ulaşmış görünmektedir. Ancak kararların tahlili sonunda, yüksek mahkemenin bu konuda daha evvel verdiği kararlarda benimsediği görüşü muhafaza ettiğini izlenimini edinmek mümkündür.

Türkiye'de Bulunan Yabancıların Hak ve Vazifeleri Hakkındaki Muvakkat Kanun 4. maddesinde, yabancılara ait hal, ehliyet, ve aile hukuku ve menkul miras davalarının Türk mahkemelerinde görülebilmesi için aranan üç şarttan biri, mahkemeye "tarafların birrıza müracaat"ıdır. Bu esasa göre, yabancılara ait yukarıda belirtilen konularda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin gerçekleşmesi için tarafların mahkemeye birrıza müracaat etmeleri gerekmektedir. Maddede aranan bu şartın yorumu, başka bir

ifade ile birrıza müracaatın hukuki niteliğinin tayini, Türk doktrininde görüş ayrılıklarına ve Medeni Usul Hukuku tekniği açısından tartışmalara konu olurken, Yargıtay, bu konuda 1937 den beri tutarlı olan görüşünü sürdürmüştür.

Y.2.HD., bir kararda,

"...davalının dermeyan ettiği itiraz vazifeye müteallik olmasına mebni..." diyerek, bu konudaki görüşünü açıklamış, bu itirazı Medeni Usul Hukukunda "vazife" niteliğinde kabul ederek, sonuçlarını da vazifenin tabii olduğu sonuçlara bağlamıştır³. Yine aynı daire, 29.6.1965 tarihli kararında.

"Taraflardan birinin bu yolda bir itirazda bulunmaması bilahare bu yolda itiraz dermeyan etmesine mani değildir. Zira bunlar amme intizamı ile ilgili kurallardır"⁴.

şeklindeki ifadesi ile konunun kamu düzeni ile ilgili kurallar olması nedeni ile itirazın her zaman dermeyan edilebileceğini açıklamıştır. Aynı daire, 17.2.1972 tarihli kararında⁵,

"Bu yön resen gözetilecek bir görev kuralıdır. Bu itibarla davalı tarafın beyanı alınmadan veya muvafakat belgesi ibraz ettirilmeden davaya devam ettirilmesi bozmayı gerektirir".

Görüldüğü gibi, Yargıtay, yabancılara ait hal, ehliyet ve aile hukuku ve menkul miras davalarında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin bulunmasını tarafların birrıza müracaatına bağlarken, davalının muvafakatının alınmasının hakim resen nazara alması gereken hususlardan olduğu, bu hususun kamu düzeninden bulunduğu, taraflar-

- 1) YKD Nisan 1979, C. V, sayı 4, 479.
- 2) RG. 30 Temmuz 1980, sayı. 17063, 17.
- 3) 6.7.1937 tarihli karar, BERKİ-ERGÜNEY, Yabancılar Hukuku ve Kanun İhtilafları ile İlgili Yargıtay Kararlarının Tahlil ve İzahları, Ankara, 1963, 85.
- 4) 29.6.1965 tarihli karar, YAZICI-ATA-SOY - Şahıs, Aile ve Miras Hukuku ile İlgili Yargıtay Tatbikatı, Ankara, 1970, n. 508.
- 5) 17.2.1972 tarihli karar, İBD, C., XLVI, Mart-Nisan, 1972, 268.

dan birinin bu yolda bu yolda bir itirazda bulunmamasının, daha sonra bu yolda bir itirazda bulunmasına engel teşkil etmediğini kabul etmektedir.

Davalının davanın görülmesi konusunda sarıh bir muvafakatinin olmaması ve yetki itirazında bulunmadan davanın esasına girmesi veya esasa cevap vermesi zımni bir muvafakat ifade eder mi? Bu sorunun cevabını yine yüksek mahkeme yukarıda 3, 4, 5 nolu dip notunda atıf yaptığımız kararları ile açıklamış bulunmaktadır. Tarafların, başlangıçta bu yolda bir itirazda bulunmadan davaya devam edilmesinin daha sonra itiraz etmelerine hukuki engelin bulunmadığını, konunun kamu düzeninden olduğu gerekçesine dayandırarak ifade etmektedir. Yine yargıtay'a göre, davalı tarafın beyanı alınmadan davaya devam edilmesi bozmayı gerektirir.

Yukarıda metni yazılı Y.2.HD. nin 17.1. 1978 tarihli kararı, Yargıtay'ın 1937 den beri devam ettirdiği ve yukarıda esaslarını açıkladığımız görüşten ayrıldığı izlenimini vermektedir. Olayda, Türk vatandaşı kadın, İran vatandaşı erkek ile evlenerek TVK. m. 19 ve 42 uyarınca Türk vatandaşlığından ayrılmış ve kocasının vatandaşlığını kazanmıştır. Eşler arasındaki boşanma davası görülürken, yapılan yetki itirazı mahkemece haklı görülerek davanın reddine dair verilen karar, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Y.2.HD.sinin kararı iki kısımdan ibarettir. Birinci kısımda, davanın görülmesi konusunda tarafların rızalarının birleşmiş olup olmadığı konusu, ikinci kısımda ise davacının teminat gösterme yükümlülüğü hükme bağlanmıştır⁶.

Kararda, eşlerin davadan önce karşılıklı olarak Türk mahkemesini yetkili kılan bir belge düzenlememiş olmaları üzerinde durulmuştur. Karara göre, böyle bir belgenin düzenlenmesi halinde eşlerin davanın görülmesi konusunda sarıh muvafakatlerinin bulunacağı, ancak olayda böyle bir belgenin bulunmadığı ve bu nedenle sarıh bir rızanın yok olduğu kabul edilmiştir. Karar'a göre,

"Ne var ki ilk oturumda davalı vekili davaya yetki açısından karşı

çıkılmamış, aksine esasa ait kabul beyanı ile yetkiyi de benimsemiş, ve böylece eşlerin bu konudaki iradeleri birleşmiştir".

Kararda, sarıh bir kabulün bulunmaması ve davalının ilk oturumda yetki itirazında bulunmayarak, esasa ait kabul beyanında bulunması, yetkiyi de benimsediği biçimde yorumlanmıştır. Bu sonuç ile yüksek mahkemenin bu konudaki tutarlı şekilde süregelen ve yukarıda açıkladığımız görüşünü değiştirdiği izlenimi yaratılmıştır.

Ancak, kararda yer alan ifadelerin dikkatlice incelenmesi ile, Yargıtay'ın bu konuda yeni bir görüş getirmediğini söylemek mümkündür. Kararda yer alan "...davalı.... esasa ait kabul beyanı ile yetkiyi de benimsemiş, böylece eşlerin bu konudaki beyanları birleşmiştir" şeklindeki gerekçe yetkinin zımni olarak kabulünün, davalının "esasa ait kabul beyanı"na dayandırıldığını göstermektedir. Kararda davanın esasına girmek değil, davanın esasını kabul etmek sözkonusudur. Yüksek mahkeme, bu noktadan hareket ederek, davalının davanın esasını kabul etmesini, yetkiyi de zımnen kabul ettiğini ifade edeceğine karar vermiştir. Bu nedenle davalının sukut ederek iptidai itirazda bulunmadan, davanın esasına cevap vermesi veya davanın esasına girmesini, yetkiyi de kabul ettiği anlamında kabul etmemek gerekir. Karar'a konu teşkil eden davanın özelliği

6) Davacının teminat gösterme yükümlülüğü konusunda 1330 tarihli Muvakkat Kanununun 3 üncü maddesi uygulanmıştır, kararda "Yabancı uyrukluların Türkiye'de dava açmaları, teminat gösterme şartına bağlanmıştır". ifadesi yer almaktadır. Bunu "yabancıların Türkiye'de Türk vatandaşları aleyhine dava açmaları" şeklinde anlamak gerekir. Zira bir yabancıya yine bir yabancı aleyhine dava açması halinde yabancılık sıfatından doğan teminat yükümlülüğü yoktur. Yine Yargıtay'ın, kararda yerinde olarak belirttiği gibi karşılıklı muamele halinde davacı teminat gösterme mecburiyetine tabi değildir. Çalışmada, kararlar Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi açısından incelendiği için teminat konusu incelenmemiştir.

nedeni ile davalının davanın esasını kabul etmesinin yetkiyi de kabul ettiği şeklinde yorumlanması yüksek mahkemeyi karardaki sonuca ulaştırmıştır ki kanaatimizce doğrudur. Bu nedenle davanın özelliği dolayısıyla Yargıtay'ın verdiği sonuç, ile bu konudaki görüşünü değiştirdiği şeklinde kabul edilmemek gerekir.

Y.2.HD.sinin belirtilen konularda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin gerçekleşmesi ile ilgili olarak verdiği ikinci karar, 14.4.1980 tarihlidir. Yargıtay, bu kararda gıyapta verilen ve tarafların boşanmalarına dair hükmün, kanun yararına bozulması Cumhuriyet Başsavcısı tarafından istenmiştir. Türk vatandaşı kadın, Amerikalı erkek ile evlenmiş ve Bakanlar Kurulu kararı ile Türk vatandaşlığını kaybetmiştir⁷. Boşanma davasının görülmesi sırasında, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini belirten sarıh bir rıza yer almamıştır. Duruşma sırasında da böyle bir anlaşma yapılmamıştır. Davanın gıyapta yürütülmesi nedeniyle böyle bir itirazın yapılmaması, davalı tarafından yetkinin kabulü olarak ele alınmış ve Asliye Mahkemesi tarafından davaya devam edilmiştir. Boşanma kararı verildikten sonra, Yargıtay'da milletlerarası yetkinin yokluğu itirazı yapılmıştır. Yargıtay açıkça,

"Esasen dava davalının gıyabında yürütülmüş olduğu için iddiayı inkâr etmiş sayılıp, öyle ise az önce belirtilen Muvakkat Kanun gereğince bir sözleşme yok iken duruşma yapıp hüküm verilmiş olması yanlıştır. Bu durumda yapılacak iş davanın reddedilmesinden ibarettir. Buna rağmen yargılamaya devam edilerek uyuşmazlığın esasının incelenmesi ve boşanmaya karar verilmiş olması bozmayı gerektirir".

Gıyapta verilen kararlarda zımni rızanın gerçekleşmediği konusunda yüksek mahkemenin verdiği karar, aynı dairenin gıyapta verilen diğer bir karar hakkında verdiği karar ile de ahenkli bulunmaktadır. Y.2. HD. 8.3. 1971 tarihli bu kararında,

"Dava davalının gıyabında yürütülmüş ve hükme bağlanmıştır. Du-

ruşmaya gelmeyen davalı davayı münkir sayılacağından, davanın görüşülmesini istediği yollu bir muvafakatten söz edilemez".

diyerek gıyapta yürütülen davalarda birrıza müracaatın var olmadığını ve bunun davanın her safhasında ileri sürülebileceğini kabul etmiş bulunmaktadır.

Yargıtay'ın gıyapta yürütülen kararlar için zımni bir rızanın bulunmadığı konusunda verdiği bu kararlardaki gerekçe, **davalının iddiayı inkâr etmiş olacağı** şeklinde özetlenebilir. Nitekim, yüksek mahkemenin gerek, 14.4.1980 gerekse, 8.3.1971 tarihli kararlarında "Esasen dava davalının gıyabında yürütülmüş olduğu için, iddiayı inkâr etmiş sayılıp", "Dava davalının gıyabında yürütülmüş...tür. ...davalı davayı münkir sayılacağından..... bir muvafakatten söz edilemez" şeklindeki ifadeleri, davalının davanın esasını

7) *Yabancı erkekle evlenen Türk kadını, prensip olarak Türk vatandaşlığını kaybetmez. Ancak kocanın milli kanunu evlenme sebebi ile kocanın vatandaşlığını kadına bahsettiği ve kadın kocasının vatandaşlığını seçtiğini TVK. m. 42 ve göre bildirdiği takdirde, Türk vatandaşlığını kaybeder. Kadının Türk vatandaşlığını kayıp anı prensip olarak evlenme akdinin yapıldığı andır. Kadın, kocasının vatandaşlığını seçtiğini yetkili Türk makamlarına bildirmediği takdirde, Türk vatandaşlığını kaybetmiş olmaz. Çift vatandaşlığa sahip olur. Ancak bu durum, TVK m. 25/a daki "Türk vatandaşlığından çıkma izni olmadan kendi istekleri ile yabancı devlet vatandaşlığını kazananlar" hükmü gereğince kendisi hakkında Türk vatandaşlığının kaybettirilmesi kararı verilebilecektir. "Bakanlar Kurulunun 25.4.1972 gün ve 7/4358 sayılı kararı ile Türk vatandaşlığını yitirmiştir." cümlesi ile kastedilen bu durum olsa gerektir. Çünkü yukarıda da belirttiğimiz gibi, yabancı ile evlenme ve kocanın vatandaşlığını seçme nedeni ile Türk vatandaşlığının kaybı için Bakanlar Kurulu kararına gerek yoktur. Türk vatandaşlığının kaybı, TVK m. 42 deki şekilde seçme beyanının yetkili makamlara bildirilmesi ile Bakanlar Kurulu kararına gerek olmadan gerçekleştirilmektedir.*

nı kabul etmedikçe zımni bir rızanın söz-konusu olamayacağını kabul ettiğini göstermektedir. Davalı sarih bir muvafakatte bulunmadıkça veya davanın esasını kabul ettiğini gösterir beyanlarda bulunmadıkça, davaya devam edilmesi, davanın her safhasında milletlerarası yetkisizlik nedeni ile bozmayı gerektirecektir. Yukarıdaki gerekçelerden, davanın esasının inkârı halinde veya davanın esasına girişme halinde mahkemenin milletlerarası yetkisinin de kabul edildiği anlamını çıkarmak mümkün olmayacaktır. Yargıtayın bu

son kararlarından ve bunlara dayanak olan gerekçelerden çıkarılacak sonuç, çalışmanın başlangıcında incelediğimiz 17.1.1978 tarihli kararda da vardığımız sonuç ile aynı olmaktadır. Adı geçen kararda da Yargıtay, yetki konusunda davalının rızasının varlığını, davanın esasını kabul etmiş olmasına bağlamış ve bu nedenle de mahkemenin yetkisi konusunda tarafların rızalarının birleşmiş olduğunu kabul etmiştir.

Prof. Dr. Aysel ÇELİKEL

ALMAN MAHKEMELERİ VE TÜRK HUKUKUNDA ÇOCUĞUN KENDİ NESEBİNİ RED HAKKI

KARAR 1

EGBGB m. 18, 23;
BGB § 1597;
FGG § 19, 20, 21;
MK. m. 241, 242
Landgericht Berlin, 8 Haziran 1979:

Gerekçe

Çocuk 'Y' 26.1.1976 tarihinde Berlinde doğdu. Anne, çocuk ve annenin ilk kocası Türk vatandaşlarıdır. 1967 yılından beri Almanya'da bulunan anne, 1969 yılından bu yana da yine Türk vatandaşı olan şimdiki kocasıyla birlikte yaşamaktadır. Annenin ilk evliliği, takriben 1971 yılından beri süren boşanma davası sonunda, İzmir Asliye Mahkemesinin kesinleşmiş boşanma hükmüyle 13 Nisan 1977 tarihinde sona ermiştir. Tasdikli almanca tercümede yer almış olan hükmün gerekçesinde, sona eren bu evlilikten 1960 yılında doğmuş bulunan bir erkek çocuğun bulunduğu belirtilmiş, 'Y' den söz edilmiştir. Annenin ilk kocası Türkiye'de yaşamaktadır. Annenin ikinci kocasından olması gerekirken, 'Y' Türk hukukuna göre (TMK. m. 241) ilk kocanın evlilik içi çocuğu olarak görülmektedir.

—Vesayet Mahkemesi olan— Spandau Sulh Mahkemesinin 5.4.1976 tarihli kararı ile, Berlin Şehri İşçi Sosyal Yardım Müessesesi, o zamanlar Spandau'da yaşamakta olan annenin muvafakatiyle, 'Y' için yardımcı vasi tayin edilmiştir. Bu vasililiğin etki alanı babalığın tesbitini ve çocuğun bakım güvenliğini de kapsamaktadır.

2.6.1976 tarihinde vasi vesayet mahkemesinden çocuğun nesebini red için izin talebinde bulundu ve aynı zamanda mahkemeye annenin yazılı bir muvafakat beyanını ibraz etti.

1.11.1976 tarihli yazısıyla vasi, Türk hukukunun çocuğa kendi nesebini red hakkını tanımaması sebebiyle, nesebin reddi izni bakımından tereddüdünü açıkladı.

10.7.1978 tarihli dilekçesiyle vasi nesebin reddi için izin talebinde ısrarlı olduğunu beyan etti. Türk hukukuna göre de çocuğa kendi nesebini red hakkının tanındığına dair hukukî görüşüne gerekçe olarak, vasi Hür Berlin Üniversitesi'nden Prof. Dr. Wengler ile Augsburg Üniversitesi'nden Prof. Dr. Sonnenberger'in hukukî mütalaalarını ileri sürdü. Prof. Dr. Sonnenberger'in 24.8.1977 tarihli hukukî mütalaası aynı durumdaki diğer olaylarla ilgili olarak temin edilmiş bir mütalaa idi. Her iki mütalaa, Türk hukukunun

menşesini teşkil eden İsviçre hukukunun kıyasen tatbikiyle, çocuğun kendi nesebini red hakkına sahip olduğu sonucuna ulaşmaktadır. Ayrıca vasi, yabancı hukuk hakkında bilgi edinilmesine ilişkin 7.6.1968 tarihli Avrupa Sözleşmesi¹ çerçevesinde diğer bir meselede Türk Adalet Bakanlığının vermiş bulunduğu 29.3.1978 tarihli hukukî bilgiyi ibraz etmiştir. Bunda, önce çocuğa ait bir nesebi red hakkından Türk kanunlarında hiç bir yerde söz edilmediği tesbit edilmiştir. Ancak devamla şöyle denmektedir:

Fakat buna rağmen gerek Türk tatbikatında gerekse literatürde çocuğun dava hakkı kabul edilmiştir. Çocuğun dava hakkı bir süreye bağlı değildir. Eğer koca veya onun yerine redde yetkililer ... süreyi geçirmiş iseler çocuk her zaman reddedebilir. Çocuk için bir aylık süre rüşt ile, yani 18 yaşın ikmalıyla başlar.

Jugendamt Tempelhof² daha önce 10.3.1977 tarihli açıklamasında, çocuğun babasına babalığını kabul etmek imkânı verilecekse, özellikle çocuk anne ve babanın birbirleriyle evlenmiş olmalarıyla bir ailenin güvenliği altında büyüyecekse, çocuğun menfaatine olacağı için, nesebin reddini tasvip etmişti.

26.3.1979 tarihli kararıyla vesayet mahkemesi, nesebin reddi için vesayet mahkemesinin iznini isteyen vasinin talebini reddetti. Kararın gerekçesi olarak, vesayet mahkemesi istinaf mahkemesinin bir Türk çocuğunun nesebi red hakkını kabul etmeyen 10.12.1976 - 3 W 1542/76 tarihli kararına (DAVorm 77, 525) işaret etti. Kararın gerekçelerine istinad edildi.

Bu karara karşı çocuk adına vasi tarafından 23.4.1979 tarihinde itiraz edildi. Gerekçe olarak şu ileri sürüldü: vesayet mahkemesi ne bilirkişi mütalaalarına ne de Türk Adalet Bakanlığının vermiş olduğu hukukî bilgiyi dikkate almıştır; sadece istinaf mahkemesinin kararına istinad edilmiştir. Türk Adalet Bakanlığının verdiği resmî hukukî bilgi, Türk hukukuna göre çocuğun kendi nesebini red hakkına sahip bulunduğunu belirlemektedir.

Vasi dava sırasında anne ile şimdiki kocasının 7.6.1979 tarihli hemen hemen aynı

anlamda iki beyanını mahkemeye arzetti. Bunlarda her ikisi de yemin altında vasiye karşı, annenin önceki kocasının 1976 Şubatında Berlindeki Türk Başkonsosluğunda 'Y' için bir Türk hüviyet ("Nüfus") belgesinin tanzimi dolayısıyla 'Y' nin doğumundan haberdar olduğunu temin etmektedirler. İlk koca Türkiyede Türk hukukuna göre bir nesebi red davası ikame etmemiştir. Bu sebeple de çocuğun hüviyet belgesine baba olarak geçirilmiştir.

FGG § 19, 20 ve 21 uyarınca yapılmış olan itiraz yerindedir.

Alman hukukunun yetkisi EGBGB m. 23 I'den doğmaktadır. Gerçi, tatbikat ve doktrin tarafından iki taraflı bir kanunlar ihtilafı normuna tahvil edilmiş olan EGBGB m. 18 I gereğince nesebin reddi Türk maddî hukukuna göre çözümlenmelidir, zira çocuğun doğumu esnasında anne ile evli olan erkek Türk vatandaşıdır ve keza anne dahi alman değil, Türk vatandaşlığına sahiptir (EGBGB m. 18 II). Ancak burada dava konusu vasi tarafından talep edilen nesebin reddi için vesayet mahkemesinin iznidir; şu halde vasinin yetkisinin şümulü ve vesayet mahkemesinin iştiraki zaruretî, EGBGB m. 23 I gereği alman hukukuna göre hükme bağlanacaktır (Palandt BGB 38. Aufl. Art. 23 EGBGB Anm. 5).

BGB § 1597 I'e göre küçük çocuğun kanunî temsilcisi ancak vesayet mahkemesinin izni ile nesebi reddedebilir. Vasinin etki alanı burada 'Y' için babalığın tesbitini kapsamaktadır. Bunun, 'Y' nin nesebinin reddini de ihata ettiğinde herhangi bir tereddüt yoktur, çünkü ancak böylece gerçek nesep ilişkisinin ortaya çıkarılması yolu açılabilir.

BGB § 1597'ye göre iznin verilmesinden önce vesayet mahkemesinin, reddin çocuğun menfaatine uygun olup olmadığını tetkik etmesi gereklidir (Münchener Kommentar BGB 1978 § 1597 Rdnr. 7). Vesayet mahkemesi itiraza uğrayan kararında bu nevi bir tetkike girişmemiş, izin talebini, Türk hukukunun çocuğa kendi nesebini red hak-

1) RG. 26 Ağustos 1975 - 15338.

2) Tempelhof Kimsesiz Çocukları Koruma ve Gözetim Organı.

kını tanımadığı gerekçesiyle, önceden reddetmiştir. Fakat bu görüş isabetli değildir. İlgili Türk kanunlarının lafzından inhiraf, annenin kocasının red süresini kullanmaksızın geçirmiş olması halinde Türk hukukuna göre çocuğun bir red hakkının mevcut olduğundan hareket edilmesi daha doğrudur. Red hakkı 18 yaşının ikmalinden önce bir süreye bağlı değildir. Bu, vasi tarafından ibraz edilmiş bulunan ve Türk Adalet Bakanlığınca verilmiş olan 29.3.1978 tarihli hukukî bilgiden anlaşılmaktadır. Bu hukukî bilgiyi Türk Adalet Bakanlığı Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi (BGB1 II 1974 S. 938) çerçevesinde benzer bir mesele için vermiştir. Bu hukukî bilgi vesayet mahkemesine de ibraz edilmiş, fakat kararda nedense dikkate alınmamıştır. Bir alman mahkemesi yabancı hukuku tatbik etmek mecburiyetinde ise, bu hukuku re'sen tesbit etmek mecburiyetindedir. Bu arada mahkeme kendisine ulaşan tekmlil bilgi kaynaklarından istifade edebilir (Palandt age. Vorbem. 16 vor Art. 7 (BGBGB)). Halbuki vesayet mahkemesi itiraza uğrayan kararın verilmesinde, 19 Aralık 1976 tarihli İstinaf Mahkemesi kararını —3 W 1542/76—, bu kararın geçen zaman zarfında Türk hukuk tatbikatının gelişmesiyle eskimiş olup olmadığını araştırmadan, benimsemekle yetinmiştir. Böyle bir araştırma için İstinaf Mahkemesi kararının gerekçesinde yeterli sebep mevcuttu. Çünkü orada İstinaf Mahkemesi, Türk doktrinindeki hâkim fikrin, yeni İsviçre hukuk tatbikatına dayanarak, çocuğun kendi nesebini red hakkını tasvip ettiğini, ancak Türk mahkemelerinin o zamana kadar bu fikre iltihak etmediğini; alman mahkemesinin, kararını, bu olayda Türk mahkemelerinin de tatbik ettikleri hukuka göre vermek mecburiyetinde olduğunu teferruatıyla izah etmiştir. Bu durumda vesayet mahkemesi Türk hukuk tatbikatının bir değişikliğe uğrama ihtimalini hesap etmek ve tetkik etmek mecburiyetindeydi. Bu nevi bir tetkik Türk Adalet Bakanlığının vermiş olduğu hukukî bilginin yardımıyla zaten imkân dahilinde bulunuyordu.

Gerçi yabancı hukuk hakkında bilgi edinilmesine ilişkin Avrupa Sözleşmesinin 8 in-

ci maddesine göre alınan hukukî bilgi, bu bilgiyi alan, mahkeme için —ve elbetteki diğer mahkemeler için— bağlayıcı değildir, fakat mahkeme, hukukî bilgide belirtilmiş olan ilkelerden inhiraf etmek için herhangi bir sebep görmemektedir. Sözleşmenin 7 nci maddesine uygun olarak bu bilginin yürürlükteki Türk hukuku hakkında objektif ve tarafsız bir bilgi olduğundan hareket edilebilir. Bununla, Türk Adalet Bakanlığının yürürlükteki Türk hukuku hakkında en iyi tesbiti yapabilecek mevkie olduğu sonucuna gelinmektedir. Nihayet bu bilginin bu problem için mahkemeye arzedilmiş olan en yeni bilgiyi teşkil ettiği de belirtilmek gerekir.

Ortaya konan Türk hukuk prensiplerine göre, çocuk 'Y' ye kendi nesebini red hakkının tanınmış olduğundan hareket edilebilir. Mahkemeye ibraz için vasi huzurunda yemin altında verilmiş olan anne ve onun şimdiki kocasının beyanlarına göre, anneden boşanmış bulunan koca 1976 yılında doğumdan haberdar oldu; doğumdan haberdar olduktan itibaren, TMK. m. 242'de öngörülmüş olan bir aylık süre içerisinde nesebi reddetmedi. Mahkeme izin davası çerçevesinde bu bilgilerin yeterli olduğu kanaatinde; daha ayrıntılı bir tetkik nesebin reddi davasında dava mahkemesine kalmaktadır.

Nesebin reddi 'Y' nin menfaatine uygundur. Ortaya konan maddî vakialara göre, kesinliğe yakın bir ihtimalle, annenin ilk kocasının 'Y' nin babası olması imkânsız gözükmektedir. Buna mukabil annenin şimdiki kocasının çocuğun gerçek babası olduğunu gösteren çok önemli dayanak noktaları mevcuttur. Bu kişi, zaten çocuğun nafakasını da temin etmektedir. Ve böylece onun, 'Y'nin annenin ilk kocasından olmadığına tesbitinden sonra, çocuğun babalığını kabul edeceği tahmin edilebilir. Öyle ki, 'Y' karı ve kocanın evlilik içi bir çocuğu statüsünü kazanmış olur. Bu görüş açısından Jugendamt Tempelhof daha 1977 yılında nesebin reddi lehinde beyanda bulunmuştur.

Bu durum karşısında, aşikârdır ki, annenin ilk kocasının evlilik içi bir çocuğu olmaksızın, gerçek nesebinin tesbitinde 'Y' nin menfaati daha büyüktür. Çünkü sadece böyle bir durumda ailede tam bir

hukukî bütünlük mümkün olmaktadır. Bu sebeple itiraza uğrayan karar kaldırılmakla, vasiye nesebin reddi için izin verilmesi gerekirdi.

(StAZ 1980 23/24)

KARAR 2.

EGBGB m. 18, 30

MK. m. 242 vd.

Oberlandesgericht München, 12.10.1979:

Gerekçe

I.

1. Davacı 10.12.1974 tarihinde ,Türk vatandaşı davalı ile evli bulunan yine Türk vatandaşı anneden Münih'te doğdu. Annesinin davalı ile olan evliliği İstanbul Mahkemesinin kesinleşmiş boşanma hükmüyle 31.1.1975 tarihinde sona erdi. 23.12.1975 tarihinden bu yana davacının annesi alman vatandaşı "S" ile evli bulunmaktadır.

Davacı davalıya karşı, onun evlilik içi çocuğu olmadığına ilişkin bir tesbit davası ikame ederek gerçek babasının, annesinin şimdiki kocası olduğunu iddia etti. Annesi daha 1971 yılında davalıdan ayrılmış bulunuyordu, bu sebeple onunla hamile kalma süresi içerisinde (11.2.1974 ilâ 12.6.1974) cinsî münasebette bulunması söz konusu değildi. Davacı kendisi için adlî yardım talebinde de bulundu.

2. 15.5.1979 tarihli kararla davacının adlî yardım talebi, davanın başarı şansının bulunmaması sebebiyle, özetle aşağıdaki gerekçeyle reddedildi:

EGBGB m. 18'e göre uygulanması gerekli Türk hukuku çocuğun, kendi nesebini red hakkını tanımamaktadır. Açık kanunî düzenleme karşısında İsviçre hukuk uygulaması nazara alınamaz. Alman kamu düzenine aykırılık (EGBGB m. 30) mevcut değildir, çünkü davacı çocuğa kendi nesebini red hakkını tanımayan Türk hukukunun tatbiki, alman düzenlemesinin temel fikirlerini, Türk hukukunun tatbikini tahammül edilemez hale getirici şekilde, ihlâl etmemektedir. Davacının Almanya ile olan bağlantısı, mahkemeye, tarafların kendi millî hukuk nizamlarıyla ilişkilerini sona erdirecek yeterlikte gözükmemek-

tedir. Gerçek babalık ilişkisi bakımından mevcut menfaat çalışması, alman hakkaniyet anlayışını tahammül edilmez bir şekilde ihlâl edebilecek ölçüde önemli değildir.

3. Davacı bu karara karşı 28.5.1979 tarihli dilekçesiyle itiraz etti ve tam şümûlüyle adlî yardımın kabulünü talep etti. Ozerle aşağıdaki gerekçeyi ileri sürdü:

Amtsgericht'in görüşünün tersine nesebin reddi davası için yeterli başarı şansı mevcuttur. Türk hukuk doktrininin önemli bir kısmı, muayyen olaylarda çocuğa da bir nesebi red hakkının tanınmasından yanadır. Ayrıca Türk hukukunun yorumunda İsviçre hukuk uygulamasına rücu etmek şayanı kabuldür. Eğer diğer nesebin reddine hak sahibi olanlar -burada olduğu gibi- nesebi red sürelerini geçirmişlerse, çocuğa kendi nesebini red hakkı verilmelidir. Bundan sarfı nazar, bu olayda Türk hukukunun tatbiki alman düzenlemesinin temel fikirlerini ihlâl etmektedir.

II.

ZPO § 127 cümle 2 uyarınca yapılmış olan itiraz esas bakımından da haklıdır; itiraz, itiraza uğrayan kararın kaldırılması ve adlî yardımın davacı için kabulü sonucunu verir, zira dava, başarı için yeterli şansa sahiptir (ZPO § 114):

Türk hukukunun yorumu için İsviçre hukuk uygulamasının nazara alınmasının mümkün olup olmadığı ve bu hukuk uygulamasının nazara alınmasının bu olayda istisnâî olarak davacıya da Türk hukukuna göre bir red hakkını verebilip veremeyeceği, verilecek karar bakımından kesin olmayabilir. Türk Medenî Kanununun 242 ilâ 246 ncı maddelerinden ortaya çıkan şekliyle, Türk hukukuna göre nesebin reddinin tanınmaması Mahkemenin görüşüne göre Alman kamu düzeni (EGBGB m. 30) ile **bağdaşmamaktadır**; bu sebeple Türk kanunî hükümlerinin tatbiki EGBGB m. 30'da yer alan mahfuziyet kaydı ile bertaraf edilmiştir. Yani Türk kanunî hükümlerinin uygulanması bu olayda Alman düzenlemesinin temel fikirlerine ve bu düzenlemede yer alan hakkaniyet anlayışına tahammül edilmez ağırlıkta aykırı düşmektedir (bkz. BGH, 17.9.1968, BGHZ 50, 370/

376 = StAZ 1969, 10/12). Gerçi İstinaf Mahkemesi 10.12.1976 tarihli kararında (DAVorm 1977, 525/528) Türk hukukunda çocuğun kendi nesebini red imkanından mahrum olmasını ahlâka veya bir alman kanununun gayesine aykırı olarak değerlendirmemiş ve EGBGB m. 30'u uygulanır bulmamıştır. Bu arada özellikle gerekçe olarak o karara konu teşkil eden olayda çocuğun **ülke içi ilişkilerinin** geçici olduğu ve yabancı hukukun tatbikinin bir felaketle sonuçlanmayacağı üzerinde durmuştur. Buna mukabil bu olayda EGBGB m. 30 hükmünün tatbiki gerekli görülmektedir: çünkü, önce davacı çocuk ve annesinin **daimî ikametgâhları** Almanyada olduğu için ve sonra da davanın takdimine göre davacının, kendisinden olduğu şahıs da —İstinaf Mahkemesinin kararına konu olan olaydakinin, ki bunda babalığı iddia edilen de Türk idi, aksine— **alman vatandaşı** olduğu ve bu kişi davacının annesi ile evli bulunduğu için yeterli bir ülke içi ilişki (bkz. Palandt, BGB 37. Aufl. Art. 30 EGBGB Anm. 2) mevcut bulunmaktadır. Ayrıca davacının, annesiyle birlikte gerçek babasının yanında oturduğu da aşikârdır. Federal Anayasa Mahkemesinin görüşüne göre (4.12.1974, BVerfGE 38, 241 = NJW 1975, 203), mümkün olan en kısa zaamnda ve kat'î olarak aile durumu hakkında kesinliğin mevcut olmasında hem kocanın hem de çocuğun menfaati vardır; yani evlilik içi nesebin reddi ne kadar gecikirse çocuğun saadetinin bozulması, ağır ruhî sarsıntıya uğraması ve toplum içerisindeki yerinde bir düşüşün meydana gelmesi tehlikesi o derecede büyük olur. Bu sebeple BGB § 1596'ya göre, özellikle bu hükmün fıkra I Nr. 3'de yer alan temel fikrine göre (bkz. Odersky, Nichtehechengesetz, § 1596 BGB Anm. 3) BGB § 1593 gereği kendisinden olmadığı bir adamın evlilik içi çocuğu olarak kabul edilen bir çocuğa, nesebinin hukukî görünüşünden kurtulmak ve kendisinden olduğu adamın annesiyle evlenmesinden sonra BGB § 1719'a uygun olarak nesebinin tashih edilebilmesi imkânı verilmelidir; zira nesebin reddinden önce BGB § 1593 bakımından çocuğun, annenin şimdiki kocasından olduğu tesbit edilemez. Çocuğa kendi evlilik içi nesebini red

hakkını tanımayan Türk hukukunun tatbiki bu temel fikirle bağdaşmaz. BGB § 1596'da yer alan hüküm 11.8.1961 tarihinden beri, şu halde hemen hemen 18 yıldan bu yana yürürlükte olduğuna ve çocuğa onun gerçek babası karşısında bir nafaka talebini temin etmekte de hizmet ettiğine göre (bkz. Staudinger/Lauterbach, BGB 11. Aufl. § 1596 Anm. 2), Türk hukuk kaidelerinin tatbiki alman düzenlemesinde yer alan hakkaniyet anlayışına, tahammül edilmez ağırlıkta aykırı düşerdi. Gerçek babasının ve annenin şimdiki kocasının evlilik içi çocuğu olma durumu —ki bu ancak nesebin reddinden sonra mümkündür— ve dolayısıyla alman vatandaşlığını da kazanabilme, davacı için sadece iktisadî yönden değil, aynı zamanda ve her şeyden önce, özellikle gerçek anne ve babasıyla Almanyada yaşamaya, şahsî yönden de çok büyük öneme sahiptir. Almanyada alman babanın ailesi içerisinde yaşamaya rağmen, çocuğun bir Türkün çocuğu kabul edilmesi ve onun ismini taşıması çocuğun çevresindeki durumunu doğrudan doğruya tahammül edilemez şekilde ağırlaştırırdı. Mahkeme bu arada, Federal Anayasa Mahkemesinin daha önce zikri geçen kararına göre genellikle çocuğun nesebinin tam olarak tesbitinde sahip olduğu menfaatin, onun aile içerisinde evlilik içi çocuk olarak büyümesindeki menfaatinden sonra geldiğini, çünkü evlilik içi bir çocuğun durumunun kaideten gerçek babanın evlilik dışı bir çocuğu durumuna nisbetle daha istifadeli olduğunu gözden kaçırmamıştır. Ancak karara konu teşkil eden olayda, davacı, içerisinde doğmuş olduğu ailede değil, yukarıda ortaya konduğu üzere belirli ölçüde "yanlış" bir aile içerisinde büyümüş olacaktır. Şu halde, burada karara konu olan olayda, çocuğun nesebinin tesbit ettirilmesinde onun menfaati çok büyük ölçüde ağırlığa sahiptir. Türk hukukunun tatbiki (davalı evlilik içi nesebin reddini düşünmediğine göre), hukuken evlilik içi kabul edilmemesine rağmen ana babanın kendi çocuklarıyla birlikte yaşamaları gibi, ailede birlik kavramında alman anlayışına aykırı bir sonuca götürürdü (bkz. BGH, 17.9.1968, BGHZ 60, 370/377 = StAZ 1969, 10/12).

Çocuğa kendi nesebini red hakkını ta-

nımayan Türk hukuku alman kamu düzenini ihlal ettiği için tatbik edilemez; burada BGB § 1596 söz konusudur. BGB § 1596 II'deki süre devam ettiği ve Türk hukuku MK. m. 243 ile 244'deki **maddî** red sebepleri bakımından anlam farklılığı olmaksızın çocuk tarafından yapılacak nesebin reddine uygulanacak bir düzenlemeye sahip bulunduğu için davanın başarı şansı mevcuttur.

BGB § 1596 II c. 1'deki iki yıllık red süresi, çocuğun kendi evlilik dışı durumundan bilgi edinir edinmez başlar. Küçüklerde çocuğun ittilat yerine kanunî temsilcisinin ittilatının dikkate alınması prensibi sınırlı olarak geçerlidir. Çocuğu evlilik içi nesebin reddi ihtilafında temsil etmek yetkisine de sahip bulunan (bkz. Palandt BGB 38. Aufl. § 1596 Anm. 3) çocuğun kanunî temsilcisinin ittilatı esastır. O halde burada ,ilk 17.1.1979 tarihinde davacının vasisi tayin edilmiş bulunan Çocukları Koruma ve Gözetim Organının ittilatı dikkate alınacaktır, zira burada gerekli olan (Türk hukukunun evlilik içi nesebin reddi davasını tanımamasından sonra!) davacıyı himaye tedbirleri **alman hukukuna göre** yürütülecektir. Bu tarihten önce davacının annesine velâyet tevdi edilemezdi. Şu halde davacının kanunî temsilcisi daha önce annesi ve davalı idi (BGB § 1626 I, Türk MK. m. 263 c. 1); şahsî himaye hakkı da bunlara ait bulunmaktaydı (BGB § 1626 II). Davalı davacıyı bu evlilik içi nesebin reddi ihtilafında BGB § 1596 gereği temsil edememesine —bu husustaki temsil hakkından hukuken men edilmişti BGB § 181)— rağmen, bu durum zarurî olarak çocuğun yalnız anne tarafından temsil edilmesi sonucunu hasıl etmez (bkz. OLG Köln, DAVorm 1976, 638, 640). Davalıyla olan evliliğin kesinleşmiş boşanma hükmüyle son bulmasından sonra dahi, davacının annesi davacıyı evlilik içi nesebin reddi davasında tek başına temsil edemezdi, çünkü davacı üzerindeki velâyet hakkı ona verilmemişti. Boşanma hükmünde sadece çocuklar... davalıya verilmiştir; hüküm davacı bakımından bir düzenleme getirmemiştir. Mahkemenin de derhal iltihak ettiği hâkim görüşe (bkz. BGH, 14.6.1972, NJW 1972, 1708) göre, evlilik içi nesebin reddi davasında çocuğun temsili için bir vasi tayin edil-

mek mecburiyeti vardır. Yani, buradaki gibi, eşlerden biri çocuğu temsil etmekten men'edilmiş ise, diğer eşe temsil yetkisinin verilmesi çocuğun menfaatine değildir (bkz. BGH a.g. yer). En erken 17.1.1979 tarihinde vasiinin tayini ile iki yıllık nesebi red süresi işlemeye başlamıştır.

Bu sebeple, çocuğun annesinin inanılmaya değer olan beyanlarına göre maddî bakımdan da dava başarı şansına sahip bulunduğundan, buna uygun olarak karar verilmelidir. Yabancı memlekette ikamet etmesi bakımından faydasız görüldüğünden (bkz. Baumbach/Lauterbach, ZPO 37. Aufl. § 118a Anm. 1 C) davalının dinlenmesinden sarfı nazar edilmiştir.

(StAZ 1980 333/334)

NOT

Hemen hemen aynı tarihlerde, Alman mahkemelerinden verilmiş olan bu iki karar, yabancı hukukun uygulanmasında nasıl farklı sonuçlara varılabildiğini göstermeleri bakımından örnek olabilecek niteliktedir. Her iki kararda da, olay birbirinin eşidir ve uygulanacak hukuk ve hatta uygulanması gerekli yabancı kanun maddesi aynıdır. Ancak mahkemenin biri yabancı kanun hükmünü tatbik ederek olayı karara bağlarken, diğeri kamu düzeninin ihlâlini vesile ederek doğrudan doğruya alman kanununun hükmünü dikkate almıştır.

Konu Türk vatandaşı olan çocuğun kendi nesebini red hakkına sahip olup olmadığıdır. Alman kanunlar ihtilafı hukukuna göre uygulanacak hukuk çocuğun millî hukuku olan Türk hukukudur. Alman mahkemesinin karşı karşıya bulunduğu problem, Türk hukukunda çocuğa kendi evlilik içi nesebini red hakkının tanınıp tanınmadığını tesbit etmektir.

8 Haziran 1979 tarihli kararda (Karar 1), Berlin Mahkemesine göre, mahkeme "yabancı hukuku tatbik etmek mecburiyetinde ise, bu hukuku re'sen tesbit etmek mecburiyetindedir". Bu doğru bir hareket noktasıdır¹.

1) *Türk hukukunda da; bkz. NOMER, Davada Yabancı Kanun, İstanbul, 1972, 70 vd.; NOMER, Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 1978, 203 vd..*

Mahkeme ayrıca kendisine ulaşan teknil bilgi kaynaklarından istifade edebileceğini belirtmiştir. Bu da isabetlidir². Kararda istifade edilen bilgi kaynakları çeşitlidir. Mahkeme, üniversitelerin yetkili profesörleri tarafından verilmiş olan hukukî mütalaalara ve özellikle yabancı hukuk hakkında bilgi edinilmesine ilişkin Avrupa Sözleşmesi çerçevesinde Türk Adalet Bakanlığının vermiş olduğu hukukî bilgilere istinad etmiştir. Yabancı hukukun uygulanmasında, uygulanacak yabancı hukukun gerçek muhtevasının tesbiti önem taşımaktadır. Yani mahkeme yabancı hukuku, yabancı hâkimin onu uyguladığı şekliyle tatbik edecektir³. Kararda bu nokta o kadar hassasiyetle ele alınmıştır ki, sadece Türk kanunlarının lafzı üzerinde durulmayarak, doktrin ve Türk mahkeme tatbikatı da incelenmiş ve sonuçta, kanun metinlerinin kuru lafzından çıkan anlam değil, aksine doktrin ve ona uygun tatbikattan ortaya çıkan hukukî durum yürürlükteki hukuk olarak kabul edilmiştir. Bu arada, daha 1976 tarihinde yine bir alman mahkemesinin tesbit ettiği farklı hukukî durumun, Türk hukuk tatbikatının zamanla bir değişikliğe uğrama ihtimali karşısında, hâlen yürürlükte olup olmadığının tetkiki de yapılmıştır. Yabancı hukuku araştırma usulü ve onu tam ve doğru olarak tesbit edebilme gayreti devletler hususî hukukunun gerçekten uygulanma arzusunun bir delili olmaktadır. Dikkat edilirse, Türk hukuku olarak elde edilen hukukî hüküm aslında Alman hukukunda kabul edilenden farklı değil, hatta aynısı olmaktadır. Ancak önemli olan bu hukukî hükmün yabancı hukuk olarak uygulanmasıdır.

Buna mukabil 12 Ekim 1979 tarihli kararda (Karar 2), Münih İstinaf Mahkemesi için kolayına kaçarak **kamu** düzeni gibi inandırıcılığı zayıf olan bir kavrama dayanarak, alman hukukunu uygulama yolunu seçmiştir. Bu kararda Türk hukukunun araştırılmasından kaçınılmış, çocuğa Türk hukukuna göre kendi nesebini red hakkının verilebilip verilemeyeceği hususundaki belirsizlikten söz edilerek Türk Medenî Kanununun ilgili hükümlerinin (m. 242-245) lafzı üzerinde durulmuştur. Yani yabancı hukukun hâlen yürürlükteki şekli eldeki bilgi kaynaklarına rağmen

tetkik edilmemiştir. Bu yapılmış olsaydı, aynen Berlin Mahkemesinin kararında olduğu gibi, bulunan hukukî hüküm tatbik edilecekti. Münih İstinaf Mahkemesi, alman hukukunda kabul edilenden farklı bir sonucun, yani çocuğa kendi evlilik içi nesebini red hakkını tanımayan bir yabancı hukukun **zaten** tatbik edilemeyeceği düşüncesinden hareketle, niçin tatbik edilemeyeceğinin gerekçelerini göstermiş, tabii burada kamu düzeni müdahalesinin arkasına sığınmaktan başka çare de bulamamıştır. Ancak kabul etmek gerekir ki, alman düzenlemesine uymadığını söylediği yabancı bir kanun hükmünün niçin kamu düzenini ihlal ettiğini karar çok iyi delillerle ve incelemeyle ortaya koymuştur. Sadece kamu düzeninden söz ederek alman hükmünün tatbik edileceğini söyleyen bir karar olmamış, kamu düzeninin nasıl ve ne gibi şartlarla bir müdahalede bulunduğunu göstermiştir. Bu tarafıyla da bu karar örnek bir niteliğe sahip olmuştur.

Karar kamu düzeninin niçin ihlale uğrayacağını, yabancı kanun hükmünü ve olayın çeşitli unsurlarını inceliyerek ortaya çıkarmıştır:

Kamu düzeninin ihlalinde, çocuğa kendi nesebini red hakkını vermeyen bir kanun hükmünün, böyle bir hakkı tanımakta olan alman düzenlemesinin temel fikirlerine ve özellikle bu düzenlemenin dayandığı **hakkanîyet** anlayışına aykırı düştüğü üzerinde durulmuştur⁴. Ve bu aykırılığın da tahammül edilmez bir ağırlıkta olduğu kabul edilmiştir. Bu aykırılığın tahammül edilmez oluşuna ve ve dolayısıyla kamu düzenini ihlal etmesine, karara konu teşkil eden olayın taşıdığı özellikler sebep olmaktadır. Şöyle ki, olayla ilgili kişilerin Almanya ile olan ilişkileri⁵ geçici değil daimîdir. Çocuğun ve annesinin daimî ikametgâhları Almanyadadır. Çocuğun gerçek babası olduğu iddia edilen kişi de Alman

2) *Türk hukukunda da; bkz. NOMER, (dn. 1), Davada Yabancı Kanun, 86 vd.; NOMER, DHH, 206 vd..*

3) *Türk hukukunda da; bkz. NOMER, (dn. 1) Davada Yabancı Kanun, 102 vd.; NOMER DHH 207 vd..*

4) *Bkz. NOMER, (dn. 1), DHH, 183*

5) *Bkz. NOMER, (dn. 1), DHH, 190.*

vatandaşıdır ve çocuk ve annesi ile birlikte bir aile düzeni içerisinde yaşamaktadır. Bu durum, ayrıca bu konudaki kararın yabancı hukukun araştırılmasına bağlı bir gecikmeye uğramadan acele olarak verilmesini gerektirmektedir. Ve nihayet kamu düzeninin müdahalesini haklı kılacak en önemli sebeplerden biri olarak yabancı kanun hükmünün uygulanmasının meydana getireceği sonuçlar⁶ ele alınmakta ve bunların alman hukukuna temel teşkil eden fikirlerle uyumlayacağı söylenmektedir. Çocuga, nesebini red hakkının tanınmaması ve böylece gerçek babasıyla neseb bağına kurabilme imkânının önlenmesi, çocuğun içinde yaşadığı toplum ve aile ilişkileri nazara alınır, hem ekonomik hem de toplumdaki yeri bakımından onun zararına olacaktır. Böylece kamu düzeninin müdahalesi haklı bulunduğundan sonra,

bu müdahaleye sebebiyet verecek olan, yani alman kamu düzenini ihlal edebileceği kabul edilen yabancı kanun hükmü uygulanmamakta, onun yerine alman hükmü nazara alınmaktadır. Fakat olayda bütünüyle uygulanması gerekli olan hukuk yine yabancı hukuk olmaktadır.

Kararların vardıkları hukukî sonuçların doğruluğu ve hukukîliği üzerinde durmaksızın, şu söylenebilir: yabancı hukukun uygulanması söz konusu olan bir olayda, yabancı hukukun tesbit usulü (Karar 1) ve uygulanması gerekli yabancı bir kanun hükmünün kamu düzenini nasıl ihlâl edebileceği (Karar 2) bu kararlarda isabetle ve açıklıkla ortaya konabilmiştir.

Prof. Dr. Ergin NOMER

6) Bkz. NOMER, (dn. 1), DHH, 181.

TAŞINMAZA İLİŞKİN SATIŞ VAADİ SÖZLEŞMESİ - ŞEKİL - YETKİLİ HUKUK - SEBESİZ ZENGİNLEŞME - YETKİLİ HUKUK

İsviçre Federal Mahkemesi (TF)

K.B. c. A. van V.

29 Nisan 1980

JdT 1980 1 273-278.

A. Hollandalı A. van V., 1972 yılında İsviçrede yerleşmiştir. Hollandalı K. B.'ye ait, Lutry'de bulunan bir villa'yı satın almak ister. A. van V., İsviçrede beş yıl ikamet etmeden taşınmaz iktisab edememesi nedeniyle, taraflar aralarında, İsviçre mevzuatı müsait kıldığı anda satımı gerçekleştirmeyi amaçlayan bir anlaşma yapmayı kararlaştırırlar; arada A. van V. villa'yı kiralayacaktır. Taraflar böylece yabancılar hakkında öngörülmüş olan, taşınmaz iktisabını kısıtlayıcı hükümlere uymuş oluyorlardı. Anlaşmanın hazırlanmasını Hollandadaki avukatlarına emanet etmişlerdir. Pazarlık görüşmelerinde, A. van V.'nin avukatı kesinleşecek anlaşma tasarısı metnini bir

İsviçreli hukukçunun tetkikine sunacağını beyan etmiştir.

Taraflar bu anlaşmayı 29 ekim 1972 de Hollandada yazılı şekilde yaparlar. Villa'nın satımını, "ve İsviçre mevzuatı Mme van V.'ye taşınmazı iktisap edebilme imkânı tanıdığı tarihten itibaren iki ay içerisinde 1.300.000 Fr. karşılığında taşınmazın mülkiyetinin naklini" karşılıklı taahhüt ederler. Taraflar aynı zamanda 1 Kasım 1972 den itibaren bir kira sözleşmesi ile de yükümlülük altına girerler. Taahhütlerine garanti üzere A. van V., K.B. ye 650.000 Fr. tutarındaki bir meblağı, faiz getirmeyecek şekilde, Hollandada ödemeyi vaad eder. Bu avansın iadesini teminat altına almak üzere, K.B. bir Hollanda bankasının 550.000 florin için, rücu imkânı olmamak üzere, kefaletini temin etmeyi vaad eder.

9 Kasım 1972 de bu anlaşmayı yerine

getirmek üzere, A. van V., K.B. tarafından vaad edilen garantiyi sağlayacak olan N. V. Stavenburg's Bank'a 552.890 florini yatırır. Banka, kefalete rapten, 550.000 florini bir hesapta bloke eder ve A. van V. lehine kararlaştırılmış olan banka garantisini sağlar.

Kasım 1972 de A. van V., K. B. ye ait villa'ya yerleşir ve kendisi taşınmazın maliki imiş gibi davranır; kirasını muntazaman öder.

1975 de, A. van V. İsviçrede bir avukata danışır. Bu şahıs kendisine 20 ekim 1972 tarihli anlaşmanın, resmi şekilde yapılmamış olması nedeniyle, geçersiz olduğunu ve yabancı ülkede ikametgahı olan şahısların taşınmaz edinmelerine ilişkin kısıtlamaları bertaraf etmeye yönelik bulunduğunu, söyler. Bunun üzerine A. van V. kira sözleşmesini 31 ekim 1975 itibarile fesheder. 9 Kasım 1972 de ödediği meblağın iadesini talep eder ve K.B. ye karşı, faizlerle birlikte 650.000 Fr. için icra takibi ister. Ödeme emri 4 ağustos 1975 de tebliğ edilir.

B. A. van V., K. B. ye karşı dava açar ve 650.000 frangın, 1 kasım 1972 den itibaren % 5 faizi ile ödenmesini talep eder. K. B. davanın reddini ve karşı iddia olarak, davacıdan aldığı 552.890 florinden 500.000 florinin mahsubunu talep eder.

Vaud kantonu mahkemesi 4 ekim 1979 tarihli kararı ile, davalıyı 647.250 franktan 60.000, 13.335 ve 12.030 fr. tutarındaki meblağları, faizlerle tahsil ettikten sonra, bakiyeyi 4 ağustos 1975 den itibaren % 5 faizle ödemeye mahkum eder.

C. Davalı, Federal Mahkemeye düzeltme istemi ile başvurmuştur. Davacı da, kanuni süre içerisinde, ancak gerekçelendirmeksizin, bir istemde bulunmuştur.

Federal Mahkeme davalının istemini kısmen kabul etmiş ve sonuncuyu, 60.000, 13.335 ve 12.030 franklık meblağların, faizlerle birlikte tahsilinden sonra, bakiye 562.284 frangı, faizlerle ödemiye mahkum etmiştir. Davacının isteminin ise şayanı kabul olmadığını beyan etmiştir.

Gerekçeler :

1. Düzeltme istemi, şayet istem yazısı iddiaları kanıtlayıcı hiçbir gerekçe ihtiva et-

miyorsa, kabul edilmez (m. 55 f. 1-c OJ; RO 92 11 66 s., JdT 1966 1 637; RO 71 II 35, JdT 1945 1 159..). Bu prensip ek olarak sunulan istem hakkında da, istem sahibi OJ, m. 59, f. 2 ve 61 f. 3 uyarınca tanınan süre içerisinde gerekçelerini bildirmezse, kıyas yolu ile uygulanır (**Birchmeier**, Bundesrechtspflege s. 226). Olayda davacı ve tebellüğ eden, istemini kanıtlayıcı gerekçeleri sunmadığı için, müracaatı kabul edilmemelidir.

2. Kanton mahkemesi 20 ekim 1972 tarihli anlaşmayı taliki şarta bağlı bir taşınmaz satımı olarak kabul etmiştir. Resmi şekilde düzenlenmediği için, mahkeme bunu geçersiz saymıştır. Mahkeme ayrıca, yabancı ülkede ikametgahı olan yabancılar hakkındaki taşınmaz iktisabına ilişkin kısıtlamaların taraflarca, objektif olarak bertaraf edildiği kanısına varmıştır. Dolayısıyla davalı, davacının geçerli bir sebebe dayanmadan ödemiş olduğu 647.250 frangı, tediye günündeki kur üzerinden iade zorunluluğundadır. Mahkeme bu meblağdan davacının üç yıl süre ile olayın mahiyeti icabı emsal kira rayicinin çok dununda bir kira ödemiş olmakla elde ettiği 60.000 franga tekabül eden zenginleşmesini mahsup etmiştir. Mahkeme bundan başka davacının ikameti süresince villa'ya ve bahçeye iras etmiş olduğu zararların yekûnu olmak üzere, 13.335 fr. ile 12.030 frangı, bahis konusu meblağdan indirmiştir.

3. Davalı, 20 Ekim 1972 tarihli anlaşmayı bir taşınmaz satımı olarak değil, fakat bir satış vaadi biçiminde değerlendirmektedir. Kanaatine göre, sadece satım sözleşmesi taşınmazın bulunduğu yer kanununun öngördüğü şekil dahilinde yapılmalıdır. Önsözleşme ise, olayda olduğu gibi, yapıldığı yer kanununun şekil şartlarına uyulmakla geçerlilik kazanır. Tâli derecede olmak üzere, davalı, tarafların sözleşmelerini zımnen hollanda kanununa tabi kılmış olduklarını iddia etmektedir.

İsviçre DHH da taşınmaz satımı, taşınmazın bulunduğu yer kanununa tabi kılınmıştır; bu kanun aynı zamanda sözleşmenin şekline de uygulanır (RO 82 11 553 c. 3, JdT 1957 1 158). Sözleşmeler konusunda genellikle kabul edilen prensibin aksine, taraflar taşınmaza ilişkin bir satım sözleşmesini, sade-

ce akdin yapıldığı yer kanununun zorunlu kıldığı şekle uyararak yapamazlar. Kamu çıkarı, ve özellikle tapu sicilinin aleniliğine ilişkin zorunluluklar, İsviçrede bulunan bir taşınmazın satımının, mekân yeri kanununun öngördüğü şekil dahilinde yapılmasını emreder (RO 82 11 553, c. 3, JdT 1957 1 158; RO 47 11 383, JdT 1922 1 37; RO 46 11 39 m; **Niederer**, Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts, s. 189; **Schönenberger/Jäggi**, Allg. Einl. n. 189 s.; **Vischer**, Internationales Vertragsrecht, s. 156; **Rigaux**, La loi applicable à la forme des actes juridiques, in Liber amicorum Adolf Schnitzer, s. 387 ve dev..).

Federal Mahkeme yabancı bir taşınmaza ilişkin satış vaadini mekan kanununun öngördüğü şekle tabi kılmıştır (RO 82 11 553 c. 3, 1957 1 158). Kantonlararası meselelerde de satış vaadi taşınmazın bulunduğu yerin öngördüğü şekil dahilinde yapılmalıdır (RO 47 11 383, JdT 1922 1 37; RO 46 11 391). Bu prensip korunmalı ve İsviçrede bulunan bir taşınmaza ilişkin satış vaadi de, satım sözleşmesi gibi İsviçre hukukunun zorunlu kıldığı şekil dahilinde yapılmalıdır (contra, **Gutzwiller**, Annuaire Suisse de Droit International, 1957 s. 280 ve dev.). Binnetice kamu yararı nedeniyle İsviçrede bulunan taşınmazların satımı, İsviçre kanununun öngördüğü şekil, yani resmi şeklide yapılmalıdır (m. 657 f. 1, M.K.; m. 216 f. 1, BK.). Aynı gerekçelerle kanun koyucu satış vaadi sözleşmelerini de yine resmi şekle tabi kılmıştır (m. 216 f. 2 B.K.). Şayet taraflar sadece sözleşme yerinin şekli dahilinde bir satış vaadi yapabilselerdi, bu kurallar amacından saptırılmış olurdu. Ayrıca taşınmaz satımı ile satış vaadi hakkında farklı bir bağlanma kuralının kabulü, içinden çıkılması zor güçlüklerle neden olacaktır. Yargıç hukuki işlemin şekline uygulanacak kanunu, onun içeriğini ve hükümlerini önceden derinlemesine incelemeyen, saptıyamıyacaktır. Olayda, taraflar arasında anlaşmalarının niteliği hakkında çıkan tartışma böyle bir metodun yaratacağı güvensizliği ortaya koymaktadır.

Tarafların İsviçrede bulunan bir taşınmaza ilişkin bir satım veya satış vaadinin esasını veya şeklini sözleşme yolile yabancı

bir hukuka tabi kılabilmelerinin mümkün olup, olmadığı hakkında bir saptamaya gerek yoktur (cf. RO 102 11 143, JdT 1977 1 354). Davalı uygulanacak kanunun açıkça saptanmış olduğunu ileri sürmemektedir. Sözleşmenin objektif bağlantısı, tarafların ikametgahı ve taşınmazın bulunduğu yer ile intibak halindeyse, tarafların vatandaşlığı ve sözleşmenin yapıldığı yer zımnen bir hukukun seçilmiş olduğunun kabul edilmesi için yeterli görülemez.

Haklı olarak Kanton mahkemesi 20 ekim 1972 tarihli sözleşmenin şeklini İsviçre kanununa tabi kılmıştır. Yazılı şekilde yapılmış olmakla bu işlem batıldır, ister satım, ister satış vaadi olarak nitelendirilsin (m. 216 f. 1 ve 2 B.K.).

4. Taraflar davacının ikame ettiği, borç olmıyanın iadesine ilişkin davaya İsviçre hukukunun uygulanmasını, isabetli olarak, tartışmamaktadırlar. Zenginleşme, geçersiz bir sözleşmenin icrası nedeniyle bir edimin yerine getirilmiş olmasından doğuyorsa, iadesi, bahis konusu hukuki ilişkiye uygulanan kanuna tabi olur (RO 78 11 385, JdT 1953 1 559).

B.K. nun 64. maddesi davalıyı iade zamanındaki mevcut zenginleşmesi değerinde iade ile yükümlü kılmaktadır. Bunu saptıyan tarih, olayda, davacının haklı taleplerini içeren ödeme emrinin tebliğ edildiği gün olan, 4 ağustos 1975 dir (RO 87 II 142, JdT 1961 1 608). Davacı, davalının hesabına alacak kaydedilen 552.890 florini, 9 kasım 1972 de N. V. Slavenburg's Bankasına ödemiştir. Davalı, hesabına geçen alacağını, bankasına karşı diğer bir para birimine tahvil etmemiştir. Davacı da bahis konusu meblağın faiz getirdiğini kanıtlamamıştır. Bu durumda davalının iade anındaki zenginleşmesi 552.890 florindir. Davacı ancak bu yekunun karşılığı olan değeri talep edebilir. Davacının, sözleşmeden doğan yükümlülüğünü yerine getirirken 647.250 fr. mukabili florin ödemiş olmasının önemi yoktur. Borç olmıyanın tediyesinden doğan iade davasında zenginleşme, geçersiz olan sözleşmenin koşullarına göre değil, fakat iade anındaki davalının mal varlığı durumuna göre saptanır (RO 48 11 235).

İsviçre bankaları 4 ağustos 1975 de 100 florini döviz olarak 101,70 franga satın alıyorlardı. Davalının iade anındaki zenginleşmesi dolayısıyla, 562.289 franga tekabül etmektedir. 4 Ağustos 1975 tarihinden itibaren mütemerrid olan davalı Hollanda parasının İsviçre frangi karşısında bilahare değer kaybetmesinden doğan farkı karşılamak zorunludur (RO 76 II 375 ve dev., JdT 1951, 395 ve dev; RO 60 11 340 ve zikredilen kararlar, JdT 1935 1 382).

5. Davalı sözleşmenin geçerliliğine dayanarak maruz kaldığı zararın tazminini talep etmektedir. Davalı kararını taşınmazının 1977 deki satım fiatı ile 1972 de satmış olsaydı elde edebileceği fiat arasındaki farka tekabül etmek üzere, 469.500 fr. olarak değerlendirmektedir. Davalı, davacının aralarındaki anlaşmanın İsviçre hukukunda geçerliliğinin kontrolüne ilişkin taahhüdünü de ihlal ettiğini iddia etmektedir.

Davacının avukatı, kuşkusuz, anlaşma tasarısı metnini bir İsviçreli hukukçunun tetkikine sunmayı vaad etmiştir. Bununla beraber, bu incelemenin konusu ne taraflarca ileri sürülen vakıyalardan ne de tetkik konusu karardaki olaylardan çıkmamaktadır. Tarafların veya danışmanlarının sözleşmenin şekli sorununa değindiklerine veya hatta farkına vardıklarına dair hiçbir emare görülememektedir. Dolayısıyla davacının davalı ile yapacağı anlaşmanın şeklinin geçerliliğini tahkik etme konusunda yükümlülük altına girmiş olduğu kabul edilemez.

Olayda şekil noksanı nedeniyle sözleşmenin geçersizliğinin bir ihmalden ileri geldiğinin saptanması zorunlu değildir. Kusur var idiyse, tarafların kusurları birbirine eşit olup, "culpa in contrahendo"ya dayalı her türlü sorumluluğu bertaraf etmektedir. Sözleşme öncesi sorumluluğun dayandığı iyi niyet kuralları sadece bir tarafı hukuki araştırma ile yükümlü kılmayıp, sonuncuya dahi, diğer âkit taraftan aynı sorumluluğu bekleme hakkını tanımaktadır. Kaldı ki Federal Mahkeme bu aşamada, şekil noksanı nedeniyle bir sözleşmenin geçersizliğinden doğan zararın tazmini yükümlülüğünü ancak hile halinde kabul etmiştir (RO 68 11 237 c. iv, JdT 1943 1 77;

RO 49 11 54, JdT 1923 1 514; RO 41 11 101 s. 2; RO 39 11 227 c. 4).

Davacı aleyhine hiçbir hileli tutum kanıtlanamamıştır.

* * *

Federal Mahkeme Kararının DHH kuralları açısından yorumu

Federal Mahkeme kararında İsviçrede bulunan bir taşınmaz hakkında, Hollandada, iki Hollandalı arasında, mahalli şekle uygun olarak yazılı şekilde yapılmış olan bir satış vaadi sözleşmesini, For'un DHH kurallarına göre şekil yönünden geçersiz sayarak, satış vaadi alacaklısı tarafından avans olarak ödenmiş olan meblağın, sebepsiz zenginleşme gerekçesiyle, bu ilişki hakkında yetkili kıldığı hukuk kuralları dahilinde, iadesini hüküm altına almıştır.

Dolayısıyla karar "yabancılık unsuru" taşıyan iki konuda, yani "taşınmaza ilişkin satış vaadinin şekli" ve "sebepsiz zenginleşme" meselelerinde yetkili hukukun saptanması açısından, Federal Mahkemenin uygulamasına kesinlik getirmektedir.

1. **Taşınmaza ilişkin satış vaadi sözleşmesinin şekli** hakkında uygulanacak hukuk ile ilgili görüşlerini Federal Mahkeme 12 kasım 1956 (JdT 1957 1 156-160) ve 30 mart 1976 (JdT 1977 1 354-362) tarihli kararlarında da, ancak İsviçre dışındaki taşınmazlarla ilgili olmak üzere, beyan etmiştir. Naklettiğimiz karar metninde Federal Mahkemenin görüşlerine kanıt olarak bu evvelki kararlarına da atıfda bulunduğu gözönünde tutularak, her üç kararın birlikte mütalâasının isabetli olacağı sonucuna varılmıştır.

Federal Mahkeme taşınmaza ilişkin bir hukuki işlemin şekli hakkında, hukuki ilişki ister bir satım, ister bir satış vaadi, hatta bir bağışlama sözleşmesi niteliğinde olsun, taşınmazın bulunduğu yer hukukunun yetkisini, bu konuda bir "**bağlanma kuralı**" olarak, daima kabul etmiştir (JdT 1957. 159). Dolayısıyla son kararında da Mahkeme satış vaadi sözleşmesinin şekli hakkında "**lex rei sitae**"nin yetkisinin, satım sözleşmesinin şekli hakkında kabul edilen bu yetki kuralının ışığı altında haklı kılınacağını, ifade etmiştir¹.

1) *Tapu sicillinin aleniliği, hukukumuzda*

Federal Mahkeme taşınmaza ilişkin gerek satım, gerekse satış vaadi sözleşmelerinin şekli hakkında aynı hukukun yetkisini kabul ederken, iki gerekçe ileri sürmüştür; "kamu düzeni" ve "uygulamada güvence".

Kamu düzeni kavramı, kamu yararı anlamını da içerecek biçimde kullanılmış olup, ayrıca tarafların bu tür hukukî işlemlere girişmelerinde, çıkarlarının korunmasının da bahis konusu olduğu vurgulanmıştır (JdT 1977. 362; 1980. 276). Dolayısıyla her iki sözleşme türünde de kanun koyucunun **resmi şekil** şartını aramış olması, bu işlemlerin hukuken geçerli olarak gerçekleştirilmelerinde "şekil" sorununun eşdeğerde ağırlığını koyduğunu kanıtlamaktadır. Ve Federal Mahkeme açıkça, bu şekil kurallarının, özellikle İsviçrede bulunan bir taşınmaz hakkında, mekan hukuku aleyhine bertaraf edilmesi halinde, tarafların bu kuralları "amaçlarından saptırma yönüne yönelik" bir eylemi olarak tanımlanacağını ifade etmiştir (1980. 286)².

Federal Mahkeme satım ve satış vaadi sözleşmelerinin, şekil yönünden, farklı bir bağlanmaya tabi kılınmalarının, uygulamada, "içinden çıkılamıyacak zorluklar" yaratabileceğini, kararında beyan etmiştir. Nitekim olayda da cereyan ettiği gibi, hukuki ilişkinin bir "satım" veya "satış vaadi" niteliği tartışma konusu yapılırsa, "şekil" hakkında yetkili hukuk, farklı bağlanma kuralı uygulanması halinde, ancak ilişkinin hukuki niteliği saptandıktan sonra, belirlenebilecektir. Yargıç, "anlaşmanın içeriğini ve hükümlerini derinlemesine tetkik etmek" zorunluğunda kalacaktır. Ve hukuki ilişki "şekil" yönünden, varılan sonuca göre ya geçerli, ya da geçersiz addedilecektir. Güvence sağlayamıyan böyle bir metodun uygulanmasında ise, hiçbir çıkar ve zorunluluk yoktur.

Dolayısıyla Federal Mahkeme kararında, sözleşme, "ister satış vaadi, ister satım olarak nitelendirilsin, yazılı şekilde yapılmış olmakla geçersizdir" demiştir (1980. 277).

2. İsviçrede bulunan taşınmazlar hakkında **lex rei sitae**'nin şekil kurallarının mutlak yetkisini, Federal Mahkeme, kesinlikle kabul ederken, yabancı taşınmazlara ait satış vaadi sözleşmesinin şekli hakkında yetkili hukuk açısından daha liberal davran-

maktadır. Mahkeme bu konuya ilk defa 30 mart 1976 tarihli kararında değinmiştir. Bu kararında Federal Mahkeme, "yabancı taşınmazlar bahis konusu olduğunda **seçilen kanunun şekil hakkında da yetkisinin kesinlikle bertaraf edilemeyeceğini**, bilakis taraflarca seçilen hukuka dayanılmakla, sözleşmenin esasının ve şeklinin aynı hukuka bağlanmasının sağlanabileceğini, dolayısıyla bu konularda uygulanacak hukukun önceden bilinmesinin hukuki güvenliği de sağlamış olacağını" ifade etmiştir (JdT 1977. 360). Özellikle taşınmaz yeri hukuku taraflara sözleşmelerinde **lex rei sitae**'nin şeklini zorunlu kılmıyorsa³, bu yer dışında bir bağlanmanın reddinin, sözleşmenin geçerliliğini sağlama amacına uygun düşmeyeceği kabul edilmiştir.

İsviçre doktrininde de bir kısım hukukçular yabancı taşınmazlara ilişkin satış vaadi sözleşmelerinin şeklinde **lex causae**'nin yetkisini tanımlamışlardır⁴.

Federal Mahkeme son kararında "**lex causae**"nin yetkisine dolaylı olarak değinmiş ve "İsviçrede bulunan bir taşınmaza ilişkin bir satım veya satış vaadinin şeklini tarafların sözleşme ile yabancı bir hukuka tabi kılabilmelerinin mümkün olup, olmadığının tesbitini lüzumlu" görmemiş ve değindiğimiz 1976 tarihli karara, metinde atıfta bulunmuştur. Ve Federal Mahkeme hemen aka-

olduğu gibi, İsv DHH açısından da, satım sözleşmesinin esası hakkında da lex rei sitae'nin yetkisini zorunlu kılmaktadır.

- 2) Buna mukabil yabancı ülkedeki bir taşınmaza ilişkin satış vaadinin yazılı şekilde, mahalli **lex rei sitae**'ye uygun olarak yapılmış olması, İsviçre kamu düzenini ihlâl etmez. Dolayısıyla böyle bir sözleşme, bir İsviçreliyi bağlar. Sonuncu, İsviçre B.K. nun daha kısıtlayıcı ve tarafları korumaya yönelik 216. maddesini kamu düzeni nedeniyle, ileri süremez, JdT 1977, 362.
- 3) İspanyol M.K. m. 10 ve 11 deki hükümler, İspanyadaki bir taşınmazla ilgili satış vaadi hakkında bahis konusu edilmiştir, JdT. 361.
- 4) JdT 1977, 360 dan naklen: Schönenberger/Jäggi (OR), Meier-Hayoz (CC), Gulh-Merz-Kummer (OR); contra Vischer (DIP), Niederer (Einführung).

binde **Lex Causae**'yi saptama yoluna gitmiş ve açık bir hukuk seçimi taraflarca yapılmamış olduğu için⁵ hukukî ilişkinin objektif bağlantısını göz önünde tutarak, taşınmazın bulunduğu yer hukukunu (olayda İsv. hukuku) yetkili görmüştür. Dolayısıyla Federal Mahkeme böylece, kanımızca, sözleşme hukukunun yetkisinden dahi bahsedilse, yine yetkili hukukun "İsviçre hukuku" olacağını, kanıtlamak istemiştir.

Bu konuda Federal mahkemenin görüşlerini şöylece özetleyebiliriz: taşınmaza ilişkin satış vaadinin şekli esas itibarile taşınmazın bulunduğu yer hukukuna (lex rei sitae) tabi olmalıdır. Bu kural İsviçrede bulunan taşınmaza ilişkin hukuki işlem hakkında kesinlikle uygulanır. Yabancı taşınmazlara ilişkin satış vaadi sözleşmesinin şeklinin **lex rei sitae**'ye tabi kılınması zorunluluğu yoktur. Sözleşmenin geçerliliğinin mekan kanunu dışında bir hukuka göre de (lex causae, lex loci contractus)⁶ gerçekleşmesi mümkündür.

3. Federal Mahkeme kararında "**sebepsiz zenginleşme**" den doğan ve tarafları Hollandalı olan, dolayısıyla "**yabancı unsurlu**" borç ilişkisine İsviçre hukukunu uyguluyarak, iade borcunun koşullarını ve hükümlerini tesbit etmiştir.

İsviçre Federal Mahkemesi 1952 yılına kadarki içtihadında "**sebepsiz zenginleşme**" den doğan borçlar hakkında münhasıran "**lex loci**" yi, yani zenginleşme yeri hukukunu uygulamakta iken, 1953 yılında verdiği bir kararla, geçersiz kılınan bir sözleşmenin icrası nedeniyle yerine getirilen bir edinim sebep olduğu zenginleşmenin iadesine ilişkin hükümlerin saptanmasında, hukuki ilişki statüsünün tabi olduğu kanunun (Lex Causae) yetkisini kabul etmiştir⁷. Federal Mahkeme bu uygulamasına hem 1976 tarihli (JdT 1977. 362), hem de naklettiğimiz kararında yer vermiştir.

Sebepsiz zenginleşmeye neden olan hukuki ilişki olayda, İsviçrede bulunan bir taşınmaza ilişkin satış vaadi sözleşmesidir. Şekil yönünden bu sözleşme geçersiz kılınca, iade borcunun da sözleşme hukuku dahilinde saptanması gerekmektedir. Federal Mahkeme kararının "satış vaadinin şekli" hak-

kında yetkili hukuku tesbit eden kısmında, satış vaadi sözleşmesinin, iddia edildiği gibi zımnen Hollanda hukukuna tabi kılınmış sayılamıyacağını, taşınmazın bulunduğu yerin en önemli bir objektif bağlantı noktası teşkil etmesi nedeniyle, sözleşmenin İsviçre hukukuna tabi olacağını karar altına almış olmakla, sebepsiz zenginleşme sorununu da, haklı olarak, bu hukuka bağlı olarak çözümlenmiştir.

4. Kararda "**culpa in contrahendo**" ya dayalı bir sorumluluk da bahis konusu edilmiş ve Federal Mahkeme kendi görüşü doğrultusunda, dolayısıyla İsviçre hukuku çerçevesinde sorunu çözüme ulaştırmıştır.

Doktrinde bu tür sorumluluğun, sözleşme müzakerelerine giren tarafların karşılıklı çıkarlarını korumaya yönelik, "özel davranış borçları" olarak tanımlanabilecek bir borç ilişkisine dayandırıldığı ifade edilmiştir.

Gine doktrinde bu sorumluluğa genellikle **sözleşme hakkındaki hükümlerin** uygulanacağı, bazı hukukçulara göre ise, **haksız fiil esaslarının** uygulanmasının daha isabetli görüldüğü, beyan edilmiştir⁸.

5) Federal Mahkeme sözleşme hukuku seçiminde (atıf sözleşmesi - Verweisungsvertrag) taraflara sınırsız bir özerklik tanımamaktadır. Her ne kadar seçilen hukuk ile sözleşme arasında özel bağlantının bulunması aranmış idiyse de (JdT 1953. 21), daha sonraki içtihadında, Federal Mahkeme, "tarafların seçilen hukukun uygulanmasında makul bir menfaatlerinin bulunmasını" yeterli saymıştır (JdT 1965, 570). Ayrıca JdT 1977, 357.

6) Akit yeri kanununun yetkisi, Federal Mahkeme içtihadında, özellikle taşınırlar hakkında kabul edilmiştir; prensip olarak maddi taşınırlara ilişkin hukuki işlemlerde sözleşme hukuku şekil sorununa da uygulanır. Ancak sözleşme yeri hukukuna da bu konuda uyulması yeterli görülebilir (JdT 1963, 187; 1977, 360). Ancak taraflar şekil hakkında emredici hükümleri bertaraf edici veya kamu düzenini ihlâl edici nitelikte hukuk seçiminde bulunamazlar (1977, 360).

7) ULUOCAK, Kanunlar İhtilafı, İstanbul 1971, 188, dn. 595.

8) TUNÇOMAĞ, Borçlar Hukuku, C. I, 5. bası, İstanbul 1972 146.

Bahis konusu sorumluluğun "sözleşme hakkındaki hükümler" veya "Haksız fiil esasları" dahilinde çözümlenebileceği hususu, kuşkusuz, bahis konusu sorumluluğun dava yeri hukukunun benimsediği nitelikte saptanmasından sonra, yine her iki kategori hakkında, For'un DHH ssitemince kabul edilen bağlanma kurallarına göre, çözümlenecektir. Federal Mahkemenin bu konuda İsviçre hu-

kukunu yetkili kıldığı ve olayda "Federal Mahkemenin şekil noksanı nedeniyle bir sözleşmenin geçersizliğinden doğan zararın tazmini yükümlülüğünü ancak hile halinde kabul edeceğine" ilişkin içtihadını, bu konudaki kararlara atıfta bulunarak, beyan ettiği görülmektedir. Konuyu, "sözleşme statüsü" dahilinde çözümlendiği düşünülebilir.

Prof. Dr. Nihal ULUOCAK

KİRALANANIN BOŞALTILMASI - YABANCI UYRUKLU İHTİYAÇ SAHİBİ

Y. 6.HD.
E. 1978/6975
K. 1978/7306
T. 23.10.1978

Mahalli mahkemesinden verilmiş bulunan boşaltma davasına dair karar davalı tarafından süresi içinde temyiz edilmiş olmakla dosyadaki bütün kâğıtlar okunup gereği görüldü:

Dava işyeri ihtiyacı nedeniyle kiralananın boşaltılması isteminden ibarettir.

Mahkemece istem gibi karar verilmiş, hüküm davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, boşaltılması istenilen iş yerinin 1.4.1972 tarihli mukavele ile davalıya beş sene müddetle kiraya verildiğini, oğlu Sami'nin işsiz olduğunu, kiralanda halı, mobilya, Radyo, televizyon, elektrikli araçlar gibi ticari eşya satacağından kiralananın boşaltılmasına karar verilmesini istemiştir.

Davalı vekili savunmasında, davacının oğlunun yabancı uyruklu olduğunu davacının bu dükkanın sahibi olmadığını, dava açma hakkı bulunmadığını, oğlunun Yunan Uyruklu olması nedeniyle Türkiye'de bu işleri yapamayacağını, tahliyesi istenen dükkanın bitişiğinde bir dükkân boşaldığını davacının bu yeri tesisatçıya kiraladığından davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Dosyada bulunan 1.4.1972 tarihli mukavele davacı ile davalı arasında yapılmıştır.

6570 sayılı Kanunun 7. maddesi gereğince akdin dava açma hakkı mevcuttur. Mahallen yapılan keşifde bilirkişi tarafından verilen 15.5.1978 tarihli rapordan kiralananın bitişiğinde bulunan ve tesisatçıya verilen dükkânın 22,84 m², kiralanan yerin ise 46,88 m² olup kiraya verilen yere nisbeten daha müsait olduğu anlaşılmıştır.

Davacının oğluna yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkındaki 5683 sayılı Kanun gereğince 24.9.1977 tarihli ikâmet teskeresi verilmiştir. Anılan Kanunun 9. maddesine göre ikâmet teskerelerinin müddeti en fazla iki sene ise de aynı Kanunun 10. ve müteakip maddelerine göre bu müddet istek halinde uzatılabilir. 15. maddesinde açıklandığı gibi yabancılar Türkiye'de ancak kanunun kendilerine men etmediği işleri yapabilirler.

Türkiye'de Türk Vatandaşlarına Tahsis Edilen Sanat ve Hizmetler Hakkında 11.6.1932 tarih ve 2007 sayılı Kanunun 1. maddesinin (A) ve (B) bendlerinde Türk Vatandaşları olmıyanlar tarafından yapılması men edilen hizmet ve işler açıklanmıştır. Ezcümle (A) fıkrasında (ayak satıcılık, çalgıcılık, fotoğrafçılık, berberlik, müretteplik, simsarlık, elbise, kasket ve kundura imalciliği, borsalarda mübayacılık, devlet inhisarına tabi maddelerin satıcılığı, seyyahlara tercümanlık, rehberlik, inşaat demir ve ahçap sanayi işçilikleri, umumi nakliye vesaiti ile su ve tenvir ve

teshin ve muhabere işlerinde daimi muvakkat, işçilik, karada tahmil işleri, şoförlük ve muavinliği, alelimum amelelik, her türlü müesseselerle, ticarethane, apartman, han, otel ve şirketlerde bekçilik, kapıcılık, odabaşılık, otel, han, hamam, kahvehane, gazino ve dansig ve barlarla kadın ve erkek hizmetçilik, bar oyunculuğu ve şarkıcılığı, baytarlık ve kimyagerlik ve 2. maddede icra vekilleri heyeti kararı ile ruhsatı mahsusa kılınmadıkça A) Tayyare makinistliği ve pilotluğu, B) Devlete ve Vilâyetlere merbut messasat veya belediyeler ile bunlara merbut tesisat hizmetleri yapamıyacakları ve 8. maddede vilâ-

yet ve kaza merkezi olmıyan mahallerde ecnebilerin dükkân açmalarının memnu olduğu bildirilmiştir.

İşbu açıklanan kanun hükümlerine ve boşaltması istenilen ve iş yapacak olan dükkânın kaza merkezinde olmasına yapılacak işin niteliğine ve davacının ihtiyacının şahadet ve keşifle subut bulunduğu anlaşılmasına ve dosya münderecatına ve hükmün dayandığı gerekçelere göre davalı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddi ile usûl ve kanuna uygun olan hükmün (ONANMASINA) 23.10.1978 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

YABANCI UYRUKLU MİRAS BIRAKANIN TAŞINMAZINA TAKDİR KOMİSYONUNCA BİÇİLEN DEĞER

Y. 2. HD.

E. No: 1979/2156

K. No: 1979/2552

K. T. : 29.3.1979

(M. N.) ile (M. K.) ve (F. S.) aralarındaki tenkis davasına dair verilen 9.9.1977 tarih ve 239/501 sayılı hükmün dairesinin 15.12.1977 gün ve 8375/8681 sayılı ilâmiyle dilekçenin reddine ve onanmasına karar verilmişti. Sözü edilen kararın düzeltilmesi taraflarca istenilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü:

1 — Temyiz ilâmında bildirilen gerekirci sebeplere göre usulün 440. maddesinde sayılan sebeplerden hiç birisine uygun olmayan karar düzeltme isteğinin REDDİNE ve usulün 442. maddesi hükmüne takdiren yüz lira para cezasının karar düzeltme isteyenlerden davacı (M. N.)'a yükletilmesine,

2 — Miras bırakan Yunan uyruklu olduğu için 12.9.1973 günlü resmî gazetede yayınlanan Türk Parasının Kıymetinin Korunması hakkındaki kanunla ilgili 17 sayılı tebliğin 56. maddesine göre, dava konusu taşınmazın de-

ğeri "takdir komisyonu" nun 13.6.1965 günlü kararı ile 90.000 lira olarak tespit edilmiştir.

"Takdir komisyonları"nın kararları kesin hüküm güç ve niteliğinde olmadığı için mahkemede tartışılıp aksi kabul olunabilir. Çünkü davacılar bu kararın ilgilisi olmayıp üçüncü kişi durumundadırlar. Zira tenkis davasını da ölenin halefi olarak değil, kendi haklarını korumak için açmışlardır. Bu bakımdan karar onları bağlamaz ve haklarını etkilemez. Öte yandan, takdir komisyonunun satış işleminde araya girmesi, Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanunu hakkındaki tebliğin zorunlu kıldığı bir işlem olup, Hazineyi ve yabancı uyrukluyu ilgilendirir. Böyle bir kararla üçüncü kişilerin hakkı zedelenebilir. Onun için Mahkemece objektif kastın tespitine esas olmak üzere taşınmazın satış günündeki gerçek değerinin tesbit edilmesinde bir yanlışlık olmadığı gibi, bilirkişilerin belirttiği değer de isabetsizlik yoktur. Bu bakımdan temyiz ilâmında bildirilen gerekirci sebeplere ve özellikle yukarıda yazılı gerekçelere göre davalıların da karar düzeltme isteklerinin REDDİNE (...) 29.3.1979 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

KAZANDIRICI ZAMANAŞIMI İLE MAL EDİNME VATANDAŞLIĞIN İPTALİ (Çıkarma)

Y. 8. HD.

E. 1979/2940

K. 1979/4399

T. 29.4.1979

Mehmet ile malmüdürlüğü ve belediye başkanlığı aralarındaki tescil davasının reddine dair (Bozcaada Sulh Hukuk Hâkimliği)nden verilen 19.2.1979 gün ve 4/5 sayılı hükmün, süresinde Yargıtay'ca incelenmesi davacı tarafından istenilmiş olmakla, dosya incelendi, gereği düşünüldü:

1.4.1976 günlü senetle satın alındığı öne sürülen taşınmazın önceki maliki Eleni'nin 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun geçici I. maddesi uyarınca Türk Vatandaşlığını kaybettiği Bozcaada Kaymakamlığı'nın karşılık yazısında açıklanmıştır. Eleni'nin Türk Vatandaşlığı, 403 sayılı Kanunun 35. maddesine

göre kaybettirilmediğine veya 33. madde gereğince vatandaşlığı iptal edilip mallarının tasfiyesine karar verildiği belirlenmediğine göre Hazineye intikal sözkonusu olmaz. Bu bakımdan adı geçenin temlikî tasarrufuna engel olabilecek bir halin varlığından bahsedilemez. Ancak bilirkişi ve tanıklar, taşınmazın öncesinin Eleni'ye ait olduğunu belirlemişlerse de; davacıya satılıp zilyedliğinin devrine ilişkin bir açıklamada bulunmamışlardır. Bu durumda Eleni ile davacı arasında hukukî ittisali varlığı kabul olunamaz. Bu itibarla davacının MK. nun 909. maddesi uyarınca Eleni'nin zilyedliğinden yararlanması olanağından bahsedilemeyeceğine göre yerinde olmayan temyiz itirazlarının reddi ile sonucu bakımından doğru olan hükmün (ONANMASINA) ve 1500 kuruş onama harcının peşin harca mahsubuna 20.4.1979 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

EŞİNİN ÖLÜMÜ TARİHİNDE YABANCI UYRUKLU OLUP SONRADAN TÜRK UYRUĞUNA GEÇEN EŞE DUL AYLIĞI BAĞLANMASI

D. 10.D.

E. No. 1976/1097

K. No. 1976/2355

K. T. 11.11.1976

Dâvanın Özeti : Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Sistemantik Felsefe Kürsüsü Profesörü iken 15.11.1974 gününde vefat eden eşinin ölüm tarihinde Fransız uyruğunda olup bilâhare 28.1.1976 günlü Bakanlar Kurulu kararı ile Türk vatandaşlığına alındığından bahisle kendisine dul aylığı bağlanması ve aksine yapılan dâvalı idare işleminin iptali isteminden ibarettir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince işin gereği düşünüldü:

5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanununun 66. maddesinde ölüm tarihinde bu kanuna göre müstehak dul ve yetimlere aylık bağlanacağı belirtilmiş olup ayrıca aynı kanunun 12. maddesinde bu konuda tanınan haklardan Türk uyruğunda olanların faydalanacakları, 13. maddesinde de dul ve yetim aylıklarının bu kanunla tanınan haklar içerisinde olduğu hükme bağlanmış bulunmasına, yine aynı kanunda ölüm gününde aranı-

lan şartların sonradan gerçekleşmesi halinde dahi yetim aylığının başvurma tarihinden itibaren bağlanacağı kabul edildiğinden, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi profesörlerinden iken 15.11.1974 gününde ölen eşinin ölüm tarihinde Fransız uyruğunda olup bilâhare 28.1.1976 gün ve 7/11334 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile Türk uyruğuna geçen dâvacının durumunun evleviyetle yukarıda açıklanan prensibin içine girdiğinin kabulü ile Türk

uyruğuna geçerek 12. maddedeki şartların gerçekleştiği 28.1.1976 tarihinden itibaren adı geçene dul aylığı bağlanması gerektiği cihetle isteğin reddi yolundaki dâvalı idare işleminin iptaline aşağıda dökümü yapılan 99 lira 50 kuruş yargılama giderinin dâvacıya verilmek üzere dâvalı idareden alınmasına 11.11.1976 gününde oybirliğiyle karar verildi.

OLAĞANÜSTÜ ZAMANAŞIMI (Sürenin Hesabı) YABANCI UYRUKLU KİŞİ

Y. H.G.K.
E. 1978/8-559
K. 1979/230
T. 7.3.1979

Taraflar arasındaki davadan dolayı bozma üzerine direnme yoluyla (Bursa İkinci Asliye Hukuk Mahkemesi)nden verilen 8.10.1976 gün ve 76-725-863 sayılı kararın bozulmasını kapsayan ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'ndan çıkan 4.11.1977 gün ve 977/8-30-832 sayılı ilâmın, karar düzeltilmesi yoluyla incelenmesi davacı tarafından verilen dilekçe ile istenilmiş olmakla, Hukuk Genel Kurulu'nca dilekçe, düzeltilmesi istenen ilâm ve dosyadaki ilgili bütün kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Davanın konusu MK. nun 639/2. maddesine dayanan bir tescil isteğinden ibarettir. Bu madde hükmünce "tapu sicilinde malik kim olduğu anlaşılmayan veya yirmi sene evvel vefat etmiş yahut gaipliğine hüküm verilmiş bir kimsenin uhdesinde mukayyet olan bir gayrimenkulü aynı şerait altında yedinde bulunduran kimse dahi o gayri menkulün mülkü olmak üzere tescilini talep edebilir. Miras bırakan 1.4.1941 tarihinde vefat etmiştir. Taşınmaz mal daha sonra kamulaştırılmış ise de, davalıların başvurusu üzerine işlem iptal olunmuştur. Hukukumuzda taşınmaz malların tescilinin aynî hakkı kurabil-

mesi geçerli bir hukukî sebebin varlığına bağlıdır. Başka bir anlatımla tescil, ancak diğer bütün kurucu unsurların mevcut olmasıyla aynî hak doğurur. Herne kadar MK.nun 633. maddesi hükmünce kamulaştırma yoluyla bir taşınmazı iktisap eden, tescilden önce de taşınmaza malik olur ise de olayda, kamulaştırma işlemi Danıştay kararı ile iptâl olunmuş ve şu suretle geçerli hukukî sebep ortadan kalkmıştır. O halde kamulaştırma işleminin iptâl olunmasıyla taşınmazın ölü kişi adına tapuda kayıtlı bulunması keyfiyeti varlığını hukuken sürdüreceğinden, bu nitelikteki bir taşınmazda MK.nun 639/2. maddesi hükmünün" işleyeceğinin kabulü gerekir. Bunun sonucu olarak MK.nun 639/2. maddesi hükmüne esas alınacak süre davalıların miras bırakanı Ahmet'in ölümü tarihi ile taşınmaz malın davalılar adına tapuya tescil günü arasında geçen süredir. Ancak, davacı yabancı Devlet tabiiyetinde bulunması nedeniyle taşınmaz mal edinemediğini ve bu itibarla da taşınmazı Ahmet adına tescil ettirdiklerini iddia ettiğine göre zilyetliğe esas tutulacak sürenin başlangıcı davacının Türk Hukukuna göre Türkiye'de taşınmaz mal edinebileceği gün olmak lâzım gelir. O halde mahkemece az önce belirtilen gün ile taşınmazın davalılar adına tescil edildiği gün arasında 639/2. maddede öngörülen sürenin geçip geçmediği ve ayrıca bu süre dolmuş ise gene aynı mad-

dede öngörülen diğer koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği incelenerek varılacak sonuç uyarınca karar verilmelidir. Direnme kararı bu nedenlerle bozulmak gerekirken onandığından karar düzeltme isteği kabul olunmak suretiyle Hukuk Genel Kurulu'nun onama kararı kaldırılarak direnme kararının yukarıda gösterilen nedenlerle bozulması uygun görülmüştür.

Sonuç :

Karar düzeltme isteğinin kabulü ile düzeltilmesi istenilen Hukuk Genel Kurulu onama kararının kaldırılarak direnme kararının yukarıda açıklanan nedenlerle (BOZULMASINA), birinci görüşmede yeterli çoğunluk sağlanamadığından 7.3.1979 gününde ikinci görüşmede üçte ikiyi geçen çoğunlukla karar verildi.

Karşı Oy Yazısı

1 — Genel Kurul Kararında, davanın çözümüne yarayan bazı maddî olgular açıklanmadığı için, bu hususlara değinmek zorunlu bulunmaktadır.

Çekişmeli iki taşınmazdan -9 parsel sayısını taşıyan 20.5.1941, 20 parsel sayısını taşıyan da 21.8.1940 gününde davalıların murîsi Ahmet adına tescil edilmiştir. Muris Ahmet mübrez veraset ilâmına göre 1.4.1941 gününde ölmüştür. Her iki taşınmaz Sümerbank İplik ve Dokuma Fabrikaları Müessesesi tarafından 1943 yılında kamulaştırılmış, 8.11.1944 gününde de bu Müessese adına tescil edilmiştir. Ahmet mirasçılarının açtıkları iptâl davası üzerine, Danıştay Beşinci Dairesi'nin 25.10.1944 gün ve 924/1559 sayılı ilâmiyle kamulaştırma kararı iptal edilmiştir.

Yine aynı mirasçılarının açtıkları dava üzerine; Bursa, Asliye İkinci Hukuk Hâkimliği'nin 23.10.1979 gün ve E. 1968/1180-1969/1340 sayılı kararı ile davalı, Sümerbank Müessesesi adına tesis edilmiş kaydın iptâline ve davacılar adına tesciline karar verildiği ve 18.6.1974 de mirasçılar adına veraset ilâmı gereğince tescil edildiği görülmüştür.

2 — MK.nun 639/2. maddesine göre, tapu sicilinden maliki kim olduğu anlaşılma-

yan veya ölmüş veya gaipliğine hüküm verilmiş bir kimse uhdesinde kayıtlı olan taşınmazı, aynı maddenin 1. fıkrasında yazılı şartlar altında zilyetliğinde bulunduran kimse adına tescilini isteyebilir. Davacı, maliki 1.4.1941 de ölen iki taşınmazı kamulaştırma tarihi olan 1943 yılına kadar MK.nun 639/2. maddesinde yazılı şartlar dairesinde, ancak 2 yıl zilyetliğinde bulundurabilmiştir. 1943 yılındaki kamulaştırma ile Sümerbank İplik ve Dokuma Fabrikaları Müessesesi adına 8.11.1944 de yapılan tescil ile, MK.nun 640; BK.nun 133. maddeleri gereğince zilyetliği inkitağa uğramıştır. Ortada artık ölü bir kimse adına kayıtlı bir taşınmaz yoktur. Bu hal inkita tarihi olan 18.6.1974'e kadar süre gelmiştir.

Zilyetliğe dayanan davacı, tescil davasını Sümerbank İplik ve Dokuma Fabrikaları Müessesesi aleyhine yöneltmiş değildir. Bu nedenle, davalılar aleyhine sonuç doğurabilecek geçerli olmayan bir hukukî sebebe dayanan tescilden söz edilemez. Hasım sözü geçen müessese olsaydı, kamulaştırma kararı 25.10.1944 de iptal edildikten sonra bu müessese üzerindeki kaydın geçerli olmıyan bir hukukî sebebe dayandığı söylenebilirdi. Oysa, davamızda davalı Sümerbank İplik ve Dokuma Fabrikaları Müessesesi değildir; kayıt maliki Ahmet mirasçılarıdır.

Çoğunluk kararındaki, geçerli olmayan bir hukukî sebebe binaen taşınmazların tapu sicilinde kayıtlı olduğu yolundaki gerekçenin hukukî dayanağı yoktur. Tapu kaydı Sümerbank İplik ve Dokuma Fabrikaları Müessesesi üzerinde kaldıkça, davacılarımız MK.nun 905. maddesi gereğince fuzuli şagil davacı İbrahim aleyhine el atmanın önlenmesi davası açamazlardır. Bu bakımdan davalılarımızı kınamsayacak (muaheze) edecek bir durum yoktur.

Yukarıda yazılı gerekçe ile Yüksek Genel Kurulu Kararındaki çoğunluk görüşüne karşıyım.

8. HD. Üyesi
(A. R. D.)