

İRAN'DA VATANDAŞLIK HUKUKUNUN GELİŞİMİ

Dr. Hüseyin Ali SADROLEŞRAFI*

1 — Genel Olarak

İran'da Vatandaşlık Hukukunu içeren hükümler, günümüze modern hukuk anlayışına uymayan, alışagelindiği gibi özel bir kanunda düzenlenmiş olmayıp, "İran Medeni Kanun" (Kanun-e Medeni-e İran)¹ maddeleri arasında toplanmıştır.

İran Hukukunda, vatandaşlık mevzuatının bu şekilde düzenlenişi, hiç şüphesiz, adaptasyon hareketlerinde ister istemez düşülen taklitçilik sonucundan başka bir şey değildir.

Gerçekten, yarım yüzyılı aşkın bir süre önce başlanılan bu genel kanunlaştırma girişiminin ilk ürünü olan İMK'nun hazırlanması sırasında, İran Kanun Koyucusu, Kanunun birçok konusunu İslâm Hukukunun Şif doktrininden aynen iktibas ederken, bir kısım kurumların yanı sıra "Vatandaşlık Hukuku"nu da batı hukuk sisteminden esinlenerek düzenlemiştir. Bu arada vatandaşlık hükümlerini 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunun (Code Civil)'dan, doğrudan doğruya etkilenecek şekilde sevk etmiştir.

2 — Tarihi Bilgiler

Şimdiye kadar yapılan araştırmalar, 1324 (Hicri Kameri) tarihinden itibaren bu konuyu düzenleyen genel anlamda kanunların bulunduğunu ortaya koymaktadır. Bundan önce de kanunların olduğu iddia edilmişse de, bugüne dek onlara ilişkin bir metin elde edilememiştir.

Ancak, hemen kaydedelim ki, sözkonusu tarihten önce vatandaşlıkla ilgili hükümler bazı padişah fermanlarında, özellikle başka devletlerle yapılan iki taraflı sözleşmelerde yer almıştır. Nitekim Nasireddin Şah Kocar'ın 1308 (HK) tarihli hattı humayununda olduğu gibi; Şaban 1159 ve 21 Zilkade 1292 (HK) İran ve Osmanlı anlaşmasında, 3.12.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Görevlisi.

1) İran Medeni Kanunu (İMK) toplam 1335 maddeyi içermekte olup, bir başlangıç ve üç cilt halinde derpiş edilmiştir.

"Genel Olarak Kanunların Yayınlanması ve Yürürlüğü ve İcrası" başlığını taşıyan "Başlangıç" (Mukaddeme) bölümü ilk 10 maddeyi kapsamaktadır. 'Mallarda' (der Emval) başlığını alan birinci cilt ise 11-955'nci maddeleri ihtiva etmektedir. "Şahıslarda" (der Eşhas) başlığını taşıyan ikinci cilt 956-1256 nci maddeleri kapsamaktadır. Üçüncü cilt ise, "Davanın İspat Delilleri" (der Edille-e İsbat-e Davi) başlığı altında, 1257 ile 1335'nci maddeleri kapsamaktadır.

Kanunun kabulü özellikle kapitülasyonların kaldırılması amacıyla bir aşamada gerçekleşmeyip, Millet Meclisinin üç ayrı yasama döneminde tamamlanabilmiştir. Nitekim, a) Yasanın ilk 955 maddesi Meclisin altıncı devresinde, 1928 (1307 Hicri Şemsi) tarihinde kabul edilmiş. b) m. 956'dan 1206'ya kadar yani 2. cildin 9. kitabının sonuna kadar ki bölümü ise 1934 (1313 H.Ş.) de Meclisin dokuzuncu kanun koyma devresinde; c) nihayet m. 1207'den sonraki maddeler ise 1935 (1314 H.Ş.) de Meclisin onuncu kurultayında kanunlaşmıştır. (Fazla bilgi için bak: Sadroleşrafi, Hüseyin Ali, İran Miras Hukukuna İlişkin Teşrii Yetki İhtilafları, İst. 1978, s. 16 vd.).

Kanunda yapılan en son değişiklik ise 1979 daki devrimden sonra "İran İslâm Cumhuriyeti" döneminde yapılmıştır. İslami Meclisin kazai komisyonundan geçen sözkonusu tadilin kabul tarihi, 29.12.1982 (8.10.1361 H.Ş.), olup Resmi Gazetenin 12.3.1983 (21, 12. 1361) tarih ve 11084 sayısında yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. (bak: Hacceti Eşrefi, Gulamriza, mecmua-e Kavanin-e Esasi-Medeni, Tahran 1362, s. 29 vd.).

1844 (28 Cemadül evvel 1260 HK) Tarihli İran ve Çarlık Rusyası arasında yapılan anlaşmalarda; nihayet 4.3.1857 tarihli olan İran ve İngiltere arasında varılan ilgili sözleşme de dağınık bir biçimde bu konuyu düzenleyen hükümlere rastlanmaktadır².

Buna karşın, iç hukukta yukarıda da değindiğimiz üzere mevcut ilk kanunî düzenleme, 24 Cemadül Sani 1324 tarihini taşıyan "Vatandaşlık Kanunu" (Esasname-e Tabiiyet; Kanunname-e tabiiyet adıyla ünlüdür) teşkil etmektedir. 15 maddeyi kapsayan bu kaynaktaki kan ve toprak esasları birlikte benimsenmiştir.

Bundan sonra, 1304 (HŞ) de bir teşebbüsün yapıldığını görmekteyiz. Fakat bu teşebbüs başarısızlıkla sonuçlanmıştır. Müteakiben 1308 (HŞ) de 16 maddeden oluşan "Vatandaşlık Kanunu" kabul edilmiştir. 1309 da bu kanuna "Vatandaşlık Kanunu mütemmimi" (Motemmem-e Kanun-e Tabiiyet) ile iki madde daha eklenmiştir³. Böylece kanunî durum; vatandaşlık hükümleri, İMK.'unda düzenleninceye kadar, bu görünümü arzemiş ve sözkonusu kanunlarla yönetilmiştir.

3 — Konunun Medeni Kanundaki Yeri ve Düzenleniş Biçimi

İran Vatandaşlık Hukukuna ilişkin hükümler, MK.nun "Şahıslar" (der Eşhas) ünvanını alan 2. ciltinin⁴ 9. Kitabında "Tabiiyet" (der tabiiyet=vatandaşlıkta) başlığı altında (976 ile 991. maddelerde) toplam 16 maddede düzenlenmiş bulunmaktadır.

Sözkonusu hükümler 9. Kitapta bir tek genel başlık altında toplanmış olup, başka tâli başlıklar mevcut değildir ve alt başlıklara da rastlanmamaktadır.

Kanunun kendisinin yarım yüzyıl, vatandaşlık hükümlerinin kaynağı itibarıyla iki yüzyıla yaklaşan geçmişi olması dolayısıyla yeni gelişmeleri takip etmediği, önemli aksaklık ve eksiklikleri olduğu tabiidir. Öncelikle MK.'nin içerisinde düzenleniş modern hukuk görüşüne uygun düşmemektedir.

İlgili hükümler iyice araştırıldığında, genellikle kendi içinde uyumlu ve tutarlı bir sistem oluşturuyor ise de, vatandaşlık hukukunun muhtelif müesseseleri iç içe ve karmaşık bir şekilde derpiş edilmiştir. Nitekim

976-978'nci maddelerde İran Vatandaşlığının kazanılması yolları (Kan, toprak, sivil ve vatandaşlığa alınma ile); Madde 979-985 de vatandaşlığa alınma çeşitleri; 986-987 nci maddelerde de vatandaşlığın evlenme, doğuş ve ölümle kaybedilmesi hali; madde 988-989 da ise vatandaşlıktan çıkma; M. 990 da ise yeniden vatandaşlığa alınma; nihayet 991. madde de, sözkonusu hükümlerin uygulanmasına ilişkin yayınlanacak yönetmelik hakkında bakanlar kuruluna verilen yetki hakkındadır.

Buna karşın, kanunda yetkili makam kararı ile vatandaşlıktan çıkarma ve kaybettirme gibi kavram ve kurumlar yer almamıştır. Kanımızca bu durumu, gerek Fransız hukuku, gerekse İran hukuku bakımından, fazla yadırgamayıp doğal karşılamak gerekir. Fransız hukuku yönünden bunu tabii hukuk görüşünün üstün olduğu ve altın devrini yaşadığı aydınlanma çağı olan 18 ve 19 yüzyılın hukuk anlayışı ve özgürlük felsefesiyle açıklamak mümkündür. Gerçekten devredilemeyen insan haklarının tanımlanması, tesbiti ve garanti altına alınmasına çalışılan bir devirde bu üstün hakların, özellikle siyasi iktidar tarafından zorla elden alınması pek düşünülemezdi. Bundan dolayı bu mefhumlar, o zamanın hukuk telakkilerine yabancı ve tanınmamış müesseselerdi. İran Hukukuna gelince, bu olay şöyle açıklanabilir: Vatandaşlık hükümlerine kaynak teşkil eden Fransız Code Civil'de adı geçen kavramların mevcut olması MK'nun modern hukuka geçişin ilk ürünü olması, kodifikasyona takaddüm eden meşrutiyet inkılâbi ve despotizme karşı tepki, ve son olarak da, toplumda esen hürriyet ceryanının kanun koyucuyu rejimdeki baskıya rağmen derinden etkilemiş olmasıdır.

4 — Değişiklik Çabaları

Belirtilen vatandaşlık hükümleri, kanunun benimsenmesinden itibaren bazı değişik-

2) Nasiri, Muhammed, *Hukuk-e Beynelmilel-e Hususi, Tahran, S. 47-48.*

3) Nasiri, M., *age, S. 48-49; Ameri, cevad, Hukuk-e Beynelmilel-e Hususi, Tahran 1351 s. 32-34.*

liklere uğramış tadil ve ıslah edilmiştir. Ancak, hemen belirtelim ki; bu çabalar esastan değişiklikler olmayıp, genellikle mevcut sistemin geliştirilmesi ve açıklanmasına yönelik olmuştur. Buna göre, kanuni sistem, yapılan birkaç değişikliğe rağmen baştaki pozisyon ve eski durumunu korumuştur. Şimdi sırasıyla bu alandaki değişikliklere değinebiliriz.

a) İlk değişiklik 1959 (1337 HŞ) tarihinde 989. maddeye yalnız bir fıkra (Tabsire) ilave edilerek yapılmıştır.

b) İkinci olarak 1970 (1348 HŞ) 977 ve 988 de "A" fıkrası değişikliğe uğramış, ayrıca bu maddeye bir "B" fıkrası eklenmiştir.

c) Nihayet, üçüncü değişikliğe 1979 tarihli devrimden sonra, İslâm Cumhuriyeti zamanında yapıldığına tanık olmaktadır. 12.3. 1983 (21, 12, 1361 HŞ) tarihli ve 11084 sayılı resmi gazetede yayınlanan bu tadil işleminde konuya ilişkin olarak şu hususlarla karşılaşmaktayız. İlk olarak 981. madde yürürlükten kaldırılmış, ikinci olarak, 980, 982, 987 ve 991. maddeler üzerinde değişiklik yapılmıştır.

Fakat önemle işaret edelim ki, değindiğimiz bu son değişiklik -birkaç madde değişikliğine rağmen- sanıldığı kadar esaslı olmayıp, aksine yüzeysel bir anlam taşımaktadır. Bu değişiklikleri şu şekilde özetleyebiliriz.

a) Gerçekten M. 980, 982 ve 991 de sözü edilen değişiklikler hukukî manada olmayıp, sadece yeni siyasî iktidar ve düzen değişikliğine ilişkin terim ve kavram değişikliğinden başka bir anlam taşımamaktadır. Eski siyasî ve idari deyimler yerine yeni siyasî rejimin oluşturduğu tabirler kullanılmıştır.

b) Madde 987/1 ek fıkrasındaki değişiklikte yine bir hukukî manada değişiklik olmayıp yalnızca önemsiz -eş anlamda- bir kelime değişikliğinden ibarettir. Buna karşı, 2 nci fıkrada önemli sayılacak değişiklik ise, evlenme ile yabancı devlet vatandaşlığını kazanan İranlı kadın eşin İran'daki taşınmazlara ilişkin mülkiyet hakkının kapsamı konusyla ilgili bulunmaktadır. Şöyleki, yürürlükten kaldırılan eski metin de bu kimselerin ancak, evlendikleri tarihte edindikleri gayrimenkuller üzerinde hakları olduğu, sözkonusu hakkın da miras yolu ile yabancı mirasçılara

geçmiyeceği belirtilmişken, yapılan değişikliklerle bu taşınmaz mallarla ilgili haklarının, ancak yabancılara ekonomik üstünlük (sulta) sağlamadıkça, varlığı benimsenmiştir. Başka bir deyişle, eğer bu hakkın verilmesi, sonuçta yabancı şahısların iktisadi baskı ve hegemonyası sonucuna yol açıyorsa bu söz konusu olamaz. Ayrıca yeni maddede bu hakkın miras yolu ile yabancı mirasçılara geçmiyeceği hakkındaki eski kayda yer verilmemiştir.

c) Nihayet son değişiklikten sonra vatandaşlığa alınmanın iptalini düzenleyen 981. madde yürürlükten kaldırılmıştır.

Buraya kadar söylediklerimizi genel bir değerlendirmeye tabi tutarak diyebiliriz ki; İran Medeni Kanunundaki vatandaşlık mevzuatı aynen Fransız Hukukundan İran Hukukuna aktarılmıştır. Bu hükümlerin batı hukuk (sistemi) ile bu kadar yakın irtibatı olmasına rağmen, İslâm Cumhuriyetinde yapılan değişiklikten sıyrılarak kurtulması ve yerini koruması çok ilginç bir vakıa olmalıdır. Bilindiği üzere, İran İslâm Cumhuriyeti, önceki rejime karşı bir reaksiyon olarak islâm düşüncesine dayandırılarak kurulmuştur. Bu nedenle, bilinçli veya bilinçsiz olsun bu hükümlerin yeni siyasî rejim tarafından da hukukî değere sahip olduğunun kabulü ilginçtir.

Bundan başka, son değişiklikte vatandaşlıktan çıkarma ve kaybettirme gibi kavramların yine de mevzuatta yer alması, başlangıçta İran devriminde esen özgürlük havasıyla olduğu kadar, İslâm hukuk mantığıyla de açıklanabilir. Gerçekten, bugünkü anlamıyla sözkonusu kavramlar, İslam Hukukuna genellikle yabancı olup, fazlaca bağdaşmamaktadır⁵. Bu nedenle, bir hükümet tasarrufu niteliğinde olan bu kurumlar, İran Hukukunda mevcut bulunmamaktadır.

4) Madde 956 dan 1256 ya kadarki hükümleri ihtiva eden ikinci cilt, 10 kitaba ayrılmış olup, sırasıyla şu başlıklardan oluşmuştur : 1- Genel hükümler (der kulliyat) 2- Vatandaşlıkta 3- Ahvali Şahsiye Sicillerinde 4- İkametgâhta 5- Gaiplikte (der Gaib-e Mefkud-ul Eser) 6- Hısımlıkta (der karabat) 7- Evlenme ve Boşanmada (der Nikah ve Talak) 8- Furuğ da (der Evlad) 9- Aile de (der Hanevade) 10- Hacir ve kayyumlukta.

5 — Vatandaşlığın Hukuki Niteliği ve Karakteri :

Fransız Hukukunun etkisiyle uyrukluk mevzuatının İMK.'unda serd edilmesi, hiç şüphesiz geniş olarak tesirini bu mefhumun hukuki mahiyeti ve karakteri üzerinde göstermekte ve tereddütlere yol açmaktadır.

Fransız hukuk sisteminde vatandaşlık müessesesinin Code Civil'e dahil edilmesi, bir yandan tarihî gerekçelerle⁶ açıklanabileceği gibi, o dönemin hukuk anlayışına hakim olan fikirlerle de izah edilebilir. Gerçekten, o sıralarda, çağın üstün ve baskın hukuk görüşüne göre, uyrukluk konusu başlangıçta genellikle sırf hukuki bir sorun, özellikle bir hususi hukuk sorunu olarak gözükmüş; bilahare bu cephesi yanında, kamu hukuku ve sivasî karakteri de ortaya çıkmıştır. Nitekim, bu hukuki aşama ve gelişmenin sonucunda, vatandaşlık maddeleri, Code de la Nationalite den çıkarılarak, yeni gelişmelerin ışığında özel bir kanunda toplanmıştır.

Fransa'da sağlanan bu gelişme ve değişmeye İran Hukukunda maalesef gerek doktrin, gerekse mevzuatta rastlanmamaktadır. Hele yasanın bu tanzim şekli öğreti de önemli bir karışıklığa neden olmaktadır. Değindiğimiz bu hususları açıklayalım.

A - MEVZUAT

Daha önce de söylendiği üzere İMK'un da sevkedilen Vatandaşlık Hukuku birkaç değişikliğe rağmen, halen ilk bakıştaki klasik ve cılız konumunu Medeni Kanunun sistematığı içinde korumaktadır. Böylece Kanun yeni gelişmeleri gerek teknik hukuk, gerekse maddi hukuk açısından takip etmediğinden günümüzün ihtiyaçlarına gereğince cevap vermemektedir.

B - DOKTRİN

Elimizde bulunan çok az sayıda bilimsel eser ve kaynaklara dayanarak doktrindeki durumu aydınlığa kavuşturmaya çalışacağız.

Ünlü hukukçu merhum Prof. Dr. Hasan İmami, İran Medeni Kanunu Şerhi niteliğinde olan altı ciltlik Medeni Hukuk (Hukuk-e Medeni) adlı başlıklı mükemmel eserinde,

MK.nun bu düzenleniş biçimini tenkit ederken, vatandaşlık hukukuna ait hükümlerin iki kısma ayrılarak, asli konuların anayasa veya yine Medeni Kanunda, maddi ve şekli konuların ise özel bir yasada düzenlenmesini önermektedir⁷.

Devletler Hususi Hukuku hocası Prof. Dr. M. Nasiri ise, yasanın bu tanzim biçimini tartışırken, Fransa'daki uygulamaya paralel olarak uyrukluk konusunun MK.nundan çıkarıp özel bir vatandaşlık kanununda düzenlenmesinin uygun olacağını yazmaktadır⁸.

Uyruklüğün Medeni yasada derpiş edilmiş olması belki en önemli ve kayda değer olumsuz etkisini hukuk öğreniminde göstermekte, ayrıca hukuki konumu tartışmalara neden olmaktadır. Ayrıca bunun, Medeni Hukuk konusu mu, yoksa Devletler Özel Hukuku konusu mu olduğu sorusunu ortaya çıkarmıştır.

5) *İslâm Hukukunda iki nevi uyrukluk sözkonusudur. Din ve mezhep kriteri ve esası üzerine kurulan bu ayırma göre, birinci gurubu müslümanlar, ikinci gurubu da zimmiler (ehli kitap) teşkil etmektedir. Bu görüşe göre, asli vatandaşlığa neden olan olgu islamiyet ve müslümanlıktır. Her müslim herhangi bir coğrafi sınır ve ayırım gözetmeden islâm devletinin asli vatandaşıdır. Tali mahiyette vatandaşlığa sebebiyet veren Zimme akdi" ise gayri müslüme tanınan islam devleti uyruklüğünün kazanılması yoludur. Bu sözleşme islam devleti ile gayrimüslim olan ahali arasında yapılır. Gerçekleşen bu hukuki durum ve statünün ortadan kalkması ise her vatandaşlık gurubu için ayrı ayrı olmaktadır. Genellikle birinci guruptakilere islamiyetten ayrıldıkları takdirde irtibat hükümleri, ikinci gurupta olanlara da zimme akdinin feshi ahkâmı uygulanmakta ve ona göre işlem yapılmaktadır (fazla bilgi için bak. Sadroleşrafı, H. age, s. 90-95; Bilmen, Ömer Nasuhi, Hukuki İslâmiyye ve İstilahatı Fıkhiyye Kamusu, C. 3, İstanbul 1950, S. 451 vd., 474 vd.).*

6) Sözkonusu gerekçe için bak : Nomer, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, 3. bası, İst 1984, S. 7-8 ve dipnot No: 8).

7) İmami, Hasan, age, C. 4, S. 160-161.

8) Nasiri, age, S. 49-50.

Hemen işaret edelim ki; maalesef İran hukuk otoriteleri şimdiye kadar bu konu üzerinde yeterince durmamış ve görüşlerini gerekçeli olarak açıkça belirtmemişlerdir. Böylece bu konunun hukuki niteliği ve karakteri azami ölçüde aydınlığa kavuşmamıştır. Umumiyetle bu bilimsel değerlendirmenin sonucu ve hukuki mahiyetin belirlenmemesi dolayısıyla vatandaşlık Hukuku senelerce Tahran Hukuk Fakültesinde hem Medeni Hukuk ders konusu olarak, hemde Devletler Özel Hukuku mevzuu olarak okutulmuş ve ders kitaplarında yer almıştır.

Nitekim Prof. İmami bu konuda hiçbir tartışmaya girmeden uyrukluğa Medeni Hukuk ders kitabında yer verip, incelemiştir⁹.

Buna karşı, Prof. Nasiri, DHH'nun konularını sayarken vatandaşlık ve ikametgâh Hukukunu "Yabancıların Hukuki Durumu" ve "Kanunlar İhtilâfı" yanında Devletler Özel Hukukunun bir konusu olduğunu belirtmiştir. Yazar uyruklu ve ikametgâh konusuna "Şahısların Coğrafi bakımdan taksimi meselesi" (mesele-yi taksim-e coğrafi-e eşhas) başlığı altında yer vermiştir¹⁰.

Yine bu arada eski Tahran Hukuk Fakültesi değerli hocalarından Sayın Cevat Ameri de okuttuğu derslerde vatandaşlık hukukunu DHH'nun bir konusu olarak tetkik etmiş ve bu hususa kitabın sunuşunda değinmiştir¹¹.

6 — Sonuç

Anlaşıldığı üzere, İran Medeni Hukukunu meydana getiren İMK ikili bir görünüm arz etmektedir. Buna göre, kanunun önemli bir bölümü İslam Hukukunun Şii görüşü kaynaklarından aynen alınmış, diğer bir kısım konusu ise batı hukukundan iktibas edilmiştir. Bu arada Vatandaşlık hukuku mevzuatı'nda 1804 tarihli Fransız Code Civil'den adapte edilmiştir.

Fazla bir açıklamada bulunmadan yasanın bu yapısıyla ilgili olarak hemen bir hususa işaret etmek gerekir ki; MK'daki bu ikili görünüm, yani, aynı çatı da hem islâm hukuku hem de batı hukuk sistemlerinin birlikte toplanmış olması, hukuk tarihinde Osmanlı İmparatorluğunun son yüzyıl hukuk mantık ve kafa yapısına hakim olan nizamiye ve şe-

riye düzenini anımsatmakta, fakat oradaki katı çizgi ve ayırım yerine, İran kanun koyucusunun ılımlı bir mezc ile bu ikisine aynı sistematik içinde yer vermesi ilginç ve başarılı bir sentez ve beceri olmuştur, diyebiliriz.

Mevcut kanuni hükümlerin yeterli olmaması, birkaç değişikliğe rağmen bu alanda gerek şekli, gerekse maddi anlamda sağlanan ilerlemeleri yansıtmaması, önemli bazı eksiklik ve aksaklıkları olması, nihayet biçimsel olarak yeni kanun tekniğine uygun düşmemesiyle beraber yine de kendi içinde tutarlı bir sistem oluşturmuştur, denebilir.

Kanunda kan ve toprak esasları vatandaşlığın kazanılmasında kanuni bir kriter ve sebep kabul edilmiştir. Fakat vatandaşlığın kazanılma yolları, bir tertip ve sıra içinde değil, geliş güzel karışık bir şekilde düzenlenmiştir.

Bugün, bilinçli veya bilinçsiz olup olmadığını bilmediğimiz bazı müesseseler örneğin vatandaşlıktan çıkarma ve kaybettirme gibi kavramlar, kanunda baştan beri yer almamıştır. Buna rağmen bu konuda Fransız hukukunun etkisi düşünülmeyle birlikte İranda, gerek Pahleviler döneminde gerekse İslam Cumhuriyetinde geniş çapta hukuk alanında girişilen reorganizasyona ülkede patlak veren siyasi ve içtimai devrimin ve özgürlük havasının etkisinin küçümsenemeyeceği kanısındayım.

Medeni Kanunda 16 madde içinde sıkışık kalan uyruklu mevzuatının bu yasada düzenlenmesi, gerek doktrin ve gerek tatbikatta karışıklığa ve tenkide uğramasının yanı sıra, bizatihi bu mefhumun hukuki niteliği üzerinde etkili olmakta ve konu itibariyle hangj ana bilim dalının inceleme sahasına girdiği, tereddütlere neden olmaktadır.

Şayani dikkattir ki; meşrutiyete karşı bir reaksiyon rejimi olarak kurulan İran İslâm Cumhuriyetinde bu alanda yapılan son değişikliğin, beklenenin aksine, çok yüzeysel kalması nedeniyle önceki rejimce kurulan ve benimsenin hukuk düzeninin batı hukukundan mülhem ve bu kadar sıkı ilişkisine rağmen,

9) İmami C. 4, S. 160-176.

10) Nasiri, S. 14 vd.

11) Ameri, age, S. 3, 24-74.

yeni siyasî rejim tarafından da hukukî kıymet taşıdığını ve hukukî önemini koruduğunu ortaya koymaktadır.

Görüşümüzü açıklarsak, kanımızca vatandaşlık hükümlerini MK. dan çıkararak, yeni gelişmelerin ışığında özel bir vatandaşlık kanunda yeni baştan düzenlenmesi amaca uygun olur. Mevcut sistem, bugün İran İslâm Cumhuriyetinin benimsediği İslâm şeriatına uygun olmamak, hatta aykırı¹² olmakla birlikte iyi bir sistem olduğundan korunması uygun olacaktır. Bu nedenle yeni düzenlemede bu sistemin gözönünde bulundurulmasının doğru olacağını kabul etmekteyiz.

Fikrimizce vatandaşlık mefhumu, DHH. karakterine sahip bir kavramdır. Bundan dolayı Vatandaşlık Hukukunu Klasik Medeni Hukuk bilim dalı içinde değil, başka cihetlerin yanı sıra, kanunlar ihtilafı sisteminin tatbiğinde, ve uygulanacak milli hukuku tayin ve tesbitte çok önemli bir "bağlama noktası" olarak vazgeçilmez bir rolü bulunduğundan, DHH'nun özel bir disiplini olarak benimsenip, ele alınmasının daha isabetli olacağı inancın-

dayız. Savunulan bu görüş, kabul edilen kanunlar ihtilafı sistemi bakımından da uygun karşılanabilir. Bilindiği üzere İran kanunlar ihtilafı kuralları, şahsi kanunun tayininde bağlama noktası ve sebebi olarak, millî kanuna itibarla, vatandaşlık kıstasını esas almıştır¹³.

12) *İslâm Vatandaşlık Hukukunda sözü edilen farklılık konularını şu üç noktada toplamak mümkündür: Birincisi Dünya (başka ülkeler müslümanlarının hukuki durumu; ikincisi, zimme akdi yapabilecek ehli kitap denilen gayrimüslim topluluklarının statüsü; üçüncü olarak zimme akdine taraf olamıyacak kitap ehli olmayan gayrimüslim unsurların Konumu (fazla bilgi için bak. Sadroleşrafi, age, S. 90-95) kanımızca söz konusu sorunlara milletlerarası hukuka uygun olarak cevap bulununcaya kadar mevcut sistemin kolayca değiştirilemeyeceği görüşüdeyiz.*

13) *Bak : İran Medeni Kanunu, Madde; 6, 7, 962-963-964-965 ve 967. Ayrıca bu konuda fazla bilgi için bkz: Sadroleşrafi, age. s. 178 vd.*

AKDÎ İLİŞKİDE UYGULANACAK HUKUK - MÖHUK m. 24 ve ZİMNÎ HUKUK SEÇİMİ

Prof. Dr. Gülören TEKİNALP*

Milletlerarası Özel Hukukta akdî ilişkinin tabii olduğu hukuk subjektif ve objektif olmak üzere iki şekilde tesbit edilebilir. **Sübjektif** tesbit yani taraf iradelerine uygulanacak hukuku belirlemek imkanının tanınması, hukuk seçimi ilkesinin kabulü anlamına gelir. Taraflar bu şekilde kendi ilişkilerine en yakın gördükleri, özel menfaatlerini en iyi şekilde koruduğunu düşündükleri, önceden bilebilecekleri bir hukukun uygulanmasını sağlayabilirler. Bugün, bu imkan milletlerarası özel hukuk alanında bütün modern hukuklarda taraflara yasa hükmü ile tanınmaktadır. Böylece taraflar aralarındaki ilişkiyi tamamlayıcı ve emredici hükümleri ile birlikte seçtikleri hukukun hakimiyetine bırakmaktadırlar¹. **Objektif** tes-

bit ise çeşitli şekillerde tezahür edebilmekle beraber daha çok akdi ilişkide inikat yeri, ifa yeri, malların bulunduğu yer, karakteristik edim borçlusunun ikametgahı veya mutad meskenine bağlama şeklinde ortaya çıkmaktadır. 1982 yılında yürürlüğe giren MÖHUK m. 24'te akdi ilişkinin tabii olduğu hukuk sübjektif ve objektif biçimde şöyle ifade edilmiştir :

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

1) *Aksini kabul Milletlerarası Özel Hukukta kabul edilen hukuk seçimi değil iç hukuktaki akit serbestisi anlamına gelir.*

"Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri kanuna tabidir.

Tarafların açık olarak bir kanun seçmemiş olmaları halinde borcun ifa yeri hukuku, borcun ifa yerinin birden fazla olması halinde borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yeri hukuku, bu yerin de tesbit edilemediği hallerde ise, sözleşmenin en yakın irtibat halinde bulunduğu yer hukuku uygulanır."

Maddeden anlaşıldığı gibi sübjektif bağlamada tarafların açık bir şekilde yapacakları hukuk seçimine herhangi bir sınır getirilmemiştir. Burada düşünülebilecek tek sınır iç hukuk akdidir. Öyleyse yabancılık unsuru bulunan bir akitle taraflar kendi uygun buldukları hukuka tümü ile ilişkilerini tabi kılabilirler. Objektif bağlamada ise ağırlıklı edimin (karakteristik edim) ifa yeri hukuku esas alınmıştır. Son yıllarda hemen bütün yeni kanunlarda², tasarılar da veya antlaşmalar da objektif kural, bu çeşit kuralda amaç ve nitelik gereği değişimleri önleme özelliğine sahip bulunan "karakteristik edim borçlusunun akdin inikadı sırasındaki mutad meskeni³ hukuku" olarak kabul edilmektedir. Akdin inikat yeri değişmemekle beraber tesadüfi olabilir. İfa yeri ise sonradan değiştirilmeye ve bu sebeple de hangi ifa yeri hukukunun uygulanacağı konusunda tereddüt uyandırmaya elverişlidir. Anılan sakınca gözönünde tutularak MÖHUK hükmünün son gelişmelere uygun bulunan karakteristik edim borçlusunun akdin inikadı anındaki mutad meskeni veya ikametgahı hukuku şeklinde düzenlenmesi daha yerinde olurdu⁴.

1. Hukuk Seçimi İlkesi ve MÖHUK

Yabancı unsurlu akitte taraflar hukuk seçimi yaparlarken açıkça bir hukuku kararlaştırabilecekleri gibi, bunu zımnî, hatta farazi olarak da yaparlar. Ancak farazi irade beyanı bugün milletlerarası özel hukukta genel kabul görmediğinden burada ele alınmayacaktır⁵. Hukuk seçimine ilişkin irade beyanlarının zımnî olması, tarafların belli bir hukuku akdi ilişkiye uygulamak istedikleri, bu konuda **şuurlu**⁶ oldukları sadece iradelerini açık-

ça beyan etmedikleri şeklinde anlaşılmaktadır⁷. Genellikle akitte kullanılan deyimlerin ve hukuki müesseselerin hep belli bir hukuka ait olması, hep aynı hukuktaki örf ve adetlerin esas alınması tarafların anılan hukuku zımnî seçtikleri anlamında yorumlanmakla beraber, bu konuda tarafların bilinçli olması en önemli şarttır. Çünkü yabancı kişiler belli bir dil ve onun kavramları üzerinde sadece anlaşma kolaylığı sağlamak amacıyla da birleşebilirler.

MÖHUK m. 24 l'e göre taraflar akdi ilişkiye uygulanacak hukuku kendileri tesbit etmek istiyorlarsa bunu **açık** bir şekilde yapmak zorundadırlar. Türk kanunlar ihtilafı kodu hazırlanırken zımnî hukuk seçimi ve farazi hukuk seçimi imkânları kanun metnine alınmamıştır. Hazırlık çalışmalarının başladığı 1975 tarihinden itibaren bilinçli olarak bu şekilde hareket edilmiştir⁸. Hukuk seçiminde farazi iradenin araştırılması tereddütsüz reddedilirken, bunun gerçek bir taraf iradesi olmadığı da gözönünde bulundurulmuştur. Zımnî irade beyanı ile hukuk seçiminin reddinde

- 2) 1982 tarihli Alman Tasarısı m. 28 (2) [RabelsZ (47) 1983, 711]; 1982 tarihli İsviçre Tasarısı m. 114 (Boschaft zum Bundergesetz über das internationale Privatrecht); Akdi İlişkide Uygulanacak Hukuk Hakkında AET Sözleşmesi m. 4 (2) [Rabels Z (6) 1982, 200].
- 3) Şirketler hakkında ise esas ikametgâh bağlama sebebidir.
- 4) Tekinalp, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 2. bası İstanbul 1983, 241.
- 5) Bütün yeni kanunlarda, tasarılar da ve milletlerarası sözleşmelerde bu çeşit hukuk seçimi terkedilmiştir. (Bkz. dn. 2).
- 6) BGE 82 II 552/3; 87 II 194.
- 7) STAUDİNGER/FİRSCHING Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Teil 2 b Auf. 10/11, Berlin 1978, Bem. 313 Vor Art. 12; SCHÖNENBERGER/JÄGGI Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht. V 1 a, Zürich 1973, 72, N. 203.
- 8) Bkz: Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Kanunu Öntasarısı 22-24 Kasım 1976 İstanbul 197, m. 21 ve sayfa 18, 165 vd.; TEKİNALP (dn. 4), 240.

ise tarafların akitlerinde belli hukuka ait deyimleri anlaşılabilir ortak bir dil bulmak amacı ile mi kullandıkları, yoksa bu konuda hukuk seçimine yönelecek şekilde şuurlu mu olduklarını tesbit güçlüğü önemli rol oynamıştır. Bugün yabancılik unsuru bulunan özel hukuk ilişkileri o derece gelişmiş ve yaygınlaşmıştır ki tarafların akit yaparken uygulanacak hukukun tesbitinin yararları konusunda genellikle bilinçli oldukları kabul edilebilir. Bu durumda MÖHUK m. 24 I onlara akdi ilişkilerini istedikleri hukuka tabi kılma imkanı vermektedir. Ancak anılan Kanuna göre yabancı unsurlu ilişkide hukuk seçimi yapabilmeyenin şartı bu konuda açık irade beyanının bulunmasıdır.

2. Hukuk Seçimi Yapmama Halinde MÖHUK'a Göre Uygulanacak Hukuk

Taraflar, uygulanacak hukuku MÖHUK m. 24 I'ne göre açık bir şekilde seçmemişlerse akdi ilişki objektif bağlama kuralının hakimiyeti altına girer. Türk hukukunda, hakim akdi ilişkiye tarafların zımnî hukuk seçiminde bulunmuş olup olmadıklarına bakmaksızın objektif esasa göre tesbit edilmiş, MÖHUK m. 24 II'de kanun hükmü haline gelmiş bulunan ağırlıklı (karakteristik) edimin ifa yeri hukukunu uygular.

3. MÖHUK m. 24 ve Atıf Uygulaması

Milletlerarası Özel Hukuka ilişkin bağlama kurallarının uygulanmasının emrettiği hukukun kanunlar ihtilafı kuralları da dahil olmak üzere tümü ile sözkonusu ilişkiye uygulanması MÖHUK m. 2'nin emridir. Ancak bu kural akdi borç ilişkilerinde de aynı kapsamda geçerli midir? Yoksa aksini düşünmek mümkün müdür? sorusu cevaplanmalıdır.

a. Hukuk Seçimi Yapılmışsa

Hukuk seçiminin taraflarca yapıldığı halde MÖHUK m. 2 III'de yer alan: "Uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının bir başka hukuku yetkili kıması halinde bu hukukun maddi hükümleri uygulanır." hükmünün sırf lâfzî yorumuyla hukuk seçimi ilkesi ile bağdaşmayan bir sonuca varılır. Çünkü, eğer taraflar aksine açıklık getirmemişlerse uygulanmasını istedikleri hukukun maddi hukuk hükümlerine yönelirler. Bu husus hukuk seçimi ilkesinin amacını teşkil eder⁹. Amaca ve ihtiyaca uygun yorum bu alanda atfın reddini gerektirir. Aksi halde hukuk seçimi ile elde edilmek istenen yararlar sağlanamaz.

Bunun yanında tarihi yorum metodu kullanılırsa MÖHUK hakkındaki ilk tasarılar da atfın reddedildiği, yani düzenlenmeyerek nazarı itibare alınmadığı ortaya çıkar¹⁰.

Atıf, önce "geriye atıf" şeklinde Adalet Bakanlığının son tasarısına (1980) girmiş, daha sonra Güvenlik Konseyinde "devam eden atıf" da metne dahil edilmiştir. Yani kanunu hazırlayan teknik kurulların işe müdahale edemeyecekleri safhalarda değişiklikler yapılmıştır. Bu durumda da "geriye" ve "devam eden" atıf kabul edilirken hukuk seçimi halinde istisna yapılması gereği gözden kaçırılmıştır. Yeni yabancı kanun ve tasarılar da durum tamamen değişiktir: ya atıf prensip olarak reddedilmekte kanunda istisna yapılırsa uygulanacağı bildirilmekte ya da genel olarak kabul edilirken, hukuk seçimi imkanı verilen hallerde nazara alınmayacağı belirtilmektedir. (Alman Tasarısı m. 4, Avusturya Kanunu m. 11)¹¹.

9) Akdi ilişkide hukuk seçimi yapılmışsa yazarlar atfı tümü ile reddetmektedirler. Bu konuda bkz. SOERGEL/KEGEL, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. VI 10/11 Aufl.* Berlin 1970, Bem 278, EGBGB, Art. 7; STAUDINGER/FIRSCHING (dn 7), Art. 7, N. 350; RAAPE *Internationales Privatrecht*, 5. Auflage, Frankfurt 1961, 70; VISCHER *Internationales Vertragsrecht*, Bern 1962, 80; NEUHAUS, *Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrecht*, Berlin/Tübingen 1962, 260; TEKİNALP (dn 4), 233; Aynı konuda ÇELİKEL, *Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Atıf Prensibinin Uygulanması*, MHB 3 (1983) S. 2, 3; NOMER, *Devletler Hususi Hukuku* 3. bası İstanbul 1984, 172 vd.

10) *Sempozyum* (dn. 8), 8 vd.; 32; TEKİNALP, *Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Tasarısı*, IHFM 1980, 101 vd.

11) Ayrıca mesela, İsviçre Tasarısında isme uygulanan hukuk (m. 35) gibi veya kişinin hukuku ve aile hukuku meselelerindeki geriye atıf gibi (m. 13 II b.).

Diğer yandan Teknik bir kanun olan MÖHUK, yasama meclisinde hiç tartışma yapılmadan kabul edilmiştir. Şu halde tarihi metodla yorum yapılırken hazırlık çalışmalarındaki eğilim ağırlıklı bir şekilde gözönünde bulundurulmalıdır.

b. Hukuk Seçimi Yapılmamışsa

Hukuk seçimi yapılmayan akdî ilişkilerde uygulanacak hukuk objektif esaslara göre tesbit edilirken, o hukukun bütün hükümleri mi (yani kanunlar ihtilafı hükümleri de dahil), yoksa maddi hukuk hükümleri mi gözönünde bulundurulur konusu tartışmalıdır¹². Eğer sadece maddi hukuk hükümleri gözönünde bulundurulur diyebilirsek bir sorun çıkmayacaktır. Fakat MÖHUK m. 2 IIII karşısında bu iddiayı ileri sürmek güçtür. Aksi kabul edilince de objektif bağlamanın gösterdiği hukukun kanunlar ihtilâfı kuralı, hukuk seçiminde açık irade beyanı yanında zımnî irade beyanını da kabul ediyor olabilir¹³. Böylece Türk hakimi önüne gelen olayda yabancı ifa yeri hukukunun kanunlar ihtilâfı kuralına dayanarak tarafların zımnî hukuk seçimi yapmadıklarını araştırmak zorunda kalacaktır. Bu sonuç zımnî hukuk seçiminin sebep olacağı bütün tereddütlerden ve doğuracağı sa-

kıncalardan kaçmanın mümkün olmadığını göstermektedir.

Hatta MÖHUK m. 24'ün kurduğu sistem eğer zımnî hukuk seçimi ilkesi kabul edilseydi ortaya çıkabileceklerden biraz daha fazla sakınca getirmektedir. Çünkü zımnî hukuk seçimi kabul edilseydi, hukuk seçimi ilkesi mantığına uygun olarak bu şıkta da atıf reddedilebilecekti. Bu yapılmayınca, objektif kurala dayanılarak tesbit edilen hukukta hukuk seçiminin yapılış şekli bizim için de bağlayıcı olmaktadır. Böylece MÖHUK m. 24 l'de kabul edilmeyen zımnî hukuk seçiminin var olup olmadığının dolaylı bir şekilde, yani objektif kuralın uygulanması sırasında araştırılması zorunluğu ortaya çıkmaktadır.

12) *Atfı kabul edenler* : Soergel, *Kegel* (dn. 9) *Bem. 278, Art. 7 EGBGB*; WOLF, *Das Internationale Privatrecht Deutschlands, 3 Auf 1. Berlin 1954, 78, 143*; *Atfı reddedenler* : VISCHER (dn. 9) 111; STAUDINGER/FIRSCHING (dn. 7) nr. 350; RAAPE (dn. 9), 70.

Alman tatbikatı da objektif bağlamada atfı uygulamaktadır. (BGH. 10.1.1958, NJW 1958, 418; 14.2.1958, NJW 750).

13) *İsviçre Tasarısı* (dn. 2) m. 113 II; *Alman Tasarısı* (dn. 2), m. 27 (1); *AET Sözleşmesi* (dn. 2) m. 3 (1); *Avusturya Kanunu* (dn. 2) m. 35.