

BAZI YABANCILARIN KARŞILIKLILIK ARANMAKSIZIN TAŞINMAZ EDİNMESİNİ SAĞLAYAN KANUNUN İPTALİ HAKKINDA ANAYASA MAHKEMESİ KARARININ DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ

*Prof. Dr. Vedat Raşit SEVİĞ **

Anayasa Mahkemesinin her zamanki ciddi araştırma ürünü olan kararları arasında araştırmasındaki kapsamı ve yüksek bilimsel düzeyi açısından en önemli kararlarından sayılabilen 13 Haziran 1985 tarihli kararı büyük övgüye değer.

Bilindiği üzere sözkonusu 13 Haziran 1985 tarihli kararın sayıları esas (1984/14) ve Kararı (1985/7) olup konusu 22.12.1934 tarihli ve 2644 sayılı Tapu Kanununun 37. maddesine birer fıkra eklenmesi hakkındaki 21 Haziran 1984 tarihli ve 3029 sayılı Kanun'un birinci ve ikinci ve bunlarla birlikte üçüncü ve dördüncü maddelerinin iptaline ilişkindir.

İptal davasını açan T.B.M.M. Ana Muhalefet Partisi (Halkçı Parti Meclis Grubu adına) Başkanı Sayın Necdet Calp idi. İptal isteminde 3029 sayılı kanunun Anayasanın başlangıç bölümü ile 3., 7., 16., 44. ve 35. maddelerine aykırı bulunduğu ileri sürülmekteydi.

Anayasa Mahkemesi kararında sözkonusu anayasa maddelerinden 44. ve 45. maddelere ilişkin iddialar varit görülmeyip sözkonusu 3029 sayılı kanunun birinci, ikinci, üçüncü ve dördüncü maddeleri Anayasanın başlangıç bölümü ile 3. ve 7. maddelere aykırılık nedeniyle iptal edilmiştir.

Anayasamızın yapısı çerçevesinde Anayasa Mahkemesinin bu kararı ile 3029 sayılı kanunun sözü geçen hükümleri kesin olarak iptal edilmiş bulunmaktadır. Bu itibarla doktrinden gelebilecek herhangi bir eleş-

tiri, durumu asla değiştirmez. Bununla birlikte biz Devletler Özel Hukukunu yıllar yılı okutmuş bir eski öğretim üyesi olarak bu kararın gerekçesinde yer alan bazı hususlar hakkında düşüncelerimizi Anayasa Mahkememizin ilerideki iptal istemleri hakkında verebileceği kararların gerekçelerine doktrin açısından bir ufak katkıda bulunabilmek umuduyla aşağıdaki satırlarda ifade ediyoruz.

KARŞILIKLILIK ESASI VE ÜLKE BÜTÜNLÜĞÜ

Anayasa Mahkemesinin gerekçeleri arasında önemli bir yer tutan husus karşılıklılık (müttekabiliyet) esasının «devletlerin ülkeleri üzerindeki egemenlik haklarının doğal sonuçlarından biri» olması ve «Tapu Kanununun 35. maddesindeki karşılıklılık ilkesi ile Köy Kanununun 7. maddesindeki yasaklayıcı hüküm sayesinde bu güne kadar ülke topraklarının büyük miktarda yabancıların eline geçmesi önlenememiş» olmasıdır.

Ayrıca iptal isteminde «yabancılar tarafından mülk edinilen ülke toprağı ülkeden kopma durumuna gelebilecektir» denilmekte ve bunun şimdi İsrail devletini teşkil

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

eden bölgedeki örneğine de değinilmektedir.

Kanımızca iptal istemindeki bu nokta aslında konunun özünü teşkil eder. Nitekim karar gerekçesinde haklı olarak «Toprak ile alâkalı konuda insan haklarına saygılı, ölçülü bir sınırlama Devlet için bir nefsi müdafaa tedbiri niteliğindedir» denilmektedir.

Biz de şunu ilave edebiliriz ki karşılıklılık insan haklarına saygı sınırları içerisinde Uluslararası Hukukun kabul ettiği ana ilkelerden biridir. Hatta şunu da gözönünde bulundurmak gerekir ki karşılıklılık bazen insan haklarını da sınırlayabilir. Örnek savaş durumunda düşman uyrukların dava hakkının tanınmaması durumunda olduğu gibi.

Yalnızca şunu da ifade etmek isteriz ki karşılıklılık tek nefsi müdafaa tedbiri değildir ve karşılıklılığın kanunda yer almadığı durumlarda egemenlik elden gitmiş de değildir. Açıklayalım: Eğer mütekabiliyet yeterli olsaydı 1924 yılında Köy Kanununun 87. maddesindeki yasağa başvurulmazdı, yani yabancıların köyde taşınmaz alma yasağı konmazdı. Zaten mütekabiliyet Lozan Barış Andlaşmasına bağlı İkamet ve Adli Selâiyet Sözleşmesinin tüm sözleşmeye hakim olan birinci maddesinde yer almaktaydı. Zaten şu noktaya çok dikkat edilmelidir ki «muslihane hulul» denilen yerleşme suretile toprak koparmağa ülke bütünlüğüne kastetmeğe yönelik bir girişim pekâlâ kendi ülkesinde kastettiği devletin uyruklarına taşınmaz mülkiyet hakkını tanıyan bir devletten de sadır olabilir. Bu durumda ise mütekabiliyet şartı hiç bir işe yaramaz. Hiç bir savunma imkânını vermez.

Vakıa denilebilir ki böyle bir durumda biz de onun ülkesinde toprak alıp misliyle mukabele ederiz. Toprak almak için toprağını satmağa razı mâliklerin bulunması şarttır. O halde yine mütekabiliyet tam bir savunma aracı olmadığı gibi bir mukabil saldırı aracı da değildir.

Mütekabiliyet şartının aranmaması ise bir egemenlik noksanını beraberinde getirmez. Bu gün birçok Batı Avrupa ülkesi

mütekabiliyet şartını aramaksızın yabancıların taşınmaz mal edinmesine müsaade eder. Bu ülkelerin egemenlik hakkında bir eksiklik henüz sezilmemektedir. Hatta bunlardan Fransa'nın Birleşmiş Milletler Güvenlik Kurulu'nda veto hakkı bile vardır ki bu yetkiden yüzden fazla egemen devlet yoksun bulunmaktadır.

Kaldı ki Türkiye bazı konularda mütekabiliyet şartını ileri sürmeden hiç değilse kanunlarında bu şartları ileri sürmeden yabancılara hak tanımaktadır. Örnek vermek gerekirse yabancıların mahkemeye başvurma hakkı konusunda, sonra yabancıların kanunların özellikle ceza kanunlarının hi-mayesi altında bulunması konusunda.

KANUNUN BAKANLAR KURULUNA YETKİ VERMESİ VE ANAYASA'NIN 7. MADDESİ

Anayasa Mahkemesinin 3029 sayılı kanunla ilgili kararının gerekçeleri arasında hangi ülkeler konusunda mütekabiliyetin aranmayacağını tespit etme konusunda yetkinin 3029 sayılı kanunla Bakanlar Kuruluna verilmiş olması Anayasanın 7. maddesinin ışığı altında iptal nedeni olarak mütalaa edilmektedir.

Gerçekten Anayasanın 7. maddesi kesin ifadeyle Bakanlar Kurulunun yetkilendirilmesini yasaklar gibi görünmektedir. Vakıa Kanun hükmünde kararnamelerin çıkarılabileceği aynı Anayasanın 91. maddesinde yer almaktaysa da kişisel hakların bu yoldan düzenlenemeyeceğine dair sarihata vardır.

Buna karşılık Anayasanın 115. maddesi kanunun uygulanmasını göstermek için Bakanlar Kurulunun Danıştaya inceleterek tüzükler çıkarabileceğini kabul eder.

Kanımızca, kuvvetler ayrılığı ilkesine sadık kalmakla birlikte yürütmenin önemli bir ögesini teşkil eden Bakanlar Kurulunun icraatından fazla çekinmek doğru olmaz. Dikkat edilecek olursa dış alemle ilişkilerimiz konusunda bazı önemli kanunlar Bakanlar Kuruluna geniş kapsamlı yetkiler vermektedirler. Örneğin Pasaport Kanununun giriş kapılarını tespit yetkisini

Bakanlar Kuruluna bıraktığı gibi Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri hakkındaki Kanunun 2. maddesi Bakanlar Kuruluna bazı durumlarda yabancıları Türkiye'nin bazı bölgelerine almamak veya orarlardan çıkarmak yetkisini vermektedir. Bunun gibi Türkiye'de Türk Vatandaşlarına Tahsis Edilen San'at ve Hizmetler hakkındaki Kanun yabancıların Türkiye'de icra edebilecekleri meslekleri kısıtlama hakkını Bakanlar Kuruluna vermektedir. Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanunu ise hangi fiillerin yasaklanacağını tayin görevini Hükûmete bırakmaktadır.

Denilebilir ki bu kanunlardan ilk üçüne karşı Anayasa Mahkemesinde dava açılmış olduğu için bu konuda iptal kararı ortaya çıkmamıştır. Doğru olmakla beraber bu sonuç Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanunu hakkında varit değildir, çünkü bu sonucu kanun hakkında iptal davası açılmış olup, iptal red olunmuştur. Anayasa Mahkemesinin red gerekçesi şuydu ki, suçun kanunî unsuru hükûmetin çıkaracağı kararlara uymamaktır.

Aslında gerekçe olarak ileri sürülmesi gereken bir husus vardı, o da şuydu: Milletlerarası ilişkilerde yani Türkiye dışındaki âlemle olan ilişkilerinde çoğu kez Bakanlar Kuruluna yetki tanımak gerekir ki Devletin savunması daha süratli olabilsin. Bu yalnız hakların kısılması alanında değil bazen tanınmasında da sözkonusudur. Nitekim Pasaport Kanununa göre Bakanlar Kurulu yeni giriş kapıları açtırabileceği gibi Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanununa göre hükûmet, kısıntıları azaltabilir.

Zaten Andlaşmaların yapımında yürütmenin rolü çok önemlidir. Andlaşmanın hazırlanması yürütmenin elemanlarına ait olduğu gibi, Türkiye Büyük Millet Meclisinden izin aldıktan sonra onaylanması da yürütmeğe aittir. Hatta onaylamayı süresiz geciktirmek dahi yine yürütmenin yetkisindedir. (Eğer 1920'den 1961'e kadar andlaşma onaylaması yetkisi T.B.M.M. ne ait idiyse bunun nedeni 1920'den Cumhuriyetin ilanına kadar uygulanmış olan Meclis Hükûmeti sisteminden ve sonra da onun

meydana getirmiş olduğu alışkanlıktan kaynaklanmaktaydı).

Özet olarak gerek hak kısıtlamasında gerekse hak vermede dış âlemle ilişkilerde Bakanlar Kurulu kanunun müsaadesiyle ve Uluslararası Hukuka uygun olarak yetki kullanılabilir.

Anayasa Mahkemesi, 3029 sayılı kanunda bir çok yönlerin düzenlenmiş olduğu (yabancının alacağı arazinin miktarı, emlâkin adedi, alınma amaçları, satın alma koşulları, devir ve ferağa uygulanacak ilkeler) gibi konularda yürütmenin sübjektif hakları etkileyen bir kural koyma yetkisi Bakanlar Kuruluna ait olmaması gerektiği sonucuna varmaktadır.

Oysa zaten mütekabiliyet var olduğu durumlarda sözkonusu sorunlar Tapu Kanununca nasıl düzenlenmiş ise bu mütekabiliyet açısından istisnaî durumda da aynen uygulama olması 3029 sayılı Kanunun birinci maddesinin lâfzına göre doğal idi. İkinci maddede de aynı hüküm kıyasen uygulanacaktı. O halde Meclisin bir yetki devri sözkonusu olmayıp yalnızca istisnadan yararlanacak ülkeler ve yerlerin tesbiti konusunda görevlendirme vardı. (Pasaport Kanunundaki görevlendirme gibi).

SONUÇ :

Kanımızca, 3029 sayılı Kanunun Bakanlar Kuruluna yetki vermiş olmasının Anayasanın 7. maddesine aykırı olduğunu kesinlikle ileri sürmek mümkün değildir. Ayrıca mütekabiliyet esası daha çok, Türklerden hak esirgeyen devletlere karşı, kendisinden yarar umulduğunda gözönünde bulundurulması gereken bir esas olup «muslihane hulul» (yani barışçı yollardan istilâ) tehlikesine karşı tam bir güvence sayılmaz.

Bu alandaki güvence Türk mevzuatında Köy Kanununun 7. maddesi hükmünde, Türk Vatandaşlarına Tahsis Edilen San'at ve Hizmetler hakkındaki Kanunun 8. maddesinde ve abancılardan İkamet ve Seyahatleri hakkındaki Kanunun 2. maddesinde yer almaktadır. Bu güvencenin Anayasal daya-

nağı ise Anayasamızın Başlangıç bölümünde yer almaktadır.

Acaba, 3029 sayılı Kanun Türkiye'yi, Köy Kanununun 7. maddesinin sağladığı güvenceden yoksun mu bırakıyordu? Aslında, eğer 87. madde tümünden kaldırılmış olsaydı yine iki güvence kalmaktaydı. Vatandaşlara Tahsis Edilen San'at ve Hizmetler Kanundaki ve Yabancıların İkamet ve Seyahati Kanunundaki güvenceler. Bu sonucu kanun bilindiği üzere Bakanlar Kuruluna Türkiye'nin bazı yörelerinden bazı yabancıları uzaklaştırma yetkisini vermektedir. O halde bu durumda yine güvence devam edecekti, fakat Bakanlar Kurulunun yükü ağırlaştırılmış olurdu. Dikkat da edilsin ki 3029 sayılı kanun tarımsal faaliyet konusunu yine yabancıya yasaklamaktaydı. Ne var ki bu kanun çıkıncaya kadar petrol ve turizm alanları dışında Köy Kanununun 87. maddesine istisna getirilmemiş iken 3029 sayılı Kanun istisnalar tanıma imkânı alanını büyük ölçüde genişletmiş bulunuyordu. Yine de unutmayalım ki Vatandaşlara Tahsis edilen San'at ve Hizmetler Kanunu «Vilâyet ve kaza merkezi olmayan mahallerde ecne-

bilerin dükkân açması memnudur» diyen hükmü 3029 sayılı Kanunu gene de bir ölçüde sınırlamağa devam etmekteydi. O halde tek tehlike, yabancıların kentte ticaretle kazanıp vatandaşlarını kütle halinde köyle-re, orada aldığı topraklar üzerinde yerleş-tirmesi olurdu.

Özetleyecek olursak, 3029 sayılı Kanun ne mütekabiliyet açısından ne de Bakanlar Kuruluna vermiş olduğu yetki açısından Anayasamıza ters düşmüyordu. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesi Başkanı sayın Semih Özmert, Başkan Vekili sayın Orhan Onar, üyeleri sayın Mehmet Çınarlı ve Mustafa Şahin'in bu doğrultudaki görüşlerine katılmaktayım. Ne var ki Anayasa Mahkemesinin incelemiş olduğumuz bu kararı, Köy Kanununun 87. maddesine getirilecek genişçe kapsamlı istisnaları önlemiş olması bakımından Anayasamızın başlangıç bölümündeki hükme uygundur. Bu itibarla, ileride, bu meal ve doğrultuda bir kanun yapılacak olursa uygulanma alanının sınırlarının daha açık biçimde belirtilmiş olması gerekecektir.

ALMAN MAHKEMESİNİN İKİ TÜRK VATANDAŞI HAKKINDAKİ BOŞANMA KARARI

*Dr. Şeref ÜNAL **

Charlottenburg Sulh Hukuk Mahkemesi
Tarih : 17.7.1985

OLAY

Taraflar 22 Aralık 1980 tarihinde Türkiye'de Beşiktaş Evlendirme Dairesinde 7/1210 sayı ile birbirleriyle evlenmişlerdir.

Davacı 8 Aralık 1956, İstanbul, davalı da 30 Kasım 1956 İstinye doğumludur. Her ikisi de, geçerli pasaportlarına göre Türk vatandaşlarıdır.

Bu evliliklerinden, 9 Aralık 1982'de Arzu ve 8 Kasım 1981'de de Nazmi isimli çocukları doğmuştur.

Taraflar 1983 Ağustos ayından beri ayrı yaşamaktadırlar.

Davacı evlilik birliğinin köklü bir şekilde sarsıldığını, müşterek hayatın çekilmez hale geldiğini iddiayla boşanmalarına karar verilmesini talep etmiştir.

* Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü.

Davalı ise boşanma konusunda bir talepte bulunmamıştır.

Taraflar, H.U.M.K. nun 613. maddesi uyarınca mahkemece, şahsen dinlenmişlerdir. Her ikisi de, karakterlerindeki uyumsuzluklar yüzünden ağır münakaşalar yaptıklarını, bir daha bir araya gelmelerine imkân olmadığını ve birbirlerinden tamamen koptuklarını ifadeyle, boşanmak istediklerini bildirmişlerdir.

GEREKÇE

Tarafların mutad meskenleri mahkeme bölgesinde bulunduğu için, H.U.M.K. nun 606. maddesi gereğince Charlottenburg Sulh Mahkemesi davaya bakmaya yerel olarak yetkilidir.

Taraflardan hiçbiri Alman vatandaşı olmadığından, H.U.M.K. nun 606 b maddesine göre bu dava hakkında bir Alman mahkemesi ancak, erkek veya kadının Almanya'da bulunması ve Alman mahkeme kararının erkeğin mensup olduğu ülke hukukuna göre tanınacağına belli olması şartıyla, karar verebilir (milletlerarası yetki).

Her iki tarafın da bir süredir Almanya'da yaşadıkları, mesleklerini icra ettikleri ve burada kalmak istedikleri anlaşıldığına göre, ilk şart gerçekleşmiştir.

Alman mahkeme kararının Türk hukukuna göre tanınacağı da hesaba katılabilir. Çünkü, 22 Kasım 1982 tarih ve 2675 sayılı Türk Milletlerarası Özel Hukuk Kanunuyla, Türk H.U.M.K. nun 540. maddesinin 4. bendinde öngörülen, ahkâmı şahsiye davalarındaki Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi yürürlükten kaldırılmıştır. Türk Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun 28. maddesine göre, Türkiye'de ikametgâhı bulunmayan Türk vatandaşları, kişi hallerine ilişkin davalarda buldukları ülke mahkemelerine de başvurabilirler. Böylece, Alman mahkemelerinin Türk vatandaşları hakkındaki boşanma kararlarının tanınması imkân dahiline girmiştir.

1982 tarihli Türk Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun 42. maddesine göre tanı-

ma, yabancı mahkeme ilâmınının 38. maddede belirtilen tenfiz şartlarını taşıdığına mahkemece tesbit edilmesine bağlıdır, ki bunlar şunlardır:

1 — Hükmün Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren bir konuya ilişkin olmaması (madde 3816-28. madde 42. maddeyle birlikte değerlendirildiğinde, yurtdışında ikamet eden Türk vatandaşlarının boşanma davalarında, artık Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi kalmamıştır).

2 — Kararın kamu düzenine açıkça aykırı olmaması (madde 38c).

3 — Türklerin kişi hallerine ilişkin yabancı mahkeme kararında Türk kanunlar ihtilafı kuralları gereğince yetkili kanunun uygulanmamış olması ve davalı Türk vatandaşının bu sebebe dayanarak tenfize itiraz etmemiş olması (madde 38 e).

Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davalarda Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi kalktığı ve boşanmaya aşağıda açıklanacağı şekilde Türk kanunları uygulandığı için, 2 ve 3 numaralı bentlerdeki şartlar yerine getirilmiştir.

Alman Medeni Kanununun yürürlüğe konmasına ilişkin kanunun 11/1. maddesinin 2. cümlesine göre tarafların evliliği hukuka uygun bir şekilde akdedilmiştir.

Keza anılan kanunun 17. maddesinin 1. ve 4. fıkraları uyarınca boşanmada Alman hukuku da gözönüne alınarak Türk hukuku uygulanır.

Boşanma talebinin Alman ve Türk hukukuna göre dayanağı vardır. Türk Medeni Kanununun 134. maddesine göre, bir evlilik ilişkisinin birlikte yaşamayı tahammül edilmez hale getirecek derecede sarsılmış olması halinde, her eş boşanmayı dava edebilir. Bu durumda eşlerden birinin kusuru daha ağırsa, dava ancak diğer eş tarafından açılabilir. Tarafların iddia ve inandırıcı beyanları ile bu vakıanın varlığı kanıtlanmıştır. Böylece Türk hukukuna göre boşanma şartları gerçekleşmiştir.

Taraflar bir yıldan uzun bir süreden beri ayrı yaşadıkları ve her ikisi de boşan-

mayı istediklerine göre, karar Alman Medeni Kanununun 1561/1 ve 1566/1. maddelerine de uygundur.

Küçüklerin Korunmasında Makamların Yetkisi ve Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşmenin 1 ve 2. maddeleri Alman Medeni Kanununun 1671. maddesi ve Türk Medeni Kanununun 148. maddelerine göre, tarafların anlaşması üzerine Arzu'nun velayeti anneye, Nazmi'nin velayeti de babaya verilmiştir.

Türk hukukunda öngörülmemiş olan bir müessese olduğundan, infak ve iase denkleştirmesi yapılmamıştır.

Mahkeme masrafları H.U.M.K. nun 93 a maddesine göre tesbit edilecektir.

NOT :

Yukarıda çevirisini verdiğimiz Alman mahkemesinin bu kararı, Türk Hukukunun öngördüğü tanıma ve tenfiz şartlarını her bakımdan taşımaktadır. Mahkeme büyük bir ciddiyet ve derin bir vukufufla Türk Milletlerarası özel hukuk kurallarını araştırmış, incelemiş ve kategorik bir şekilde ve doğru olarak tahlil etmiştir. Bu bakımdan, Alman mahkemesinin bu tesbit ve değerlendirmesine ilave edilecek fazla bir husus yoktur. Ancak, kararda, Türk H.U.M.K. nun 540. maddesinin 4. bendinin, 22 Kasım 1982 tarihli MÖHUK ile yürürlükten kaldırıldığı, Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davalarda Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin öngörüldüğü bu hükmün yürürlükten kaldırılmasıyla, Türk vatandaşlarının bu tür davaları yurtdışında da açabilecekleri belirtilmektedir. Gerçi söz konusu kanunla H.U.M.K. nun anılan maddesi de yürürlükten kaldırılmışsa da, bu tür davalarda Türk mahkemelerinin münhasır yetkisini öngören asıl hüküm aynı kanunun yine yürürlükten kaldırılan 18. maddesidir. Alman mahkemesi şehven bu madde yerine 540. maddeye atıf yapmıştır.

Alman iç hukuku bölümünden ise aşağıdaki satırlara işaret edilebilir:

1. Olayda Evlenme akdinin şekil bakımından geçerliliği konusunda Alman Medeni Kanununun Yürürlüğe Konması hak-

kındaki kanunun (EGBGB) 11/1 maddesinin 2. cümlesi uygulanmıştır. Hukukî işlemlerin şekli başlığı altındaki bu kanunlar ihtilafı kuralına göre, «hukukî işlemler şekil yönünden esas itibariyle hukukî işlemin konusunun tabi olduğu kanunlara bağlıdır: Bunlarla beraber, işlemin yapıldığı yer kanunları gözetilerek yapılmış olması da yeterlidir.» Söz konusu hükmün 2. cümlesi ile yabancı hukuka yollama yapıldığından, mahkeme evlenme akdinin şekli konusunda Türk hukukundaki şekil şartlarını aramış ve bunların varlığını tesbit ederek evlenmeyi geçerli saymıştır.

2. Olayda boşanmaya Alman hukuku da gözönüne alınarak Türk hukuku uygulanmıştır. Gerçekten, Alman EGBGB f. 1 e göre, «boşanmada kocanın, davanın açılması sırasında mensup olduğu devlet kanunları uygulanır.» 4. fıkraya göre ise, somut olayda olduğu gibi, «bir yabancı kanuna dayanarak boşanmaya ancak, hem yabancı kanunlara hem de Alman kanunlarına göre boşanmanın caiz olması halinde karar verilebilir.» Böylece bu hükümle, boşanmayı yasaklayan devlet vatandaşlarının boşanmanın mümkün olduğu başka bir ülkeye giderek, bu imkândan faydalanıp boşanmayı sağlamalarına engel olunmuştur.

3. Mahkeme olayda, Türk Medeni Kanununun 134. maddesiyle birlikte Alman BGB'nin 1565 ve 1566. maddelerinin 1. fıkralarını da uygulamıştır. BGB'nin anılan maddeleri aşağıdaki hükümleri ihtiva etmektedir: 1565/1 - Köklü sarsılma halinde boşanma kararı verilebilir. Evlilik birliği tatil edilmişse veya eşlerden bir arada yaşamalarını beklemek artık mümkün değilse, evlilik birliği temelden sarsılmıştır. 1566/1 - Eşlerin bir yıldan beri ayrı yaşamaları ve boşanmayı her ikisinin de talep etmeleri veya aleyhine boşanma istenen eşin boşanmaya razı olması halinde, evlilik birliğinin temelden sarsıldığı aksinin isbatı mümkün olmayan bir karinedir.

4. Küçüklerin velayetlerinin düzenlenmesi konusunda ise mahkeme, «Küçüklerin Korunmasında Makamların Yetkisi ve Uy-

gulanacak Kanuna Dair Sözleşme»nin 1. ve 2. maddelerinin verdiği yetkiye dayanarak, BGB'nin «boşanmadan sonra velayetin tevzii» başlığı altındaki 1671. maddesi hükmünü uygulamıştır.

Türkiye'nin de taraf olduğu 5 Ekim 1961 tarihli Lahey Sözleşmesinin 1. maddesine göre küçüğün mutad meskeninin bulunduğu ülke mahkeme ve idari makamları, küçüğün şahsının ve mallarının korunması için gerekli tedbirleri almaya yetkilidir. Sözleşmenin 2. maddesinde ise,

bu tedbirlerin yetkili makamın iç hukuka göre alınabileceği öngörülmüştür. Mahkeme bu yetkiye dayanarak BGB'nin 1671/2 maddesi uyarınca tarafların anlaşmalarını da gözönüne alarak çocukların velayetini taraflar arasında paylaşmıştır. Bu düzenleme ahdi hukuka olduğu kadar, boşanma halinde velayetin tevziinde ana ve babanın dinlenmesini öngören Türk M.K.nu. 148'e de uygundur. Nitekim mahkeme M.K.'nun bu hükmünü de gözönüne almıştır.