

MİLLETLERARASI ANDLAŞMALARIN YORUMU

Prof. Mahmut R. BELİK*

Yorum hususunda bugün başlıca üç görüş vardır :

1. Birinci görüş, herşeyden önce, andlaşmanın metnine önem verir. Andlaşmanın maksadını, öncelikle andlaşmanın metninde tesbite çalışır.

2. İkinci görüş, her şeyden önce, tarafların maksadına önem verir. Tarafların maksadı metinden ayrı, sübjektif bir eleman olarak kabul edilir.

3. Üçüncü görüş "andlaşmanın konusuna ve amacına" öncelikle önem veren görüştür.

Anlaşma metnini esas olarak kabul eden görüşte, işe, metnin incelenmesile başlanacaktır ve terimlerin olağan anlamlarına göre tarafların maksatlarının tesbitine çalışılacaktır. İkinci görüşte esas metin değil, tarafların maksatıdır. Tarafların maksadı, metinle birlikte hazırlık çalışmalarında ve diğer isbat vasıtalarında araştırılacaktır. Andlaşmanın konusuna ve amacına büyük önem veren görüşte konu ve amaç tarafların orijinal maksatlarından bağımsız, ayrı bir yaşantısı olduğu kabul edilir. Yorumda gaye bu genel amacın aydınlatılmasıdır. Bunun için, andlaşmanın genel havası, yapıldığı zamandaki hal ve durum, milletlerarası hayatta oynayabileceği rol gibi unsurlar dikkat nazara alınacaktır.

Viyanada 23 Mayıs 1969 tarihinde kabul edilen "Andlaşmalar Hukuku" sözleşmesinde birinci görüş benimsenmiştir. Sözleşmenin üç maddesi 31, 32, 33 üncü maddeleri, yorum konusuna ayrılmıştır. Bu maddeler, konferansda itirazsız kabul edildikleri için,

taşıdıkları yorum kuralları Devletler hukukunun mecburi hukuk kuralları olarak kabul edilmektedir. Bu kurallar, esasen Adalet Divanının geliştirdiği içtihatlarla dayanır.

"Andlaşmalar Hukuku" sözleşmesinde "metne müracaat" usulü tercih edilmiştir: andlaşmanın metni tarafların maksadının doğrudan ifadesidir. Maksadı tesbit için, her şeyden önce metinden hareket edilmelidir. Tarafların iradeleri metni vücuda getirmiştir; metinden hareket ederek irade, maksat en sağlıklı şekilde tesbit edilebilir. Metin bütünü (context) ile ele alınmalıdır. Andlaşmanın önsözü ve ekleri bütüne dahildir. Bu bütüne ayrıca, aşağıdaki iki kategori dökümanında dahildir.

a — Andlaşmanın akti dolayısıyla, bütün taraflar arasında, vücuda getirilmiş andlaşma ile ilgili, anlaşmalar.

b — Andlaşmanın akti dolayısıyla bir veya birçok tarafça vücuda getirilmiş ve diğer bütün taraflarca, andlaşma ile ilgili bulunduğu kabul edilmiş bir vesika.

Bunlar andlaşmanın bütününe teşkil eder. Bunlarla birlikte, aynı zamanda, aşağıdaki hususlar dikkat nazara alınacaktır:

a — Andlaşmanın yorumu veya hükümlerinin uygulanması üzerinde taraflar arasında sonradan varılan her anlaşma.

b — Andlaşmanın uygulanmasında takip edilen pratikten yoruma dair, çıkartılabilecek anlaşmalar.

c — Taraflar arasındaki ilişkilerde uygulanabilecek ilgili Devletler hukuku kural-

* İstanbul Hukuk Fakültesi Devletler Umumi Hukuku Kürsüsü Öğretim Üyesi.

ları. Bir andlaşma taraflar arasındaki yürürlükte olan Devletler hukuku yapısı içinde yorumlanmalıdır.

Yorumu söz konusu olan andlaşmanın akti sırasında yürürlükte olan Devletler hukuku kuralları ışığı altında mı, yoksa uygulanması sırasında yürürlükte olan Devletler hukuk kuralları ışığı altında mı yorumlanacağı görüşü arasında konferansta bir tercih yapılmamıştır.

Devletler hukukunda, genel kural, bir hukuki vakianın meydana geldiği zamanda yürürlükte olan hukukun ışığı altında değerlendirilmesi yönündedir. Fakat, yorum konusunda meselenin, tarafların maksadına bağlı olduğu göz önünde bulundurulmuş bu surette Devletler hukuku gelişmelerinin dikkat nazara alınması imkânı açık tutulmuştur.

Yorumun bu unsurları arasında bir hiyerarşi söz konusu değildir yorum kompleks bir operasyondur. Bütün bu unsurlar, bu dökümanlar birlikte aynı zamanda dikkat nazara alınacaktır. Bütünden çıkartılacak mana andlaşmanın yorumu olacaktır.

Tabii bu yorumda iyi niyet prensibi hakim olacaktır. İyi niyet prensibi 31. maddenin 1. fıkrasında öncelikle sayılmıştır ve akde vefa prensibinin bir sonucudur.

Bu dökümanlar incelenirken terimler, kelimeler tabii, olağan anlamlarında değerlendirileceklerdir. Terimlerin olağan anlamı afaiki olarak tesbit edilmeyecektir, andlaşmanın bütünü içinde değerlendirilecektir. Bu terimlerin mutad anlamı andlaşmanın konusu ve amacının ışığı altında değerlendirilecektir. Andlaşmanın konusu ve amacı bağımsız bir eleman olarak ele alınmamıştır, 31. maddenin 1. fıkrası içinde zikredilmiştir; bu suretle konu ve amaç andlaşmanın bütünü içinde bir unsur olarak kabul edilmiştir. Andlaşmanın konusu ve amacı, genellikle ön sözde belirtilir.

Özetliyelim : bir andlaşma iyi niyetle, bütünü içinde ve amaç ve konusunun ışığı altında, terimlere olağan, tabii anlamları verilmek suretile yorumlanacaktır. 31. maddenin 1. fıkrasında "faydalı yorum" prensibi ayrıca zikredilmemiştir. Bunun sebebi "ut res magis valcat quam pereat" yani "faydalı sonuç" prensibi bir genel yorum kuralı oldu-

ğu nisbette 31 maddenin 1. fıkrasında esasen mevcuttur; bir "andlaşma ... iyi niyetle... amaç ve konusunun ışığı altında ... yorumlanacaktır". Bir andlaşma iki şekilde yoruma müsaitse, birisi istenilen faydalı sonuca götürüyor diğeri götürmüyorsa iyi niyet ve andlaşmanın konu ve amacını gerçekleştirme lüzumu birinci yorum şeklinin benimsenmesini gerektirir.

Ender de olsa bazen bir andlaşmada bir terim mutad, olağan anlamda değil de özel veya teknik bir anlamda kullanılmış olur. Bu durumda, böyle bir iddiayı ileri sürmüş olan taraf bu iddiasını isbat etmesi şartile, terim bu özel veya teknik anlamda kabul edilir.

Yorumda esas kural, tekrar edelim, metinden hareket etmektir. Yorum, her şeyden önce, metne dayanılarak yürütülecektir, çünkü taraflar sonunda metin üzerinde mutabakata varmışlardır. Tarafların metin üzerinde mutabakata varmaları uzun ve, çoğu zaman çetin görüşmeler sonunda, mümkün olmuştur. Bu müzakereler hazırlık çalışmalarında tesbit edilir. Elimizdeki metni yorumlarken hazırlık çalışmalarını tamamen ihmal edemeyiz. Viyana sözleşmesinde hazırlık çalışmalarına tamamlayıcı bir rol verilmiştir. Yorumcu "metne" dayanarak yorum sonunda vardığı neticeyi teyid etmek, desteklemek üzere hazırlık çalışmalarına başvurulabilir. Fakat hazırlık çalışmalarının tamamlayıcı rolü bilhassa 31. maddeye göre yapılan yorum, açık, sarih bir sonuca götürmüyorsa veya aşikâr şeklide gülünç veya anlamsız bir sonuca götürüyorsa, başlar. Yorum açık ve makul bir sonuca varamamışsa, hazırlık çalışmalarının incelenmesile ve onların yardımile açık ve makul bir yoruma varmaya çalışılacaktır.

Hazırlık çalışmalarıyla birlikte yorumcu, andlaşmanın akti sırasındaki hal ve durumu dikkat nazara alacaktır. Dikkat edilsin, hazırlık çalışmalarına tali, ikinci derecede bir rol verilmemiştir; tamamlayıcı, kolaylaştırıcı bir rol verilmiştir. Terimlerin olağan anlamları karmaşık veya aşikâr şekilde mantıksız bir sonuca götürüyorsa; hazırlık çalışmaları ve andlaşmanın yapıldığı zamandaki hal ve durum incelenecek ve açık ve makul bir sonuca varılmaya çalışılacaktır.

31. maddede hazırlık çalışmalarına metnin yanında aynı değer verilmemesinin sebebi metnin taraflar arasında bir mutabakatın ifadesi oluşudur. Hazırlık çalışmaları üzerinde böyle bir mutabakat mevcut değildir; mutabık kalınan hususlar esasen, metne geçirilmiştir. Hazırlık çalışmaları gerekirse metnin aydınlatılmasında, destek olacaktır.

Bu yorum kuralları iki taraflı anlaşmalar için olduğu gibi çok taraflı anlaşmalar için de geçerlidir; bunlar, eğer böyle bir ayırım kabul edilirse, "kanun anlaşmalar" için olduğu gibi "akit anlaşmalar" için de geçerlidir. Bunlar genel yorum kurallarıdır.

İLGİLİ DOKÜMAN VE BAZI ESERLER

Conférence des N. U. sur le droit des Traités 1e et 2e sessions Vienne 22 Mars-24 Mai 1968, 9 Avril - 22 Mai 1969, **Yearbook of The International Law Commission.**

G.G. Fitzmaurice,

The Law and Procedure of The International Court of Justice: Treaty Interpretation and Certain Treaty Points, British Yearbook of International Law, 1951, vol. 25.

Paul Reuter

Introduction au Droit des Traités

C. de Visscher

Problemes d'interpretation Judiciaire en Droit International Public.

"REED/WISER AND NEUMAN DAVASI" IŞIĞINDA MİLLETLERARASI UÇAK KAZALARINDA MÜSTAHDEMLERİN SINIRLI SORUMLULUĞU

Asis. Aslan GÜNDÜZ*

8 Eylül 1974 günü **Trans World Airlines'a** (TWA), ait bir uçak Telaviv'den New York'a 841 sayılı seferini yaparken, Yunanistan'ın 50 mil batısında açık denize çakıldı; 79 yolcunun tamamı ile uçak mürettebatından 9 kişi hayatını kaybetti. TWA'nın yolcuların ölümünden dolayı hukukî sorumluluğu, kasdi kötü davranışın olması durumu hariç, Montreal Anlaşması ile değişik Varşova Konvansiyonu'nuna² göre, yolcu başına 75 bin dolarla sınırlıydı. Ancak kazadan sonra, davacılar bir Amerikan Mahkemesinde³ şirketi değil, şirketin başkanı ile Denetim ve Güvenlikten sorumlu yardımcısını dava ettiler. Davacıları bunu yapmaya iten sebep, Varşova Konvansiyonu'na göre, taşıyıcının hukuki sorumluluğu belli bir miktarla sınırlı olduğu halde, müstahdemlerin (employee) hukuki sorumluluğunun açıkça sınırlanmamış olmasıydı. Müstahdemlerin dava edilmesi halinde, daha fazla bir meblağın alınması

ihtimali mevcuttu. Davacılar, müstahdemlerin TWA'nın uçuşlarından sorumlu olduklarını; patlamaya ve zarara yol açan bir bombanın uçağa yerleştirilmesini ihmalleri sebebiyle önleyemediklerini; bu sebeple, meydana gelen bütün zararlardan sınırsız şekilde sorumlu olduklarını iddia ettiler. Buna mukabil, davalılar ihmal iddialarını reddettikleri gibi, Varşova Konvansiyonu'nun taşıyıcılar lehine

* İstanbul Hukuk Fakültesi Devletler Umumi Hukuku Kürsüsü Öğretim Yardımcısı.

- 1) Davanın ayrıntılı bir özeti ve tartışmalar için, Bkz. *International Legal Materials (ILM)*, Vol. XVII, 1978, n. 1, 62-76.
- 2) *Havayolu Taşımaya Dair Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Varşova Konvansiyonu*, 137 LNTS, 11.
- 3) Dava önce ABD New Jersey Mıntıka Mahkemesinde açıldı. Daha New York Güney Mıntıka Mahkemesine alındı.

getirdiği sınırlı hukukî sorumluluk kuralının kendilerini de kapsadığını ileri sürdüler.

Davayı karara bağlayan alt mahkeme, davalı müstahdemlerin sınırlı sorumluluk itirazını reddetti. Mahkemeye göre, Varşova Konvansiyonu'nda taşıyıcılar için öngörülen sınırlı hukuki sorumluluk müstahdemlere açıkça teşmil edilmemişti, hava yollarını geliştirmeye muhtaç bir sanayi dalı olarak sınırlı hukuki sorumluluk ile korumaya gerek yoktu; A.B.D.de bazı çevreler Konvansiyonunun sınırlı hukuki sorumluluk kuralını eleştiriyorlardı; nihayet, A.B.D. Konvansiyonu değiştiren ve sınırlı sorumluluğu müstahdemlere de teşmil eden La Haye Protokolunu onaylamamıştı. Bütün bu sebepler göz önüne alındığında, müstahdemlerin sorumluluğu sınırsızdı. Karar davacıların lehinde verilmeliydi.

TWA alt mahkemenin bu kararına İstinaf Mahkemesi nezdinde itiraz etti. İstinaf Mahkemesi kararı bozdu.

İstinaf Mahkemesindeki tartışmalardan anladığımıza göre, bir hava yolunun müstahdemleri ilk defa Federal İstinaf seviyesinde Varşova Konvansiyonunun sınırlı hukuki sorumluluk kuralına başvuruyorlardı.

Dava bakımından Konvansiyonun en ilgili hükümleri, taşıyıcının sınırlı hukuki sorumluluğunu tayin eden 17. madde⁴, taşıyıcının hukuki sorumluluğunu yolcu başına belli bir miktarla sınırlayan 22. madde⁵, ve 17. maddeye göre, herhangi bir tazminat davasının Konvansiyonunun şart ve hükümlerine tabi olduğunu belirten 24. madde⁶ idi.

İstinaf Mahkemesi bu hükümlerin iki ayrı yoruma tabi tutulabileceğini ifade etti. Birincisi, Konvansiyonda kullanılan taşıyıcı (transporteur - Carrier) teriminin sadece bir tüzel kişiyi mi, yoksa tüzel kişinin işlerini gören kişi veya kişiler gurubunu da kapsayıp kapsamadığı idi. Common Law'a göre, haksız fiili işliyen müstahdemnin sorumluluğu iş sahibininkinden ayrı ve mantıken ondan önce gelen ayrı ve açık bir giderim kaynağı olmasına rağmen, Konvansiyonunun bu konuda yeknesak bir hukuk getirmesi amaçlanmıştı. Bu sebeple taşıyıcı teriminin manası Common law'a göre değil, Konvansiyona taraf olan bütün devletlerin sistemleri dikkate alınarak tespit edilmeliydi. Mahkeme

22. maddenin üslûbunun hiç değilse bazı yargılarda, hem taşıyıcının hem de müstahdemlerin sorumluluğunu etkileyecek bir nitelikte gördü. Bu terime açık bir mana vermek için, önce çeşitli kaynaklara başvuruldu. Diğerleri yanında, İtalyan profesör Ambrosini'nin her iki kategori hukuki sorumluluğu eşit gören yazı ve konuşmalarına yer verildi. Hava hukukuna ilişkin çeşitli konferanslarda çeşitli delegasyonların görüşlerine değinildi. Neticede, terime verilecek mana bakımından Common law'ın yaklaşımının bağlayıcı olmadığı kabul edildi.

Sözünü ettiğimiz maddelerle ilgili ikinci yorum 17. ve 24. maddelerin Fransızca resmi metninde kullanılmış olan cas kelimesiyle ilgiliydi. İngilizce tercümesinde 17. maddede cas kelimesi event olarak çevrilmiş, 24. maddede ise, aynı kelime cases olarak tercüme edilmişti. Mahkeme 24. maddedeki cases yerine events kelimesinin ikamesiyle 24. maddenin alanının genişleyeceği görüşüne vardı.

Mahkemenin yaptığı araştırmada hem 1925 Paris hem de 1929 Varşova Konvansiyonu'nun zabıtlarında müstahdemlerin sorumluluğu ile ilgili herhangi bir açıklığa rastlanmadı.

Gerçekten Konvansiyonun yürürlüğe girdiği tarihten sonra 20 yıl boyunca sınırlı so-

4) MADDE 17 : Taşıyıcı, bir yolcunun ölümü veya yaralanması halinde, uğranılan zarardan veya bir yolcu tarafından maruz kalınan diğer herhangi bir vücutsel zarardan, bu zarara yol açan kaza uçağın içinde veya uçağın inişi veya kalkışı ameliyeleri esnasında meydana geldiyse, hukuken sorumlu olur.

5) MADDE 22 : Yolcuların taşınmasında taşıyıcının yolcu başına hukuki sorumluluğu 125 bin Fransız frangı ile sınırlı olacaktır. Bununla beraber, taşıyıcı ve yolcu daha yüksek bir hukuki sorumluluk limiti üzerinde özel anlaşmalarla mütabakata varabilirler.

6) MADDE 24 :

1. 18 ve 19. maddelerin kapsamına giren durumlarda, sebebi ne olursa olsun, tazminat davaları bu Konvansiyonda öngörülen şart ve sınırlamalara bağlı olarak, ancak açılabilir.

2. 17. madde kapsamına giren durumlarda bundan önceki paragrafın hükümleri uygulanır.

rumluluğun müstahdemleri de kapsayıp kapsamadığı devamlı tartışılmıştı⁷.

Sınırlı sorumluluk kuralının kapsamı hakkında, 1955 yılında La Haye'de toplanan Milletlerarası Özel Havacılık Konferansı'nda da çoğunluk belli bir tavır almak yerine, durumu açıklığa kavuşturacak bir değişikliğin yerinde olacağını öne sürmüştü⁸. Nitekim taşıyıcının sınırlı sorumluluğunu öngören hüküm müstahdemlere de teşmil edilmek suretiyle istenilen değişiklik yapıldı. La Haye Protokolü ismiyle anılan bu değişikliği ABD onaylamadı. Alt mahkeme ABD'nin bu değişikliği kabul etmemesini, müstahdemlerin sınırsız sorumluluğuna hükmetmek için bir gerekçe olarak kullanmıştı. İstinaf mahkemesi bunun da üzerinde durarak, ABD'nin değişikliği kabul etmemesinin sebebini sınırlı sorumluluğun müstahdemlere de teşmil edilmiş olması olarak değil, sorumluluk miktarının düşük olması olarak, belirtti. Daha sonra, ABD'nin sorumluluk miktarını arttırmak için harcadığı çabaları, Konvansiyonu denonse ettiğini, Montreal Anlaşması ile sorumluluk limitinin nasıl 75 bin dolara yükseltildiğini izah etti⁹. Alt mahkemenin kullanmış olduğu bu gerekçeyi yersiz buldu.

Mahkeme daha sonra akit tarafların Konvansiyonu kabul etmekle güttükleri amacı göz önünde tutan bir yorumla meseleyi çözmeye devam etti. Mahkemeye göre, bir andlaşma ister dar isterse geniş yorumlansın, yorum mutlaka tarafların aşikâr amacını gerçekleştirecek bir yorum olmalıdır. Varşova Konvansiyonu'nu imza etmekle tarafların açık amacı, taşıma sebebiyle yolcunun maruz kalabileceği zararın tazmininde taşıyıcının hukuki sorumluluğunu belirli bir miktarla sınırlamaktı; 22. madde bu amaca hizmet eder. Eğer müstahdemlerin sorumluluğu sınırsız olarak kabul edilirse, bu amaç zarar görür. **Bir andlaşmayı yorumlaması istenilen bir mahkemenin anlaşmanın spesifik kelimelerine akit tarafların ortak beklentileriyle uyumlu bir anlam vermesi gerekir.**

Mahkemenin üzerinde durduğu bir başka husus, tarafların Konvansiyonla bu konuda yeknesak bir hukuku getirmek amacı idi. Eğer müstahdemlerin sınırsız sorumluluğu kabul edilirse, bu konuda her ülkenin ken-

di hukuku uygulanacağından, yeknesak bir uygulama mümkün olmayacaktı. Tarafların, taşıyıcının sorumluluğunu sınırlarken, vermek istemedikleri tazminatı, müstahdemlerin sınırsız şekilde sorumlu tutulması ile (müstahdemler baskı yaparak bu konuda teminat isteyeceklerinden) vermek zorunda kalabilecekleri; bunun ise, kanuna karşı hile yapmak gibi bir sonuca götüreceği endişesi, İstinaf Mahkemesinin alt mahkemenin kararını bozmasına yol açmış görünmektedir. Yüksek Mahkeme sonunda, dava ister taşıyıcının isterse müstahdemlerin aleyhine açılmış olsun, hukukî sorumluluk ölçüsünün değişmeyeceğini; sınırlı hukuki sorumluluk kuralının müstahdemleri de kapsadığına hükmetti.

1955 yılında kabul edilen La Haye Protokolü ile birlikte kuşkusuz taşıyıcının Varşova Konvansiyonu'na göre yararlandığı sınırlı sorumluluk kuralı müstahdemlere de teşmil edilmiştir. Fakat Protokolü kabul etmemiş olan ülkeler için durumun belirsizliğini sürdürmesi mümkündür. Ancak bu kararın tartışmaları ve muhtemel kararları etkilemesi beklenebilir. Müstahdemlerin taşıyıcılar gibi sınırlı şekilde sorumlu olmaları ABD'ye giriş yapan ve çıkan uçaklarla yolculuk yapanlar bakımından çok önemli olmayabilir; zira bu tür yolculuklar için sorumluluk limiti 75 bin dolara çıkarılmıştır. Oysa, başka hatlarda 16 bin, hatta 8 bin dolarlık sorumluluk limitleriyle yolcularına karşı sorumluluktan kurtulabilecek havayolları vardır¹⁰. Bu ise, yolcunun aleyhine işlemektedir. Mahkemenin kararı bu sebeple önemlidir.

Akit tarafların Konvansiyonu yaparken taşıdıkları amacın mahkemeyi etkilediği görülmektedir. Gerçekte, tarafların amacının anlaşmaya kesin bir sorumluluk limiti koy-

7) *ILM, Vol. XVII, 1978, n. 1, s. 68. Özellikle bakınız, DRION, H., Limitation of Liabilities in International Air law, 1954, s. 157 vd*

8) *ILM, Vol. XVII, 1978, n. 1, s. 68.*

9) *Bkz. (dn. 8), s. 69.*

10) *Bkz. LOWENFELD, Andreas - MONDELSON Allan, "The United States and the Warsaw Convention", Harvard Law Review, Volume 80, 1967, s. 497.*

mak olduğu doğrudur. Ancak, müstahdemden daha fazla tazminat alınması sonucu, bunların da sırasıyla taşıyıcıdan tazminat veya başka bir teminat isteyerek, neticede taşıyıcıyı Konvansiyonda öngörülenden daha fazlasını ödemeye zorlayabilecekleri¹¹ ihtimali, kararı etkilememeliydi. Bu son durum Konvansiyonda doğrudan doğruya öngörülmemiştir; muhtemel olaylara dayanmaktadır.

Kaldı ki, alt mahkemenin dayandığı, ABD'nin La Haye Protokolünü onaylamamış olması keyfiyeti, gerçekte İstinaf Mahkemesininkinden çok alt mahkemenin yaptığı yoruma uygun düşmektedir. Eğer 1929 da yapıldığı şekliyle Varşova Konvansiyonu'nun getirdiği sınırlı taşıyıcı sorumluluğu müstahdemleri de kapsasaydı, 1955 de bir kere daha bu hususun yeni bir protokolle düzenlenmesine gerek kalmazdı. ABD'nin düşük sorumluluk limiti sebebiyle La Haye Protokolünü onaylamadığı doğrudur. Ama, mağdur yolcu lehine daha çok tazminat imkânı verebilecek bir yorum şekli ABD'nin bu tavrı ile çelişki teşkil etmez; bilakis onu kuvvetlendirir.

Andlaşmaların iyi bir yorumunun akit tarafların amacını tespit edecek bir yorum olması gerektiği doğrudur¹². **Fakat yorumu yapan mahkeme herhalde taraflar için, bu amacı gerçekleştirecek yeni bir andlaşma yapmamalıdır. Mahkemenin görevi tarafların kendilerini çevreleyen şartların ışığında kullandıkları kelimelerde ifadesini bulan amaç-**

larına, niyetlerine işlerlik kazandırmakla sona eder¹³. Oysa bu davada mahkemenin kendisinin de ifade ettiği gibi, Konvansiyon tarihi kendisinin yorumu ile çelişki teşkil etmezse dahi, onu doğrulayacak bir açıklığa da sahip değildir.

1929 da çok zayıf olan hava taşıması sanayiini korumak için, o zaman dahi düşük olan bir sorumluluk limitinin konulmuş olması akit tarafların o zamanki amacı idi. Taraflar bugünkü gibi, çok gelişmiş bir sanayi dalını korumayı amaçlamamışlardı. Mahkemenin tarafların amacını araştırırken bunu yeterince değerlendirdiğini söylemek kolay değildir.

Her şeye rağmen, mahkemenin Konvansiyonda kullanılan belli terimlere kendi iç hukukuna göre değil, bütün tarafların hukuk sistemlerini göz önünde tutarak, objektif bir anlam vermiş olması yerindedir. Konvansiyonu yorumlarken, Fransızca resmi metne gitmiş olması da öyle. Karar her şeyden önce, bir milli mahkemenin milletlerarası bir andlaşmayı uygulama tarzı bakımından önemli görünmektedir.

11) *ILM*, Vol. XVII, n. 1, 1978, 67.

12) *Andlaşmaların yorumu konusunda bakınız, BELİK, Devletler Hukukunun Kaynakları (Teksir) 1980, s. 46 vd; ÇELİK, Milletlerarası Hukuk, cilt 1, Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul 1980, s. 234 vd.*

13) *McNair The Law of Treaties, 1961, s. 365.*

SON 10 YILDA TÜRKİYENİN İSLAM DEVLETLERİ İLE MÜNASEBETLERİ VE BAZI DÜŞÜNCELER

Prof. Dr. Servet ARMAĞAN*

Bu yazının gayesi, Türkiye'nin İslâm Devletleri ile olan münasebetlerinin tarihçesini yapmak değildir. Sadece son 10 yıldaki münasebetler ve bu münasebetlerin seyriindeki bazı özelliklere dikkati çekmektir.

10 yıl öncesinden başlatmanın zorunlu bir sebebi var: Türkiye, 1969 yılında Fas'ın

* *İstanbul Hukuk Fakültesi Anayasa Kürsüsü Öğretim Üyesi.*

Rabat şehrinde toplanan İslâm Devletleri Devlet Başkanları toplantısına Dışişleri Bakanı seviyesinde ve "müşâhit" sıfatıyla katılmıştır.

O tarihten bugüne kadar, İslâm Devletleri arasında yapılan bütün toplantılara ise eksiksiz katılmıştır. O sebeple 1969 yılının son aylarını bir başlangıç olarak almış bulunuyoruz. Bu tarihte başlayan münasebetler 1973 petrol krizinden sonra sür'atli bir şekilde kuvvetlendirilme yoluna gidilmiştir.

Uzun yıllar, Türkiye'nin İslâm Devletleri ile münasebetleri kesik idi. Gerek siyasi ve gerekse iktisadi ve kültürel münasebetlerin yok denecek kadar az olması, taraflara herhalde büyük zararlar vermiştir denilebilir. 1969 yılında Kudüsteki Mescid-i Aksa'nın yakılması, İslâm Devletlerinin devlet veya hükümet başkanlarının bir masa etrafında toplanmaları vesile olmuştur. O zaman arap devletlerinin öncülüğü ile, İslâm Devlet Başkanları Fas'ın Başşehri Rabat'ta toplantıya davet edilmişti. Türkiye, Devlet Başkanı ile değil, ancak Dışişleri Bakanı ile ve sadece "müşâhit" sıfatı ile bu toplantıya katılmıştır. Gariptir ki, o zaman Türkiye'nin böyle bir toplantıya "müşâhit" sıfatıyla katılmasını Anayasaya ve menfaatlerimize aykırı bulan bir kısım aydınlar(!) zamanla, Türkiye'nin yapılan bütün toplantılara katılmasına asla karşı çıkmamışlar, belki de çıkamamışlar, çünkü bunu zorunlu kabul etmeye başlamışlardır.

Türkiye 1976 yılında İstanbul'da yapılan VII. İslâm Devletleri Dışişleri Bakanları Toplantısında, İslâm Konferansına "asil üye" olarak kabul edilmiştir.

Şimdiye kadar İslâm Devletleri arasında resmen yapılan ve Türkiye'nin katıldığı toplantılar şunlardır :

1. İslâm Devletleri Devlet Başkanları (Zirve) Toplantısı
2. İslâm Devletleri Dışişleri Bakanları Toplantısı
3. İslâm Devletleri Maliye Bakanları ve Merkez Bankaları Müdürleri (Guvernör) Toplantısı.
4. İslâm Devletleri Radyo-Televizyon ve Ajans Genel Müdürleri Toplantısı.

5. İslâm Devletleri İstatistik Enstitüsü Başkanları Toplantısı.

6. İslâm Kalkınma Bankası Toplantısı.

7. İslâm Ülkeleri Ekonomik İşbirliği Konferansı (4-6 Kasım 1980 İstanbul).

Belirtelim ki, burada temas ettiğimiz toplantılar, İslâm Devletlerinin yetkili organları tarafından tertip ve kabul edilen toplantılardır.

Yoksa, Müslümanlar arasında çeşitli kuruluşlar, Birlik, vakıf vb. bulunmaktadır. Bunlar, zaman zaman "İslâmi" ismini taşıyan toplantılar tertip etmektedirler. Bu toplantılara, Türkiye'den de delegeler katılmaktadır. Meselâ bunlardan sonuncu, Dünya İslâm Birliği (Er-Rabitatül-Alem'l-İslâmî)nin, tertip ettiği ve Cakarta'da toplanan İslâm Basın Konferansı'dır. Aynı şekilde 1980 yılı başında Londra'da "Avrupa İslâm Konseyi" tarafından tertip edilen İnsan Hakları Toplantısı da zikredilebilir. Bütün bunlar, "resmî olmayan" toplantılardır ve bu sebeple yukarıda zikredilmemiştir. Ancak yine belirtelim ki, "resmî" olmaması, çeşitli kararların alındığı bu toplantıların değersiz veya faydasız olduğu manasına gelmez.

Diğer taraftan, yapılan bazı toplantılar ise, ilgili kuruluşlarca tertip ve tanzim edilmekte ve fakat İslâm devletlerinin aynı mahiyetteki kuruluşlarının katılması veya desteği ile sonradan resmileşmektedir. İslâm Devletleri Ticaret ve Sanayi Odaları toplantıları ve 1979 Kasımında İstanbul'da açılan "1. İslâm Devletleri Ticaret Fuarı" gibi.

Toplantılar içinde en çok yapılanı birincisidir. Şimdiye kadar 12 normal, 1 de olağanüstü toplantı yapılmıştır. Türkiye İslâm Devlet Başkanları toplantılarına ise 1969 yılında Rabat'da ve Karaçi'de 1974 yılında yapılan toplantıya, Dışişleri Bakanı seviyesinde temsil edilerek "müşâhit" katılmıştır. 1981 yılı 24-28 Ocak (Rebbiülevvel 1401) da Suudi Arabistan'ın Taif şehrinde yapılan İslâm Devletleri 3. Zirve toplantısına ise asil olarak ve Başbakan seviyesinde katılmıştır. Bu toplantının yapılması, İstanbul'da yapılan İslâm Ülkeleri İktisadi İşbirliği Konferansı sonunda kararlaştırılmıştır.

Diğer taraftan son zirve toplantısında yeni bazı toplantıların daha yapılması ka-

rarlaştırılmıştır: İslâm Devletleri Tarım Bakanları Toplantısı gibi.

Bu toplantıların genel özellikleri ile, toplantıların Türkiye açısından değerlendirilmesi mevzuunda şu noktaları belirtebiliriz:

1. Daha çok Dışişleri Bakanları Toplantıları muntazam yapılmaktadır. Diğer toplantılar ise, hem daha sonraki tarihler de kararlaştırılmıştır, hem de, muhtevaları itibarıyla, İslâm Devletlerinin üzerinde o kadar hassasiyetle durmadıkları veya takip etmedikleri mevzular ile meşgul olmaktadırlar. Meselâ 1976 yılında kararlaştırılan ve merkezi İstanbul'da olan "İslâm Kültür Merkezi", halen faaliyete geçip, çalışmalarına başlamamıştır.

2. Dışişleri Bakanları toplantıları, kendi konularını ilgilendiren mes'elelerle meşgul olmak yanında, diğer mes'elelerin görüşülmesini sağlayan ve netice veren yan toplantıların yapılmasını da kararlaştırmaktadır. Meselâ son olarak 4-6 Kasım 1980 tarihinde İstanbul'da toplanan "İslâm Ülkeleri Ekonomik İşbirliği Konferansı" Dışişleri Bakanlarının 17-21 Mayıs 1980 tarihinde Pakistan'ın İslâmâbad şehrinde yaptıkları normal toplantılarında kararlaştırılmıştır. "İslâm Kültür Merkezi"nin kurulması da, aynı şekilde 1976 yılında İstanbul'da toplanan VII. İslâm Devletleri Dışişleri Bakanları Toplantısında kararlaştırılmıştır.

3. Dışişleri Bakanları toplantısında, İslâm Devletlerinin özellikle dış politika problemleri ele alınmaktadır. Başta Filistin mes'alesi olmak üzere, Kıbrıs, Afganistan ve Afrika kıtasındaki müslümanlar ile, komünist devletlerdeki başta olmak üzere, Avrupa'daki müslüman azınlıkların mes'eleleri bunlar arasında sayılabilir.

Kuruluşundan bir müddet sonra, artık Kıbrıs Türk Federe Devleti de bu toplantılarda temsil edilmektedir.

4. Türkiye Avrupa Konseyine dahil bir üyedir. Ama bu özelliği, komşusu ve dindaşı olan devletler ile çeşitli milletlerarası mes'elelerin görüşülmesi ve halledilmesi için bir araya gelmesine engel değildir. "Çok taraflı bir dış politika" artık kabul edilmiş bir zuret ve gerçektir.

5. 1973 petrol krizinden sonra bütün dünyanın, bu arada, Türkiye'nin menfaati petrol istihsal ve ihraç eden arap devletleri ile "iyi münasebetler" tesisine bağlandı. Türkiye'nin diğer devletlerden farklı ve hatta imtiyazlı olan bir durumu, arap devletleri ile tarihi münasebetleri yanında müşterek dinî bağlarının da bulunmasıdır. Kısaca din kardeşliği, aynı istikamette ve vasıfta problemlere sahip olma neticesini vermekte ve müslüman devletleri ile çeşitli münasebetler içinde bulunmayı zorunlu kılmaktadır. Başbakan Sayın Bülent Ulusu, Taif'deki toplantıda bu noktaya açıkca temas etmiştir.

Halen Suudî Arabistan başta olmak üzere, Körfez devletleri, Libya ve Cezayir ile iktisadi münasebetler içinde bulunan ve bu münasebetlerini gün geçtikçe arttıran ve kuvvetlendiren devletler, komünist devletler ile Avrupa ve Amerika'dır. Türkiye'nin bu devletlerin kurdukları münasebetlerin asgarisini kurmaması için hiçbir "makul" sebep bulunamaz.

6. Kıbrıs ihtilafının milletlerarası toplantılarda ele alınmaya başlamasından sonra çekilen sıkıntıların başında, "tarafdar" toplamak geldiği Dışişleri Bakanlığının yetkilerinin beyanlarından anlaşılmaktadır. Tarafdar toplamak ise, rey çoğunluğunu sağlamak ihtiyacından ortaya çıkmaktadır. Türkiyenin, İslâm Devletleri ile müşterek toplantılar yapması ve Kıbrıs mes'alesini bu toplantıların gündemine aldırması ve alınan kararların Birleşmiş Milletler toplantılarına dayanması bir muvafakiyettir. Denilebilir ki, 3. Dünya Devletleri toplantılarında bunun istisnasını görmekteyiz.

7. Diğer taraftan OPEC devletlerinin büyük kısmının müslüman arap devletleri olması, bu teşkilâtın dünya politikasındaki yeri sebebiyle, Türkiye'nin milli ve milletlerarası menfaatleri açısından lehimize bazı puanlar sağlanacağı söylenebilir.

8. Dünya Bankası, IMF, diğer kredi kuruluşları ve devletler ile olan kredi ve borç tehiri teşebbüsleri, Türkiye'yi son iki yıldan beri en çok meşgul eden mes'elelerin başındadır. İslâm Kalkınma Bankası ve diğer devletlerin, onların yerine kaim olması, herhalde arzu edilen bir neticedir. Bu netice kısa

zamanında olamaz, ama "başlamak bitirmenin yarısıdır".

9. III. Zirve Toplantısında, Türkiye'nin "İslâm Müşterek Pazarı" kurulmasını teklif etmesi ve bunun kabul edilmesi, Türkiye'nin müslüman devletlerarası toplantılarına daha aktif olarak katılmasını zorunlu hale getirmiştir.

10. Nihayet son olarak Türkiye'nin, tarihinin verdiği devlet anlayışı ve tatbikatından ortaya çıkan tecrübeleri, bu toplantılarda büyük ehemmiyeti haizdir. Bunun yanında

"atıl kapasite" halindeki güçlerini müslüman devletler ile olan münasebetlerinde kullanması da bir zorunluluktur. Almanya'daki iş gücümüzün "anavatana iade edilmek" istendiği bu günlerde, bu teşhise değer vermek gereğine inanıyorum.

Belirtmeye lüzum yok ki, bu satırlar, İslâm Devletleri arasındaki toplantılara, Türkiye açısından bakışın birer ifadesidir. Yoksa, başta arap devletleri olmak üzere, diğer İslâm Devletlerinin Türkiye'ye olan ilgi ve ihtiyacının değerlendirilmesi, bizi burada ilgilendirmiyor.

TÜRKİYE İLE ABD ARASINDA "SUÇLULARIN GERİ VERİLMESİ VE CEZA İŞLERİNDE KARŞILIKLI YARDIM" VE "CEZA YARGILARININ YERİNE GETİRİLMESİNE İLİŞKİN" ANLAŞMALAR

Doç. Dr. Süheyl DONAY*

Bilindiği üzere Resmi Gazetenin 20.11.1980 tarih ve 17166 sayılı nüshasında neşrolunarak onay belgelerinin teati edilmesinden otuz gün sonra yürürlüğe giren iki anlaşma da Türk Devletlerarası Ceza hukukunda önemli gelişmelere neden olmuştur. Gerçekten ABD ve Türkiye gibi birbirinden kilometrelerce uzak iki ülkenin, özellikle farklı hukuk anlayışına sahip olmalarına rağmen bu iki anlaşma metnini kabul etmeleri Türk hukuku adına sevindirici olmuştur.

Biz bu kısa yazımızda, her iki sözleşmenin ana hatlarını belirtmekle yetineceğiz.

A. SUÇLULARIN GERİ VERİLMESİ SÖZLEŞMESİ

Bu sözleşmenin açıklanmasına geçmeden önce kısaca terim konusuna değinmek istiyoruz. Kanımızca "suçluların geriverilmesi" kavramı terim açısından hatalıdır. Suçlu, suç işlediği yargı kararı ile kesin olarak sap-

tanan kişidir. Halbuki biraz aşağıda göreceğimiz gibi geri verme yalnız "suç işlemişleri" değil ve fakat yargılanacak "sanık ve zanlıları" da içermektedir. Bu açıdan biz terim olarak "Devletlerarasında geri verme" veya yalnız "geri verme" terimini kullanmayı tercih ediyoruz.

Türk geri verme hukukuna kısaca bir göz attığımızda, Osmanlı Devleti döneminde de ilk geri verme anlaşmasının 1874 yılında ABD ile yapıldığını müşahade ederiz. ABD ile bu konudaki ikinci anlaşma ise, 6 Ağustos 1923'de Lozanda akdedilmiş ve 15.4.1934 tarih ve 2676 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren "İade-i Mücrimin" anlaşmasıdır.

1980 tarihli son anlaşma, geri vermenin koşullarını şu şekilde saptamıştır:

* İstanbul Hukuk Fakültesi, Ceza Hukuku Kürsüsü Öğretim Üyesi.

1. Suçun isteyen tarafın ülkesinde işlenmesi.

Bu hal suçun isteyen tarafın ülkesinde işlenmiş olması koşulunu öngörmektedir. Sözleşme 42. maddesinde ülke deyimini de tanımlamış ve ülkenin "...kendi yargı yetkisi altında bulunan.." yer olduğunu belirlemiştir. Bu durumda olan bir kişinin geri vermeye konu olabilmesi için,

a) Bir suç nedeni ile hakkında ceza kovuşturması açılmış olmalıdır. Ceza kovuşturmasından, iddianamenin açılmasından sonraki safhayı anlamak gerektiği görüşünderiz.

b) Bir suçla itham edilmiş olmalı veya hüküm giymiş olmalıdır; ancak hükmün kesinleşmesine gerek yoktur.

c) Hakkında hükmedilen cezanın yerine getirilmesi söz konusu olmalıdır.

2. Suçun isteyen taraf ülkesinin dışında işlenmesi.

Bu durumdaki kişinin iadeye konu olabilmesi için önce kendisinden iade talep edilen Devletin yasalarının benzer koşullarda işlenmiş böyle bir suçun failini cezalandırabilecek hükümleri içermesi gerekir. Veya isteyen tarafın uyruğunun işlediği suçun, anılan tarafın yasalarınca kovuşturulmasına ceza verilmelidir. Örneğin TCK. nun 4. maddesine göre, bir Türk yabancı ülkede Türkiye Devletinin aleyhine bir cürüm işlerse, Türkiye'de yargılanıp cezalandırılır. TCK.nun 5. maddesi işlenen suçu nitelendirmeden aşağı haddi üç seneden eksik olmayan cezayı gerektiren bir suçu işleyenlerin Türkiye'de yargılanacaklarını öngörmektedir. Buna göre yukarıdaki koşullarda bir suçu Türkiye ve ABD dışında işleyen Türk vatandaşı ABD'ye gittiği takdirde Türkiye tarafından iadesi talep edilebilecektir.

Geri vermeye konu olabilecek suçlar :

Anlaşma, geri vermeye konu olabilecek suçları saptamak açısından, Kara Avrupası sisteminden ayrılmıştır. Buna göre geri vermeye konu olan suçlar için bir ek liste belirtilmiş ve burada hangi suçları işleyenlerin geri vermeye konu olacağı açıkça sıralanmıştır. Bunun yanında, bu listede yazılı suçların her iki ülke yasalarında suç olarak dü-

zenlenmiş olması ve asgari cezalarının bir yılı aşan hürriyeti bağlayıcı ceza olması gerektiği de belirtilmiştir. Bu iki ek koşul, listede yazılı olmasına rağmen bazı suç faillerinin iade edilmemesi sonucunu doğurmuştur. Örneğin bazı suçlar her iki ülkede suç değildir (fücur Türk hukukuna göre suç teşkil etmez); bazılarının ise asgari ceza koşulu gerçekleşmemektedir. (dolandırıcılık, hürriyeti tahdit suçlarının cezalarının alt sınırı 1 yıldan azdır).

Anlaşma ek listede sayılmamış suçları da iade kapsamı içine almıştır. Buna göre asgari haddi bir yılı aşan bir cürmün işlenmesi ve bu cürmün her iki ülke yasalarında da suç olarak düzenlenmesi halinde, failerin geri verilmesi olanağı vardır.

Bu arada şunu ilâve etmek isteriz ki, anlaşma metni özensiz bir biçimde kaleme alınmış veya türkçeye çevrilmiştir. Örneğin Ek listede yazılı suçlar Türk Ceza Yasasına uygun değildir, bu nedenle lüzumsuz tekerürler yer almaktadır. Bazı terimler ise Türk hukukuna yabancıdır.

Anlaşma mahkûmiyet halinde, hükümdeki ceza süresine bakmaktadır. Buna göre mahkûmiyet kararında öngörülen hürriyeti bağlayıcı cezanın en az altı ay olması şartı aranmaktadır. Eğer infaza geçilmiş ise, infazdan arta kalan sürenin yine altı ay veya daha fazla olması gerekir.

Anlaşma iştirak veya teşebbüs halinde de iadenin söz konusu olabileceğini, ancak bu durumda iştirak ve teşebbüs sonucu verilebilecek somut cezaya değil, suçun yasada yazılı soyut cezasına bakılacağını öngörmektedir.

Anlaşmaya göre müteaddit fiilleri işleyen bir fail için, bir fiili hakkında geri verme kabul edilmişse, diğer fiilleri için bir yıllık süre şartı gerçekleşmemiş olsa dahi, iade talebi kabul edilebilecektir. Avrupa İade sözleşmesinde de benzer hüküm mevcuttur. Ancak bu durumda geri vermeyi zorunlu kılmayan Avrupa İade sözleşmesi hükmü daha yerindedir. Buna karşın ABD ile yapılan sözleşmede geri verme zorunludur.

Anlaşma klasik iade sözleşmelerinde mevcut olan geri vermenin red edileceği halleri de belirtmiştir. Buna göre suçun, siyasi

veya murtabit siyasî suç olması halinde iade red edilecektir. Ancak anlaşma Belçika şartı olarak bilinen Devlet Reisleri ve ailelerine karşı işlenen suçların faillerinin iade edileceği kuralının sınırını genişletmiştir. Buna göre hükümet başkanları ve aileleri de kuralın içine dahil edilmiştir. İkinci ve kanımızca en önemli olan genişleme ise, Belçika şartına göre bu kişilere karşı işlenen suç sadece hayata kast iken, anlaşma bunlara yönelik bütün suçların siyasî olarak kabul edilmeyeceğini belirtmektedir.

Sırf askerî suçları işleyenler ile, iadeye konu olan suçun affa uğraması veya zaman aşımına tabi olması da geri vermeye engeldir. Anlaşmanın ilgi çekici bir yanı da gümrük, döviz ve vergi suçları faillerinin geri verilebileceğidir.

Anlaşma bazı durumlarda geri verme talebinin yerine getirilmesi konusunda, kendisinden geri verme talebinde bulunulan Devlete, yetki tanımıştır. Buna göre teslimi istenen kişinin aynı suç nedeni ile istenilen tarafta kovuşturulması veya istenilen tarafın iadeye konu olan suç nedeni ile kovuşturmamak veya kovuşturmayı durdurmak kararı alması veya iadesi istenen kişinin üçüncü Devlet ülkesinde yargılanıp beraat etmesi veya mahkûm olması hallerinde iade talebinin red veya kabulü kendisinden iade talep edilen Devlete aittir.

B. CEZA YARGILARININ YERİNE GETİRİLMESİNE İLİŞKİN ANLAŞMA

Ülkemiz ile ABD ile yapılan ikinci anlaşma ceza yargılarının tanınması ve yerine getirilmesine ilişkindir. Kanımızca en önemlisi de bu ikinci anlaşmadır. Türkiyenin, üyesi olduğu Avrupa Konseyinin düzenlediği aynı nitelikteki sözleşmeye taraf olmadan, ABD ile bu anlaşmayı imzalaması ve yürürlüğe koyması büyük bir aşama olarak kabul edilmelidir. Bu anlaşmanın temeli esas itibariyle hükümlülerin cezalarını kendi ülkelerinde çekmelerini sağlamaktır.

Bilindiği üzere 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkındaki Yasanın 18. maddesinde, karşılıklılık koşulu ve de cezanın aynen uygulanacağına taahhüt edilmesi kaydı ile yabancı hakkında hükmedilen hürriyeti bağla-

yıcı ceza ve emniyet tedbirlerinin, yabancıнын mensup olduğu Devletin infaz kurumuna bırakılmasına Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca karar verilebileceği hükmü yer almaktadır. 18. maddenin bu hükmü ABD uyruklular açısından bundan böyle uygulama alanını kaybetmiş bulunmaktadır.

Sözleşme taraflardan her birinin uyruğu hakkında diğer tarafça verilmiş olan hürriyeti bağlayıcı cezayı, zoralımı, kamu gözetimi önlemini ve hak kısıtlamalarını içerir bir ceza yargısının geçerliliğini tanıyacak ve kendi mahkemesinden vermiş bir ceza yargısı gibi tanıyacak ve kendi ülkesinde yerine getirecektir. Sistemin çalışabilmesi için hükmü veren Devletin bu konuda teklifte bulunması zorunludur. Bir başka deyişle yerine getirme, hükmü veren Devletin işareti ile mümkün olabilmektedir. Yerine getirmede fail ve fiil bakımından iki özellik aranmaktadır:

a) Fiil istenilen Devlet ülkesinde işlenmiş olsa idi dahi suç teşkil edecektir.

b) İstenilen Devlet ülkesi için, failin cezalandırılmasını engelleyen herhangi bir kişisel veya hukukî neden bulunmayacaktır.

İsteyen Devlet özel, genel af veya ceza ilişkisini ortadan kaldıran bir tasarrufta bulunur bulunmaz, istenilen Devlet yaptırıma son verecektir. Hükme karşı kanun yolları sadece isteyen Devlete karşıdır. Genel ve özel af yetkisi de yalnız isteyen Devlete aittir. Ancak istenilen Devlet'te çıkarılan af toplu nitelikte bir af ise hükümlü bundan yararlanır. Bu şekilde ferdi aflarla, istenilen Devletin hakkını kötüye kullanması engellenmek istenmiştir.

Yerine getirme istemi için hükümlünün istem tarihinde iki Devletten birinde bulunması gerekir ve hükümlü istenilen Devlet uyruğunda bulunmalıdır. Bunun dışında hükümlü isteyen Devlette mukim olmamalı ve istem tarihinde yerine getirilmesi gerekli hürriyeti bağlayıcı ceza en az altı ay olmalıdır. Yerine getirmede hükümlünün rızasının bulunması zorunludur. Eğer hükümlü küçük ise buna veli veya vasisi de muvafakat etmelidir.

Yerine getirme istenilen Devletin temel hukuk kurallarına aykırı, suç siyasi nitelikte

ve askerî ise, yerine getirme halinde uluslararası yükümlülüklerle aykırı düşülüyorsa, eylem ile ilgili istenilen Devlet'te kovuşturma açılmışsa, veya aynı eylem nedeni ile kovuşturmaya yer görülmemişse, yerine getirmenin gereklerinin karşılanamayacak olması söz konusu ise, bu konudaki istem kısmen veya tamamen red olunabilecektir.

Ceza yargısının yerine getirilmesini istemek isteyen Devletin yetkili makamı olan Adalet Bakanlığına aittir. Ancak hükümlü kendiliğinden bu bakanlığa başvurarak aktarılmasını talep edebilir. Ancak son karar mercii Adalet Bakanlığıdır. İstem Adalet Bakanlığınca kabul edildiği takdirde, anlaşma hükümleri uyarınca gerekli inceleme ve karar verme konusunda yetkili mahkeme, hükümlünün Türkiye'de mutad olarak oturduğu yerdeki, böyle bir yer yoksa Türkiye'de bulunduğu yerdeki, Türkiyede bulunmuyorsa, Ankaradaki yabancı mahkûmiyet kararına esas teşkil edecek suça ve cezasına göre gö-

revli mahkemedir. Mahkemenin vereceği karar uyuşmazlığı çözen bir nihai karar niteliği taşımadığından kanımızca temyizi mümkün değildir. Ancak bu karar aleyhine itiraz yoluna gidilebilir.

İstenilen Devlet yetkili makamı yerine getirme istemini kabul etmeden önce, kesin yargı bulunup bulunmadığını, istem ve yerine getirme koşullarının bulunup bulunmadığını, yerine getirmenin hukuk düzenine uygun olup olmadığını, hükümlünün mahkum olduğu suçtan daha önce beraat edip etmediğini, özel veya genel affa tabi olup olmadığını, cezanın çekilip çekilmediğini inceler.

Hürriyeti bağlayıcı cezanın yerine getirilmesindeki her türlü kararı almaya yalnız istenilen Devlet yetkilidir. Ancak bu cezayı para cezasına çeviremezse de başka tedbire çevirmesine engel yoktur. Hapis cezası ile birlikte para cezası da var ise bu para cezası ödenmeden aktarmaya izin verilmez.

YUGOSLAV VE BULGARİSTAN'DA YABANCI SERMAYEYLE İŞBİRLİĞİ KONUSUNDAKİ YASAL DÜZENLEMELER

Prof. Dr. Rona AYBAY*

Yugoslavya'nın, 1967 de kabul edilen bir yasayla üretim, bilim-teknoloji ve dış ticaret alanlarında, belli koşullarla, yabancı sermayeye kapılarını açmasından sonra, Doğu Avrupa Sosyalist Bloku ülkelerinden bazılarının bu konuda Yugoslav örneğini izledikleri görülmüştür. 1970 yılında **Macaristan**, 1971 yılında da **Romanya**, ekonomik alanda yabancı kuruluşlarla işbirliği gerçekleştirme amacıyla yasal düzenlemeler yapmışlardır. **Bulgaristan**, bu konuda ilk düzenlemeyi 1974 yılında yapmış, son olarak da, bir yıl kadar önce kabul edilen bir kararnameyle, yabancı sermayeyle işbirliği konusunu ayrıntılı bir biçimde düzenlemiştir.

Bu yazının amacı, çeşitli bakımlardan ilginç özellikler taşıyan bu konunun ayrıntılı bir incelemesini yapmak değil, Yugoslav sistemi hakkında kısa bir bilgi sunmak ve Bulgaristan'da yabancı sermayeye ilişkin olarak Mart 1980'de kabul edilen kararnamenin önemli hükümlerinin bir özetini vermektir.

YUGOSLAV SİSTEMİ

Bu konuda öncülük eden Yugoslavya, ilgili yasasında 1973 ve 1976 yıllarında bazı

* Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Öğretim Üyesi.

değişiklikler yapmış ve 7 Nisan 1978 tarihinde de yeni bir yasa metni yayınlamıştır. Yugoslav sistemi, özyönetim ilkesine göre yönetilen "Temel Birleşik Emek Örgütleri"ne yabancı sermayenin yatırımda bulunması yoluyla işlemektedir. Piyasa değeri ile ifade olunabilecek üretim yapan ve fabrika, teknolojik birim v.b. gibi kendi başına bir bütün sayılabilecek girişimler "Temel Birleşik Emek Örgütü" oluşturmaktadır¹.

İlgili Yugoslav yasası, bu örgütlerin amaçlarını gerçekleştirmek için —federal düzenlemelerle belirtilen sınırlar ve koşullar içinde— yabancı kişilere ait kaynakları kullanabileceklerini belirtmiştir. Bu işbirliği, Yugoslav işletmesi (firması) ile yabancı tüzel kişi veya gerçek kişi arasında yapılan ve ortak risk ilkesine dayanan bir sözleşmeyle kurulur.

Ancak, bankacılık, sigortacılık, ülke-içi ticaret ve taşımacılık ile kamu hizmeti niteliğindeki işler yabancı sermayeye kapalı alanlardır. Bu alanlarda yabancı sermaye ile işbirliği, sadece bilimsel araştırma amacıyla yapılabilir. Öte yandan, yabancı sermayeyle işbirliğine kapalı olan alanlarda, istisnai durumlar sözkonusu ise, Hükümet (Federal Yürütme Kurulu), yabancı sermayeyle işbirliği sözleşmesi imzalaması için Yugoslav kuruluşuna izin verebilir. Bunun için, ilgili ekonomik kesimin veya faaliyet alanının hızlı gelişmesine önemli bir katkının getirilmesi sözkonusu olmalıdır. Yugoslav sistemi, yabancılarla yapılacak yatırım sözleşmeleriyle, yabancı tarafa tanınacak hakların, yerli tarafın haklarından farklı veya daha geniş kapsamlı olmasını yasaklamıştır².

Yugoslav sisteminin en ilginç sayılabilecek bir özelliği de, yabancı sermaye yatırımlarına, doğrudan doğruya Federal Anayasa ile güvence sağlanmış olmasıdır. 21 Şubat 1974 tarihinde ilân olunan Yugoslav Federal Sosyalist Cumhuriyeti Anayasasının 27. maddesi, bir birleşik emek örgütüne yatırımda bulunmuş yabancı kişilerin, bu yatırım için yapılmış geçerli sözleşmeden doğan haklarının, daha sonra yapılacak yasalarla kısıtlanamayacağını belirtmiştir.

KONUVA İLİŞKİN BULGAR DÜZENLEMESİ

Bulgaristan'da yabancı tüzel ve gerçek kişilerle kurulacak ekonomik, üretimsel ve teknik işbirliğine ilişkin lik düzenleme 1974 yılında yapılmış, daha sonra 25 Mart 1980 tarihli kararname³ eski düzenlemeyi yürürlükten kaldırarak, onun yerini almıştır⁴.

Bulgar Tüzel Kişileriyle Yabancı Tüzel ve Gerçek Kişiler Arasında Ekonomik İşbirliğine İlişkin Kararname başlığını taşıyan bu düzenleme 5 bölümden oluşmaktadır:

I - Genel Hükümler, II - Tüzel Kişiliği Olmayan Ortaklıklar, III - Tüzel Kişiliği Olan Ortaklıklar, IV - İş İlişkileri ve Mâli Rejim, V - Son Hükümler.

Genel hükümler bölümünde, Kararname'nin genel amacı, Bulgar tüzel kişileriyle yabancı tüzel ve gerçek kişiler arasında ekonomik işbirliğinin teşvik edilmesi olarak saptanmıştır. Bu işbirliğinin her iki taraf için de yararlı koşullar yaratılarak gerçekleştirilmesi de öngörülmüştür. Bu amaçla, yasal alanda ve mâli alanda uygun kolaylıklar yaratılacak, kredi ve gümrük alanlarında ve benzeri konularda da gerekli düzenlemeler yapılacaktır.

- 1) TOPLAK, Ludvik, *The Yugoslav Legal System*, Ljubljana 1978, 184.
- 2) TOPLAK, (dn. 1), 109.
- 3) 16 Mayıs 1971 tarihinde halkoyuna sunulmuş kabul edilmiş Bulgaristan Halk Cumhuriyeti Anayasasının m. 94/2 hükmü, Ulusal Meclisçe seçilen üyelerden oluşan Devlet Konseyine, Meclis toplantıda olmadığı zamanlar, kanun gücünde kararname çıkarılma yetkisi vermiştir.
- 4) İlk kararname 14 Haziran 1974 tarihli ve 1196 sayılıdır. Bunun yerine geçen kararname 25 Mart 1980 tarihli ve 535 sayılıdır.

Bu kararnamenin metni, A.B.D. Kongre Kitaplığı Avrupa Hukuku Bölümü Başkanı Ivan Sıpkov'un yaptığı İngilizce çeviri'den okunmuştur. Bu çeviri, Hukuk Kitaplıkları Uluslararası Derneği yayın organının Ağustos 1980 sayısında yayınlanmıştır: SIPKOV, Ivan, *Legislative Perspectives - Bulgaria: Law on Joint Ventures (March 25-1980)*, *International Journal of Law Libraries*, 1980, vol. 8, n. 4, 154 vd.

Kararnamenin, Bulgar - yabancı işbirliği için öngördüğü faaliyet alanları şunlardır: Endüstri alanında üretime ilişkin, mühendisliğe ilişkin faaliyetler ve bilimsel - teknik faaliyetlerle bunların benzerleri, tarım ekonomisi, inşaat, ticaret, taşımacılık, hizmetler ve turizm.

Kararnameye göre, Bulgar tüzel kişiliyle yabancı tüzel ve gerçek kişiler arasındaki ekonomik işbirliği anlaşmaları, ancak Bulgaristan Bakanlar Kurulunun izniyle gerçekleştirilebilir. Bu işbirliği anlaşmaları için iki biçim öngörülmüştür: "Endüstriyel İşbirliği Anlaşması" ve "Ortaklık Kuran Anlaşma". Her iki anlaşma türü için de öngörülmüş genel amaçlar şunlardır: Üretimin bilimsel ve teknik düzeyini ve kalitesini yükseltmek, verimi arttırmak, dışsatım olanaklarını genişletmek, dış ödemeler dengesini olumlu katkı sağlamak ve ulusal ekonominin ihtiyaçlarını daha iyi karşılamak.

Kararnamenin **İkinci Bölümü**, Tüzel Kişiliği Olmayan Ortaklıkları düzenleyen hükümlere ayrılmıştır. Bu bölümde yer verilen konular, özetle, şunlardır: Tüzel kişiliği olmayan türden bir ortaklık en çok 15 yıllık bir dönem için kurulabilir; bu dönemin sonunda uzatma için Bakanlar Kurulunun izni gereklidir. Taraflar para, mal **know-how** ve haklar biçiminde yatırımlarda bulunabilirler. Aksine bir anlaşma olmadığı hâllerde, kâr ve zarar, ortaklar arasında paylarına göre dağıtılır. Kimi ortakların kâr-zarar dağılımının dışında tutulmasına ilişkin hükümler geçersizdir.

Yabancı katkı oranı yüzde elliden fazla olabilir ama, ortaklığın yönetim organlarının (Yönetim Kurulu ve Müdürler Kurulu) başkanlarının Bulgar yurttaşı olması zorunludur.

Bulgar Dış Ticaret Bankası, yabancı ortakların Bulgar devlet organlarının eylem ve işlemlerinden doğan maddi zararlarının giderilmesi yolundaki istemlerinin karşılanması konusunda güvence verecektir.

Tüzel Kişiliği Olan Ortaklıklara ilişkin hükümlerden oluşan **Üçüncü Bölüm**, ortaklığın yönetim merkezinin Bulgaristanda olacağını ve ortaklığın bir Bulgar tüzel kişisi olacağını belirtmektedir. Bu tür bir ortaklık, Bulgar Ticaret ve Sanayi Odasına tescil edilmekle tüzel kişilik kazanacak; ortaklığın sona ermesi de Odadaki sicilin silinmesi yoluyla kesinleşecektir.

Tarafların ortaklığa getirecekleri katkıları para, ham ve yarı-mamul maddeler, sınai mülkiyet hakları, **know-how** biçiminde olabileceği gibi arazi, binalar, makina ve teçhizat üzerinde kullanma hakları biçiminde olabilir.

Ortaklık Bulgaristan'da taşınmaz mal edinemez. Ancak, yabancı ortağın getirdiği makina ve teçhizat, binalara yerleştirilmiş olsa bile, bunları ithal etmiş olan ortağın mülkiyetinde kalır.

Ortaklıkla, Bulgar gerçek ve tüzel kişileri arasındaki özel hukuk ilişkilerinde, konuya ilişkin Bulgar Hukuku hükümleri uygulanacaktır.

Ortaklıkla, Bulgar tüzel ve gerçek kişileri arasındaki doğacak uyuşmazlıklarda Bulgar mahkemelerinin yetkili olacağı da belirtilen hususlar arasındadır. Ancak, Bulgar tarafın tüzel kişi olması hâlinde, uyuşmazlık, tarafların anlaşmasıyla çözüm için hakeme götürülebilecektir.

Kararnamenin **Dördüncü Bölümü**, İş İlişkileri ve Mali Rejim başlığını taşımaktadır. Bu Bölümün hükümlerine göre, tüzel kişiliği olan ortaklıkların Bulgar yurttaşı işçileri ve Bulgar yurttaşı olan öteki çalışanları, iş ilişkileri ve sosyal sigorta bakımından Bulgar yasalarına bağlı olacaklardır. Yabancı uyruklu işçiler ve çalışanların da, sakatlığa karşı Bulgar yasalarına göre sigorta edilmeleri zorunludur. Bu yabancı uyruklular, ücretlerinin ve öteki gelirinin yüzde 50 ye kadar olan bölümünü Bulgaristan dışına transfer edebileceklerdir.

TÜRK VATANDAŞLIĞI KANUNUNDAKİ DEĞİŞİKLİKLER

Prof. Dr. Ergin NOMER*

17 Şubat 1981 tarihinde yürürlüğe giren 2383 sayılı Kanun Türk vatandaşlık hukukunda önemli değişiklikler yapmıştır. Bu değişiklikler Türk vatandaşlığının kazanılması, Türk vatandaşlığından çıkma ve başka bir devlet vatandaşlığının kazanılması ve Türk vatandaşlığının kaybı konularındadır.

I. TÜRK VATANDAŞLIĞININ KAZANILMASINDA

1. Türk anadan doğanlar

a) 17 Şubat 1981 tarihinden sonra, ister evlilik içi isterse evlilik dışı doğsun, **Türk anadan doğan çocuklar** Türk vatandaşlığını doğumlarından itibaren kazanmış olurlar.

Bu yeni hükmün getirilmesiyle, doğumla Türk vatandaşlığının kazanılması vatandaşlık hukukumuzda şu şekli almıştır: Evlilik içi doğan çocuklar, babalarının veya annelerinin Türk vatandaşı olmaları halinde Türk vatandaşlığını kazanırlar. Evlilik dışı doğan çocuklar, ananın Türk olması halinde yine Türk vatandaşı olacaklardır. Yabancı anadan ve Türk babadan evlilik dışı doğan çocuğun Türk vatandaşlığını kazanabilmesi çocuk ile Türk baba arasında bir nesep rabitasının (nesebin tashihi, babalığın hükümlerle tahakkuku, tanıma) gerçekleşmesine bağlıdır.

Türk vatandaşlığının doğumla kazanılmasına ilişkin bütün bu ihtimallerde çocuğun doğum yeri, yani Türkiye içinde veya yabancı ülkede doğmuş olması, vatandaşlığın kazanılmasında etkili değildir. Ve kazanılan Türk vatandaşlığı doğumdan itibaren geçerlidir. (VatK. m. 1 ve 2).

b) 17 Şubat 1981 tarihinden önce Türk anadan doğmakla beraber, babaları yabancı olduğu için, yürürlükten kaldırılan hüküm gereği Türk vatandaşlığını doğumla kazana-

mamış çocuklara da Türk vatandaşlığını elde etme imkânı tanınmıştır. Bunlar küçük iseler, ana, baba veya kanunî temsilcilerinin baş vurmaları halinde doğumlarından itibaren Türk vatandaşlığını kazanmış sayılırlar. Ana, baba veya kanunî temsilcileri başvurmamış ise, çocuğun kendisi Türk Medenî Kanununa göre reşit olmasından itibaren 3 yıl içerisinde, Türk vatandaşlığını seçebilir. Bu takdirde çocuk seçme hakkını kullandığı tarihten itibaren Türk vatandaşı olur. (VatK Ek Geçici m. 2).

c) Türk anadan doğdukları için Türk vatandaşlığını kazanan çocuklar, babanın yabancı olması sebebiyle doğumla veya sonradan yabancı babanın da vatandaşlığını kazanmış bulunuyorlarsa, bu gibilere reşit olmalarından itibaren iki yıl içinde Türk vatandaşlığından ayrılma hakkı tanınmıştır. (VatK. m. 27 a).

d) Ana Türk olduğu takdirde, babanın yabancı olması çocuğun Türk vatandaşlığını kazanmasında etkili olmamaktadır. Bu esasa uygun olarak, babanın Türk vatandaşlığından çıkması da, ana Türk vatandaşı olduğu takdirde, çocukların Türk vatandaşlığını prensip olarak etkilemez. Ancak,

- (1) ananın ölmüş bulunması veya
- (2) ananın da yabancı olması veya
- (3) velâyetin babada bulunması

hallerinde **küçük** çocuklar da Türk vatandaşlığından çıkan babalarına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kaybederler. Fakat bu kayıp çocukları vatansız yapacak ise çocuklar Türk kalırlar. (VatK m. 32).

2. Türk vatandaşlığını kaybetmiş olanlar

22 Mayıs 1964 tarihinde yürürlükten kalkmış bulunan 1312 sayılı Türk Vatandaş-

* İstanbul Hukuk Fakültesi Devletler Hukusu Hukuku Öğretim Üyesi.

lığı Kanunu hükümlerine göre, vatandaşlıktan "ıskat" edilmiş veya başka bir sebeple Türk vatandaşlığını kaybetmiş doğuştan Türk vatandaşı olan kişilere yeniden Türk vatandaşlığını kazanma imkânı verilmiştir. 17 Şubat 1981 tarihinden başlamak üzere 2 yıl içerisinde yeniden Türk vatandaşlığına geçmek istedikleri takdirde, Türk vatandaşlığına alınmasında bir sakınca görülmemesi halinde Bakanlar Kurulunca ikamet şartı aranmaksızın bu gibiler Türk vatandaşlığına alınabilirler. (VatK. Ek Geçici m. 1 ve VatK. m. 8).

II. TÜRK VATANDAŞLIĞINDAN ÇIKMADA VE BAŞKA BİR DEVLET VATANDAŞLIĞININ KAZANILMASINDA

Türk Vatandaşlığı Kanunumuzun yürürlükten kaldırılan ilgili maddelerinde, izin almadan yabancı bir Devlet vatandaşlığını kendi istekleriyle kazananların Türk vatandaşlıklarını da muhafaza etmelerine müsaade edilmemekteydi. Hatta Türk vatandaşlığından çıkma izni dahi yabancı vatandaşlığın "irade dışı" kazanılma ihtimaline veya kazanılmış olma şartına bağlı idi. Getirilen değişiklikle, Türk vatandaşlarının, Türk vatandaşlığını kaybetmeden yabancı bir Devlet vatandaşlığını kendi istekleriyle kazanabilmeleri imkânı (**çifte vatandaşlık**) prensip olarak kabul edilmiştir.

Bu gibiler şüphesiz Türkiye bakımından bir Türk vatandaşı sayılırlar. Bunun sonucu olarak gerek vatandaşlık hukuku gerekse devletler hususî hukukuna ait işlemler yönünden, onların yabancı Devlet vatandaşlığı değil, sadece Türk vatandaşlığı nazara alınır. Buna mukabil farklı bir durum devletler hukuku alanında görülür. İkinci vatandaşlığına sahip ülkede bulunduğu sürece, o kişi Türk devletinin diplomatik himayesinden mahrum kalır.

1. Türk vatandaşlığından çıkma

Türk vatandaşlığından çıkma izni alınabilmesi için aranılan şartlardan biri de, yabancı bir Devlet vatandaşlığını kazanmış olmak veya kazanacağına ilişkin inandırıcı belirtilerin bulunmasıdır. Bu şartın eski şeklin-

de "iradesi dışında" herhangi bir sebeple yabancı Devlet vatandaşlığını kazanmış olmak veya kazanacağına ilişkin belirtilerin bulunması aranıyordu. Yapılan değişiklikle, yabancı Devlet vatandaşlığının kazanılmasında "herhangi bir sebep" yeterli görülmüştür. Böylece kendi isteği ile de olsa, yabancı bir Devlet vatandaşı olan veya olacağına dair inandırıcı belirtiler bulunan kişiler Türk vatandaşlığından **çıkma izni** alabileceklerdir. (VatK. m. 20 c).

Şartları (VatK m. 20) yerine gelmiş olup, vatandaşlıktan çıkmak isteyen kişi aynı zamanda başka bir Devlet vatandaşı ise, kendisine bir **çıkma belgesi** derhal verilir. Bu çıkma belgesinin verilmesi ile Türk vatandaşlığı kaybedilir.

Vatandaşlıktan çıkmak isteyen kişi, aynı zamanda başka bir Devlet vatandaşı değil ise, yani sadece başka bir Devlet vatandaşlığını kazanacağına ilişkin belirtiler bulunmakta ise, İçişleri Bakanlığınca kendisine bir **izin belgesi** verilir. Bu kişi yabancı Devlet vatandaşlığını kazandığını belirten belgeyi getirdiğinde de çıkma belgesini alır. Çıkma belgesini alan kişi Türk vatandaşlığını kaybetmiş olur.

Kendisine aynı zamanda başka Devlet vatandaşı olmadığı için sadece izin belgesi verilmiş olan kişi üç yıl içerisinde başka Devlet vatandaşlığını kazanma ile ilgili bilgi ve belgeleri yetkili Türk makamlarına vermek mecburiyetindedir. Üç yıl içerisinde gerekli bilgi ve belgelerin verilmemesi halinde, İçişleri Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca, izin belgesi almış olan kişinin Türk vatandaşlığını kaybedip etmediğine karar verilir. (VatK m. 22 I, II ve m. 23 I, II).

2. Yabancı bir Devlet Vatandaşlığını kazanma (çifte vatandaşlık)

Türk Vatandaşlığı Kanununda yapılan en önemli değişiklik, Türk vatandaşlarına kendi istekleriyle yabancı bir Devlet vatandaşlığına da sahip olabilme imkânının verilmesidir. Bunun için aranan tek şart, başka bir Devlet

vatandaşlığını da kazanmak isteyen Türk vatandaşının **izin** almasıdır.

Türk vatandaşlığını muhafaza etmek kaydıyla, yabancı bir Devlet vatandaşlığını da kazanmak isteyen Türk vatandaşına "Bakanlar Kurulunca tesbit edilen esaslara uygun olarak" İçişleri Bakanlığınca **izin belgesi** verilebilir.

Verilen izin belgesinin süresi üç yıldır. Bu süre içerisinde izin belgesini alan Türk vatandaşı yabancı Devlet vatandaşlığını kazanması ile ilgili bilgi ve belgeleri yetkili Türk makamlarına vermek mecburiyetindedir. Bu mecburiyeti yerine getiren Türk vatandaşı, kazanmış olması şartıyla aynı zamanda başka bir Devlet vatandaşlığını da elde etmiş olur. Böylece **çifte vatandaşlık** Türk hukukunda da kabul edilmiş olmaktadır.

İzin belgesinin üç yıllık geçerlilik süresinde başka bir vatandaşlığın kazanılmasıyla ilgili gerekli bilgi ve belgelerin yetkili Türk makamlarına verilmemesi halinde, İçişleri Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca izin belgesi almış olan kişinin Türk vatandaşlığını kaybedip etmediğine karar verilir. Türk vatandaşlığının kaybedilmiş olduğuna karar verilirse, hakkında karar verilen kişi, kazanmış ise sadece yabancı Devlet vatandaşı olarak kalır. Yabancı Devlet vatandaşlığını kazanamamış ise vatansız durumuna düşer. (VatK .m. 22 III, IV ve m. 23 II).

3. Usul

Türk vatandaşlığından çıkma ve ya Türk vatandaşlığı yanında başka bir Devlet vatandaşlığını da kazanma isteği, Türkiye içinde ilgilinin oturduğu yerin en büyük mülkiye amirine, yurt dışında Türk konsoloslughuna bir dilekçe ile yapılır. Bu makamlarca tamamlanan evrak gereği yapılmak üzere İçişleri Bakanlığına gönderilir. (VatK. m. 21).

III. TÜRK VATANDAŞLIĞININ KAYBEDİLMESİNDE

Türk Vatandaşlığı Kanununda yer alan Türk vatandaşlığının kaybı sebeplerine yenileri eklenmiş ve zaten mevcut olan kayıp sebeplerinden bazılarına da vatandaşlığın kaybını temin eden yeni unsurlar getirilmiştir.

1. İzinsiz yabancı Devlet vatandaşlığını kazananlar

Yukarıda belirtildiği üzere, getirilen değişikliklerle başka bir Devlet vatandaşlığını kazanmak isteyen Türk vatandaşlarına izin almak şartıyla Türk vatandaşlığını da muhafaza imkanı tanınmıştır. Ancak izin almaksızın yabancı bir Devlet vatandaşlığını kazanan Türk vatandaşının bu davranışı, vatana bağlılıkla bağdaşmayan bir işlem olarak mütalaa edilmiş ve Türk vatandaşlığının bir kayıp sebebi olmuştur. Bu gibilerin Türk vatandaşlığını kaybettiklerine Bakanlar Kurulu karar verebilecektir (VatK. m. 25a).

2. Türkiyenin güvenliği aleyhine faaliyette bulunanlar

Türk vatandaşlığının yeni bir kayıp sebebi yeni kavramlarla birlikte Kanunun 25 inci maddesine (g) bendi olarak eklenmiştir. Buna göre Türk vatandaşlığının kaybettirilebilmesi için:

Türk vatandaşı,

- (1) Yurt dışında bulunmalıdır. Yurt dışında bulunma sebebi veya yurt dışına çıkış şekli önemli değildir.
- (2) Türkiye Cumhuriyetinin **iç ve dış güvenliği ile kanunun suç saydığı şekilde iktisadî veya malî güvenliği** aleyhine faaliyette bulunmalıdır.

Bu nevi faaliyetleri kişi ya yurt dışında yapmıştır veya yapmaktadır ya da yurt içinde yapıp yurt dışına çıkmıştır. Burada aranan söz konusu faaliyetleri (yurt içinde veya yurt dışında) yapmış olmak ve halen yurt dışında bulunmaktır.

Türkiye Cumhuriyetinin "**iktisadî veya malî güvenliği aleyhine faaliyet**"

Türk vatandaşlık hukukuna ilk defa getirilen hatta Türk hukukunda dahi çok yeni ve henüz kapsamı ve sınırları doktrinde dahi tam olarak çizilmemiş bir kavramdır. İktisadî ve malî nitelikteki bir faaliyetin Türk vatandaşlığının kaybı için sebep teşkil edebilmesi, iki unsuru taşımasına bağlıdır: Birinci unsur, bu nevi bir faaliyeti kanunun suç saymasıdır. Yani iktisadî ve malî suç¹ teşkil eden faaliyet söz konusu olmalıdır. İkinci unsur iktisadî veya malî suç teşkil eden bu faaliyetin Türkiye Cumhuriyetinin iktisadî veya malî **güvenliği** aleyhine olmasıdır. Bu ikinci unsurla, her türlü iktisadî veya malî suçun vatandaşlığın kaybına sebep olması önlenmiş, sadece Türkiye Cumhuriyetinin iktisadî veya malî güvenliği aleyhine olabilecek iktisadî veya malî suçlar nazara alınmıştır. Hangi iktisadî veya malî suçun Türkiye Cumhuriyetinin güvenliği aleyhine olduğu Bakanlar Kurulunun anlayış ve görüşüne bırakılmış gözükmektedir.

(3). Yurt dışında bulunduğu için hakkında Türkiyede kamu davası açılmasına veya ceza kovuşturmasına veya verilmiş bir hükmün infazına imkân olmamalıdır.

Bu üç şartın gerçekleşmesi halinde Türk vatandaşlığını kaybeden ister vatansız kalsın de yurda dönmesi bildirilecektir. Bu süre Sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde 1 aydır. Bu süreler içerisinde yurda dönmeyenlerin Türk vatandaşlıklarını kaybetmelerine Bakanlar Kurulu karar verebilecektir.

Vatandaşlığın kaybettirilmesinde, Türk vatandaşlığını kaybeden ister vatansız kalsın isterse başka bir Devlet vatandaşı bulunsun, prensip olarak **yabancı** statüsüne tâbi olur (VatK m. 29). Vatandaşlık hukukumuzda (g) bendi ile getirilen kaybettirme sebebinde de aynı prensip geçerlidir. Ancak Sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde bu bend hükmüne göre Türk vatandaşlığını kaybedenler hakkında Bakanlar Kurulu "çıkarma" hükümlerinin uygulanmasına da karar verebilecektir (VatK. m. 25 III). Böyle bir karar verilirse

kişinin Türkiyede bulunan malları Hazinece tasfiye edilir. Ve bedelleri nam ve hesaplarına millî bir bankaya yatırılır. Bu kişiler kaybettirme aleyhine Danıştaya başvurduğu takdirde malların tasfiyesi dava sonuna bırakılır (VatK. m. 35 I).

3. Türkiye ile ilgi ve bağlılığını kesenler

Diğer bir Türk vatandaşlığını kaybettirme sebebi Kanunun 25 inci maddesine (h) bendi olarak eklenmiştir. Buna göre,

- (1) herhangi bir yolla yabancı bir Devlet vatandaşlığını kazanmış olup,
- (2) kesintisiz olarak en az yedi yıl Türkiye dışında oturan
- (3) ve Türkiye ile ilgisini ve bağlılığını kesmediğine ve Türk vatandaşlığını muhafaza etmek isteğine delalet edecek resmî temas ve işlemlerde bulunmayanların

Türk vatandaşlıklarının Bakanlar Kurulu kararı ile kaybettirilmesine karar verilebilir.

Burada önemli olan en az yedi yıl boyunca vatandaşlığın gerektirdiği resmî temas ve işlemlere başvurmamış olmaktır. Bu fiili durum, artık Türk vatandaşlığının muhafaza edilme isteğinin bulunmadığına bir karene olarak kabul edilmiştir. Meselâ evlenme, boşanma ve doğum gibi olayları Konsolosluga bildirme Türkiye ile ilgi ve bağlılığın kesilmediğini ve Türk vatandaşlığının muhafaza edilmek isteğinin belirlediği resmî temas ve işlemlerdir.

4. Türk vatandaşlığından "çıkarma"

Meydana getirdiği sonuçlar bakımından en ağırı olan vatandaşlıktan "çıkarma" yeniden düzenlenmiş ve çıkarma sebepleri yönünden hükmün uygulama alanı genişletilmiştir. Yeni düzenlemeye göre Türk vatandaşlığından çıkarmanın şartları şunlardır:

- (1) Yurt dışında bulunmak; Ve bu sebeple kendisi hakkında Türkiye-

1) Özellikle memleketimizde iktisadi suç veya malî suç kavramı da şimdiye kadar doktrinde incelenme konusu yapılmamıştır. Bu konudaki ilk çalışmalar için bkz. ERMAN, Ticari Ceza Hukuku 1976.

de kamu davası açılmasına veya ceza kovuşturmasına veya hükmün infazına imkan bulunmamak,

(2) Türkiye Cumhuriyetinin iç ve dış güvenliği ile kanunun suç saydığı şekilde iktisadî veya malî güvenliği aleyhine yurt içinde veya yurt dışında faaliyette bulunmak,

(3) Yapılan duyuruya rağmen üç ay içerisinde, savaş, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde bir ay içerisinde yurda dönmemek,

(4) Türk vatandaşlığını **sonradan** kazanmış olmak.

Bu şartların gerçekleşmesi halinde Bakanlar Kurulu vatandaşlıktan çıkarma kararı verebilir. Savaş halinde bu hüküm doğumla Türk vatandaşı olanlar hakkında da uygulanabilir. (VatK m. 26).

Vatandaşlıktan bu hüküm gereği çıkarılan kişilerin tâbi olacağı statü ve müeyyideler Türk Vatandaşlığı Kanununun 35 inci maddesinde gösterilmiştir.

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA YENİ KANUN VE TASARILARDA "HUKUK SEÇİMİ"NE İLİŞKİN GELİŞMELER

Prof. Dr. Gülören TEKİNALP*

I. YENİ KANUN VE TASARILAR

Milletlerarası özel hukukta, borçlar hukuku ve ticaret hukukuna ilişkin sözleşmeler alanında, tarafların uygulanacak hukuku seçme imkânına sahip oldukları genellikle kabul edilmektedir¹. Türk hukukunda da, doktrin benzer bir eğilime sahiptir². Fakat, yeni gelişmeler, **aile, miras, eşya hukuku ve haksız fiiller alanında** da hukuk seçimine az veya çok yer verilmesi şeklindedir.

Almanyada, 1979 — 1981 tarihlerinde hazırlanmış bulunan dört Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Tasarısında, aynı isim altında 1978 tarihli İsviçre Tasarısında, bu tasarıya karşı Schnitzer tarafından hazırlanan Karşıtasarıda³, 1978 tarihli Avusturya Milletlerarası Özel Hukuk Kanununda ve 1980 tarihli Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısında hukuk seçiminin alanı genişletilmiştir.

Almanyada ilk Tasarı, Adalet Bakanlığının görevlendirmesi üzerine Günter KÜHNE tarafından hazırlanmıştır⁴ (Kühne Tasarısı). Tasarıda, hem milletlerarası özel hukuk, hem usul hukuku 40 maddede düzenlenmiştir. Kühne Tasarısında, borçlar hukuku, eşya

* İ. Ü. Hukuk Fakültesi Devletler Hususi Hukuku Kürsüsü Öğretim Üyesi.

- 1) SOERGEL-KEGEL, *Bürgerliches Gesetzbuch Bd. VII 10./11. Aufl. Stuttgart-Berlin - Köln - Mainz 1970, Vorbem. 224 Art. 7 EGBGB; RAAPE, Internationales Privatrecht, 5. Aufl. Berlin-Frankfurt a.M. 1961, 457 vd.; STAUDINGER - FIRSCHING, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Internationales Schuldrecht I, 10./11. Aufl. Berlin 1978, Vorbem. 306 Art. 12 EGBGB; SCHÖNENBERGER - JÄGGI, Obligationenrecht, Teilband V 1 a Zürich 1973, N. 198, 202.*
- 2) NOMER, *Milletlerarası Hakemlik Sözleşmelerinde Kanunlar, İhtilâfı Banka ve Ticaret Hukuku Haftası, Tahkim, Ankara 1965, 523; ESENER, Devletler Hususi Hukukunda İradenin Muhtariyeti, AHFD, C. XI 1954, 512; TEKİNALP, G. Acenta Sözleşmesine Uygulanan Kanunlar İhtilâfı Kuralı, İstanbul 1972, 113; GÖĞER, Devletler Hususi Hukuku, Ankara 1977, 314, 318.*
- 3) SCHNITZER, *Gegenentwurf für ein schweizerisches IPR - Gesetz, Schweiz JZ, 76, 1980, 309 vd.*
- 4) Günter KÜHNE, *IPR - Gesetz - Entwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des internationalen Privat und Verfahrensrechts, - Heidelberg/Karlsruhe 1980.*

hukuku ve tüzel kişilere ilişkin hükümlere yer verilmemiştir. Gerekçe olarak, anılan konularda yoğun biçimde AET'de Sözleşmeler yolu ile düzenleme çalışmaları bulunduğu bildirilmiştir⁵. Diğer tasarılarından ikisi mevcut Alman Medeni Kanununa Giriş Kanununun (Alm. MKGK) değiştirilmesi şeklindedir. Fakat, eski düzenlemeden farklı olarak milletlerarası usul hukukuna ilişkin hükümler de aynı sisteme ilave edilmiştir. Bu tasarıdan birisi Neuhaus ve Kropholler tarafından hazırlanmıştır⁶ (Değişiklik Tasarısı). Diğeri ise daha geniş bir milletlerarası özel hukuk uzmanları gurubunun eseridir⁷ (Reform Tasarısı). Son bir Tasarı da milletlerarası özel hukukun bütün konularını içine alacak şekilde düzenlenmiştir^{7a} (Hükümet Tasarısı).

Avusturyada kabul edilen, 1978 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Kanun 1979 da yürürlüğe girmiştir⁸.

Türkiyede, 1976 tarihinden beri İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası İlişkiler Enstitüsünün çalışmaları ile başlatılan⁹ kodifikasyon hareketi, Ankara Hukuk ve Siyasal Bilgiler Fakülteleri ve Adalet Bakanlığının katkıları ile 1980 tarihinde "Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı" adı altında son şeklini almıştır.

II. YENİ KANUN VE TASARILARDA "HUKUK SEÇİMİ" NİN GELİŞME ALANLARI

1. Aile Hukuku

Aile hukukunda, genellikle, kişinin hukuki durumuna ilişkin sorunlar yer almakla beraber, kısıtlı bir şekilde ve ancak bazı alanlarda hukuk seçimi yapılabilmektedir.

1978 tarihli İsviçre ve 1980 tarihli Türk Tasarılarında ve 1979 tarihli Avusturya Kanununda sadece evlilik malları alanında, 1979 tarihli Kühne Tasarısında ve 1980 tarihli Reform Tasarısında hem evlenmenin kişisel hükümleri¹⁰, hem evlilik malları hakkında hukuk seçimi getirilmiştir.

a. Evlenmenin Kişisel Hükümleri

Evlenmenin kişisel hükümleri konusunda, Alman hukukunda, gerek Kühne Ta-

sarısı (m. 14/II), gerek Reform Tasarısında (Tez. 8/II)¹¹ hukuk seçimi kabul edilmiştir. Fakat, iki Tasarı, esas itibariyle birbirinden tamamen farklıdır. Kühne Tasarısında, sadece tek yanlı ve kısıtlı bir hukuk seçimi öngörülmüştür. Reform Tasarısında ise, hukuk seçimi imkânı mukayese edilemeyecek kadar geniş tutulmuştur.

Reform Tasarısının ilgili hükmüne göre, taraflar evlenmenin hükümlerini objektif iribat, bulunan bir hukuka tabi tutabilirler (Tez. 8/III). Görüldüğü gibi, hukuk seçimi, borç sözleşmeleri alanındaki yakın bir genişlikte düzenlenmiştir.

Buna karşılık, Kühne Tasarısında, evlenmenin kişisel hükümlerine uygulanmak üzere sırasıyla: müşterek milli hukuk, son müşterek milli hukuk (taraflardan biri muhafaza etmek şartı ile), müşterek mutad mesken, son müşterek mutad mesken hukuku bağlama kuralı kabul edilmiştir. Fakat, eğer ilk iki durum söz konusu değilse taraflara Alman hukukunu seçme imkânı iki ihtimalde tanınmıştır. Birinci ihtimalde, taraflar,

5) KÜHNE, (dn. 4), 32.

6) NEUHAUS - KROPHOLLER, *Entwurf Eined Gesetzes Über Internationales Privat-und Verfahrensrecht (IPR-Gesetz)*, *RabelsZ.* 44, 1980, 326 vd.

7) BASEDOW - DOPFFEL - DROBNIG - JESSEL - LUTHER - MAGNUS - MARTINY - MÜNZEL - SAMTLEBEN - SIEHR - WAEHLER, *Thesen Zur Reform des Internationalen Privat und Verfahrensrecht*, *RabelsZ.* 44, 1980, 344 vd.

7a) *Gesetz zur neuregelung des Internationalen Privatrechts* (20, März 1981).

8) Metin için bkz. *RabelsZ.* 43, 1979, 375 vd.

9) Bkz. *Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Kanunu, Öntasarısı Sempozyumu*, 22-24 Kasım 1976, İstanbul 1978; Ayrıca bkz. TEKİNALP, G. *Türk "Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Tasarısı"* *İHFM XLIV*, 1978, 1980, 91-121.

10) Alman hukukunda, evlenmenin kişisel hükümlerinde, hukuk seçimi imkânının verilmesi oeniş taraftar bulmaktadır. Bkz. LÜDERİTZ, *Anknüpfung im Parteiinteresse*, *Festschrift Kegel*, 48 vd.; Ayrıca bkz. KÜHNE, (dn. 4), 95 vd.

11) Bkz. (dn. 7), 350 vd. de Reform Tasarısı, tez adı verilen bazı esaslara dayandırılmaktadır.

müşterek milli hukukları Alman hukuku olup da, evlilikleri devam ederken, buna sahip olma durumunu kaybederlerse yeni bir müşterek milli hukuk edinene kadar Alman hukukunu seçebilirler (m. 14/II). İkinci ihtimalde, tarafların hiç müşterek milli hukuku olmamış ise, aynı imkanın eşlerden sadece birinin Alman olması halinde tanınmasıdır.

İsviçre ve Türk Tasarıları ile Avusturya Kanunda evlenmenin kişisel hükümleri hukuk seçimi dışında bırakılmıştır. Hatta, Alman hukukunda mevcut değişiklik tasarısında da aynı çekimsiz eğilim hakim olmuştur.

b. Evlilik Malları

Kühne Tasarısında, evlilik malları konusunda taraflara hukuk seçimi imkanı tanınırken, hangi hukukun seçilebileceği belirlenmiştir. Taraflar, eşlerden birinin milli hukukunu, mutad meskeni hukukunu ve gayrimenkuller açısından da LRS'yi seçebilirler (m. 15). Böyle bir seçim yapılmamışsa, evlilik malları, evlenme anında evlenmenin kişisel hükümlerine uygulanan hukuka tabi tutulmaktadır.

Alman Reform Tasarısının, evlenmenin kişisel hükümlerine ilişkin olarak açıklanan düzenlenmesi, evlenmenin bütün hükümlerini kapsar biçimde öngörüldüğünden, objektif irtibatı olan her hukukun seçilebilmesi imkânı evlilik malları için de mevcuttur (Tez. 8/II).

Alman Değişiklik Tasarısında da, evlilik mallarına ilişkin olarak kısıtlı bir hukuk seçimine yer verilmiştir. Eşler, evlenmeden önce veya sonra evlenme mukavelesi ile taraflardan birinin milli hukuku veya mutad meskeni hukukunu açıkça seçebilirler. Gayrimenkuller için ise LRS de seçimin kapsamına dahil tutulmuştur (m. 14/III). Eğer, hukuk seçimi yapılmamış ise, eşlerin "müşterek" veya "son müşterek" hukukları ve yardımcı bir bağlama kuralı olarak da eşlerin müşterek biçimde yakın ilişki kurdukları hukuk uygulanabilmektedir (m. 14/I).

İsviçre Tasarısında da, eşlere kısıtlı bir seçim imkanı verilmiştir (m. 50). Taraflar, müşterek ikametgah hukukunu veya evlendikten sonra sahip olacakları müşterek ikametgah hukukunu veyahut ikisinden birinin

milli hukukunu seçebilirler. Gayrimenkuller konusunda, LRS'nin seçimi de tarafların sahip oldukları başka bir imkandır (m. 50/III). Taraflar, hukuk seçimini istedikleri zaman yapabilirler (m. 51/I). Hukuk seçimi yazılı yapılmalıdır. Eğer, evlenme mukavelesi ile hukuk seçimi yapılmışsa, tereddüte yer vermiyecek şekilde anlaşılmalıdır (m. 51/II). İsviçre Tasarısında, evlilik mallarına ilişkin hukuk seçiminin muteberiyetinin de seçilen hukuka tabi olduğu açıkça belirlenmiştir (m. 51/III). Schnitzer'in hazırladığı Karşıtasarıda evlilik malları eşlerin o sıradaki ikametgahları hukukuna tabidir. Fakat taraflar yazılı olarak mevcut mal statülerini ve ikametgah hukukunda bulunan evlilik malları statüsünü seçebilirler.

Avusturya Kanununda, evlilik malları hakkında, hukuk seçiminin açıkça yapılabileceği hükmü öngörülmüştür. Eğer, açık bir seçim yapılmamışsa evlenmenin kişisel hükümlerine uygulanan hukuk evlilik mallarını da kapsamı içine almaktadır (m. 19).

Türk Tasarısında da taraflara kısıtlı bir seçim imkanı verilmiştir. "Eşler, evlilik malları hakkında ikametgah veya evlenme anındaki milli hukuklarından birini seçebilirler (m. 14).

c. Bakım Borcu ve Boşanma veya Ayrılığın Hükümlerine İlişkin Nafaka

Alman hukukunda mevcut tasarıılardan sadece Reform Tasarısında, evlilik sırasında eşler arasındaki bakım borcu hakkında, evlilik mallarına ilişkin maddeye atıf yapılarak hukuk seçimine bu alanda da yer verilmektedir. Böylece, objektif olarak irtibatlı bir hukukun seçimi konusunda eşler yetkili olmaktadır (Tez. 9/III).

Eşlerin boşanma veya ayrılmaları halinde, boşanma ve ayrılığın hükümleri boşanmayı veya ayrılığı yöneten hukuka tabidir. Fakat, taraflar bu konuda açıkça başka bir hukukun uygulanmasını kararlaştırabilirler (Tez. 10/II, III).

d. Boşanma

İsviçre Tasarısında çok kısıtlı bir biçimde boşanmaya ve ayrılığa uygulanan hukukun seçimi konusunda taraflara imkan tanın-

mıştır. Eğer müşterek ikametgah veya milli hukuk bulunmuyorsa, eşler müştereken taraflardan birinin ikametgahı veya milli hukukunu seçebilirler (m. 60).

2. Miras Hukuku

Almanyada, Kühne Tasarısında, miras statüsü, ölenin seçtiği hukuktur. Eğer, hukuk seçimi yok ise, ölenin, ölüm anındaki milli hukuku uygulanacaktır (m. 29). Murise tanınan seçim hakkı, hukuk seçimi anındaki milli hukuk, hukuk seçimi anındaki mutad mesken hukuku, evlilik mallarına uygulanan hukuk (eğer hukuk seçimi sırasında evli ise) ve gayrimenkul mallar için lex rei sitae ile sınırlıdır (m. 29/II). Hukuk seçimi açık olmalı ve ölüme bağlı tasarruf şeklinde yapılmalıdır (m. 29/III). Kühne Tasarısının gerekçesinde, seçilen hukukun ilgili bir hukuk olması gereği üzerinde durulmuştur. Akrabaların ve üçüncü kişilerin menfaatlerinin, bu kişilerin uygulanmasını bekliyebilecekleri bir hukukun seçimi ile yeterince korunduğu belirtilmekte, ayrıca mahfuz hisseye ilişkin bir kısıtlamaya gitmenin doğru olmadığı vurgulanmaktadır. Gerekçede açıklandığına göre, hukuk seçimi ile, miras bırakanın kişisel statüsünde mirasın intikaline kadar ortaya çıkabilecek değişikliklerin doğuracağı etkiden daha fazlası meydana gelmez. Bu sebeple üçüncü kişilerin gerçekten himaye edilmesi gereken hukuki beklentileri ilgili herhangi bir hukuktan fazla olamaz.

Alman hukukunda neşredilmiş bulunan diğer Tasarılar da hukuk seçimine yer verilmiştir.

Değişiklik Tasarısında, Kühne Tasarısı gibi kısıtlı bir imkan tanınmaktadır. Muris ölüme bağlı tasarruf ile mutad meskeni veya milli hukukunu ve gayrimenkulleri için lex rei sitae'yi miras statüsü olarak seçebilir. Eğer, hukuk seçimi yapılmamışsa miras, ölüm anında ilgili "kişiye" uygulanacak hukuka tabi olur (Değişiklik Tasarısında kişisel statü özellikle belirlenmemiştir)¹².

Alman Reform Tasarısında, miras statüsünün seçiminde, murise en geniş yetki verilmektedir. Muris, objektif irtibatlı herhangi bir hukuku seçebilir. Seçim, açık veya şüpheye yer vermiyecek şekilde ve ölüme

bağlı tasarruf ile yapılmalıdır (m. 16/II). Muris, her bir gayrimenkulü için lex rei sitae'yi, yani ayrı ayrı buldukları yer hukukunu seçebilir. Eğer, muris ölümü sırasında evli ise, hukuk seçimi evlilik mallarının intikalini de etkiler. Ancak, anılan etki, hayatta kalan eşin bunu kabul ettiğini yazılı olarak açıklamasına bağlıdır (m. 16/III).

İsviçre Tasarısında, eskiden de olduğu gibi mirasın intikalinde, hukuk seçimi kabul edilmektedir. Esas kural ölenin ikametgahı hukuku olmakla beraber, muris milli hukukunu miras statüsü olarak seçebilmektedir (m. 91/I, II). Eğer, muris ölüm anında, artık o devlet vatandaşı değilse veya aynı zamanda İsviçre vatandaşı ise, seçilen hukuk uygulanmaz. Diğer yandan, seçilen hukukta bulunmasa bile, İsviçre hukukundaki mahfuz hisse kuralları yaşayan eş ve çocuklar için garanti teşkil eder. İsviçre hukukundaki mahfuz hisse kurallarının uygulanmasının başlıca şartı eş ve çocukların haklı beklentilerinin zedelenmiş bulunmasıdır (m. 91/II). İsviçre Tasarısına göre, hukuk seçimi şüpheye düşülmeyecek biçimde ve ölüme bağlı tasarruf ile yapılmalıdır. Schnitzer'in Tasarısı da genellikle aynı esaslara sahiptir.

3. Haksız Fiiller

Almanyada yapılan tasarılarından ilk üçünde borçlar hukuku ve eşya hukuku düzenlenmediği için burada sadece Alman hukukundaki son Hükümet Tasarısında yeni bir düzenlemenin getirildiğine işaret edilebilir. Mamafih, Hükümet Tasarısına ilişkin olarak elde edilen metinde de daha önceki çalışmalara ilişkin maddelere atıfta bulunmaktadır. Yalnız belirtilmelidir ki, haksız fiiller¹³ ve eşya hukuku¹⁴

12) Bkz. Değişiklik Tasarısı, (dn. 6), 327 de ehliyet ve kişinin adı "ilgili kişinin hukukuna" tabi tutulmaktadır (m. 6, 7).

13) ERMAN - ARNDT Erman BGB - Handkommentar Bd. 2, 6. Aufl. Münster 1975, Bem. 12 Art. 12 EGBGB; KROP-HOLLER, Ein Anknüpfungssystem für das Deliktsstatut, RabelsZ 33, (1969), 637 vd.; KEGEL, Internationales Privatrecht, 4. Aufl. München 1977, 319; SOER-GEL - KEGEL, (dn. 1) Bem. 39, Art. 12 EGBGB.

14) Özellikle res in transitu için kısıtlı

alanında taraflara hukuk seçimi imkanının verilmesi görüşü uzunca bir süreden beri teklif edilmektedir.

Avusturya Kanununda, haksız fiillerde hukuk seçiminin yapılması kabul edilmiştir.

İsviçre Tasarısında, haksız fiillere ilişkin olarak hukuk seçiminin nasıl ve ne zaman yapılabileceği açıklıkla düzenlenmiştir. Tasarının 130. maddesine göre, "zarara uğrayan" ve "sorumlu", zarar veren olaydan sonra, müşterek mutad mesken veya hakim hukukunu seçebilirler. Diğer yandan, "zarara uğrayan"la "sorumlu" kişi arasında aynı zamanda akdi ve kanuni bir ilişki varsa ve haksız fiil sonucu bu ilişki de zedeleniyorsa, haksız fiile ilişkin talepler, aralarındaki ilişkiye uygulanan hukuka tabidir (m. 131). Arada, akdi ilişki bulunan hallerde akit konusunda yapılmış olan hukuk seçimi, haksız fiili de kapsamına alabilmektedir. Böylece 130. maddeye göre kısıtlı, 131. maddeye göre çok daha geniş bir hukuk seçimi imkanı ortaya çıkmaktadır.

Türk Tasarısında, borç sözleşmeleri konusunda hukuk seçimine açıklık getirildiği (m. 24) gibi, haksız fiiller alanında da dolaylı bir imkan tanınmıştır. Haksız fiillerde temel bağlama lex loci delicti olmakla beraber "Haksız fiilden doğan borç ilişkisinin başka bir ülke ile daha yakın irtibatlı olması halinde, bu ülke hukuku uygulanabilir denilmektedir (m. 25/III). Böylece, taraflar arasında akdi ilişki gibi daha yakın bir iliş-

kinin bulunması halinde hukuk seçimi yapılmışsa, haksız fiile seçilen hukukun uygulanması ihtimaller arasına girmektedir. Diğer yandan taraflar arasındaki kanuni bir ilişki de daha sıkı irtibata dayanak olabilir. Madde bu hususa da imkân verebilecek niteliktedir.

4. Eşya Hukuku

İsviçre Tasarısında, menkuller üzerinde aynı hakların kazanılması veya kaybedilmesinde, sınırlı bir hukuk seçimi düzenlenmiştir. Taraflar, menkulün gönderildiği (çıkış yeri) veya vardığı yer hukukunu veya temeldeki hukuki ilişkinin tabi olduğu hukuku seçebilirler. Böylece akdi ilişki ile aynı hak statüsü arasında bir uyum sağlanmaktadır. Ancak, yapılan hukuk seçimi üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez (m. 106). Schnitzerin Karşı Tasarısında da **res in transitu** için aynı imkan hüküm altına alınmıştır.

bir şekilde önerilmektedir. Bkz. STAUDINGER - STOLL, Kommentar zum BGB mit EG und Nebengesetzen, 10/11. Aufl. Berlin 1976, Bem. 474 vd. Nach Art. 12 EGBGB; DROBNIG, Eigentumsvorbehalte bei Importlieferungen nach Deutschland, RabelsZ. 32, (1968), 460 vd.; DROBNIG, Entwicklungstendenzen des deutschen internationalen Sachenrechts, Kegel Festschrift, 150; STURM, Neue Vorschläge zur IPR-Reform, NJW, (1974) 1037. Karşı fikirde olanlar için bkz. WEBER, Partei Autonomie im Internationalen Sachenrecht, RabelsZ. 44, (1980), 518, fn. 49.

İSVİÇRE DEVLETLER HUSUSİ HUKUKU UYGULAMASINDA BOŞANMIŞ EŞİN YENİDEN EVLENMESİ

Doç. Dr. Yücel SAYMAN*

Bazı devletlerin hukukunda boşanmış bir kişi ile evlenme yasağı vardır**. Bu devletlerin vatandaşları boşanmış bir kişi ile İsviçre'de evlenebilirler mi? Evlenme bir başka ülkede gerçekleşmişse İsviçre'de tanımlanabilir mi?

* İstanbul Hukuk Fakültesi Devletler Hukusu Hukuku Kürsüsü Öğretim Üyesi.

** Yazımızda belirtilen İspanya, İtalya, İsviçre ve Liechtenstein hukuklarındaki kanun hükümleri, ele alınan kararların verildiği tarihlerde yürürlükte olanlardır.

Bazı devletlerin hukukunda ya boşanma yoktur ya da yabancı devlet mahkemelerinden verilen boşanma kararları tanınmamaktadır. Bu devletlerin vatandaşları bir başka ülkede boşansalar bile kendi hukuklarına göre evli sayılmaktadırlar. Bu kişilerin İsviçre'de yeniden evlenmeleri mümkün müdür? Evlenme bir başka ülkede gerçekleşmişse İsviçre'de tanınacak mıdır?

Tüm bu sorunlar İsviçre devletler hususi hukuku uygulamasında yüzlerce olaya konu olmuştur. Sorunların kesin çözümü için Federal Mahkemenin 11 Kasım 1954 tarihli kararından 3 Haziran 1971 tarihli kararı ile 5 Şubat 1976 tarihli kararına kadar 20 yılı aşkın bir sürenin geçmesi gerekmiştir. Yazımızda bu süre içindeki uygulamayı ve gelişmeleri açıklamaya çalışacağız. Yukarıda belirttiğimiz sorunları iki başlık altında topladık: 1. Boşanmış kişinin milli hukukundan başka bir hukuka göre evli sayıldığı durumlar; 2. Boşanmış kişinin milli hukukuna göre evli sayıldığı durumlar.

I. BOŞANMIŞ KİŞİNİN MİLLİ HUKUKUNDAN BAŞKA BİR HUKUKA GÖRE EVLİ SAYILMASI

1. İspanyol ve Liechtenstein hukuklarında vatandaşlığı ne olursa olsun bir katolığın evliliği ancak ölüm ile son bulur. Her iki hukuk düzeninde de katolikler için boşanma söz konusu değildir¹. Bu nedenle, bekâr bir İspanyol ya da Liechtenstein vatandaşı, milli hukuku elverişli olsa bile boşanmış bir katolik yabancı ile evlenemez.

İsviçre devletler hususi hukuku açısından sorun, bekâr bir İspanyol ya da Liechtenstein vatandaşının boşanmış bir katolik İsviçreli ya da yabancı ile İsviçre'de evlenip evlenemeyeceği konusunda belirmiştir². Aynı sorun İsviçre dışında yapılmış evlenmenin İsviçre'de tanınmasında da ortaya çıkmaktadır.

İsviçre'de Kantonların büyük çoğunluğunun uygulamasında, boşanmış bir katolik İsviçreli ya da yabancı ile İsviçre'de evlenmek isteyen İspanyol ve Liechtenstein vatandaşları evlenme belgesi getirmekten³ muaf tutulmaktadır⁴. Bu nedenle sorun mahkeme kararlarına konu olmamıştır.

2. Bazı Kantonların Conseil d'Etat kararlarında, boşanmış bir katolikle evlenmeyi yasaklayan yabancı hukukun İsviçre kamu

1) Liechtenstein'da, ABGB (Algemeines Bürgerliches Gesetzbuch)nin 11. paragrafı gereği, katolikler arası evlilik ancak taraflardan birinin ölümü ile son bulur. Taraflardan birinin evlenme anında katolik olması durumunda bu hüküm uygulanır. İspanyol Medeni Kanunu'nun 42. maddesine göre de, taraflardan birinin evlenme anında katolik olması halinde, ancak dini evlenme yapılabilir. Aynı Kanunun 75. maddesi gereği bu evliliğin düzenlenmesi ve sona ermesi, boşanmayı tanımayan katolik klisesinin koyduğu kurallara tabidir.

2) İsviçre devletler hususi hukukunda LRDC'nin (Loi Fédérale Sur les Rapports de Droit Civil des Citoyens Etablis ou en Sejour) 7. maddesinin c fıkrasının 1. bendi gereği yabancının evlenme ehliyeti ve evlenme engelleri milli hukukuna tabidir. Bu madde evlenme anında olduğu gibi, evlenmenin geçerliliğinin dava konusu olduğu durumlarda da uygulanır (RO 80 I 431, 69 II 344). Aynı madde İsviçre dışında yapılan evlenmelere de uygulanır (RO 80 I 432, 68 II 13/14). 7. maddenin e fıkrası ise, İsviçre'de evlenmek isteyen yabancıya oturduğu Kanton makamlarının evlenme izni vermesini öngörmektedir. Bu izni, evlenme ilgilinin vatandaşı olduğu devlette tanınacaksa verilir. Bu nedenle, ilgili evlenebilmek için kendi devletinin yetkili makamlarından evlenme belgesi (certificat de capacité matrimoniale) getirmek zorundadır. Ancak İsviçre Kanton makamlarının belli durumlarda ilgiliyi evlenme belgesi getirmekten muaf tutarak evlenme izni verme yetkisi vardır (OEC. md. 168-170).

3) Bkz. not 2.

4) 1962 yılında yapılan bir araştırmaya göre, bekâr bir katolik İspanyol'un İsviçre'de boşanmış bir İsviçreli ile evlenmesinde, İspanyol vatandaşını evlenme belgesi getirmekten muaf tutarak evlenme izni veren Kantonlar şunlardır: Zürih, Bâle-Ville, St. Gall (Valais, Neuchâtel, Cenevre, Zoug, Buna karşılık Tessin Kantonu evlenme izni vermemektedir. Soleure Kantonu ise, eşler İsviçre'de ikamet etmiyorlarsa evlenme izni vermemektedir (E. GÖTZ, Le remariage des ressortissants Espagnols en Suisse, Revue de l'Etat Civil, 1962, s. 213).

düzenine aykırı olduğu belirtilmiştir. Turgovie Kantonu Conseil d'Etat'sının 6 Eylül 1955 tarihli kararında⁵, bekâr bir protestan Liechtenstein vatandaşının boşanmış bir katolik İsviçre'li ile İsviçre'de evlenmesi söz konusu idi. Liechtenstein makamları, ABGB'nin 11. maddesinde bir Liechtenstein vatandaşının boşanmış katolik bir yabancı ile evlenmesi yasaklandığı için evlenme belgesi vermemişlerdi. Turgovie Kantonu Conseil d'Etat'sı, protestan Liechtenstein vatandaşının boşanmış katolik bir İsviçreli ile evlenememesini İsviçre kamu düzeninin tahammül edilemez ihlâli olarak görmüş ve Liechtenstein vatandaşını evlenme belgesi getirmekten muaf tutarak evlenme izni vermiştir. Zürich Kantonu Conseil d'Etat'sı da 16 Ekim 1952 tarihli bir kararında⁶, eşlerden birinin katolik olması durumunda boşanmayı yasaklayan Liechtenstein hukukunu kamu düzenine aykırı bulmuştur. Kararda kamu düzenine aykırılığın, Liechtenstein hukukunun münhasıran dini nitelikte olmasından kaynaklanmadığı vurgulanmıştır. Karara göre, kamu düzenine aykırı olan Liechtenstein hukukundaki bu düzenlemenin tüm Liechtenstein vatandaşlarına değil, yalnız katoliklere uygulanmasıdır. Kararda, böyle bir ayırımın dinleri ne olursa olsun kişileri eşit sayan İsviçre hukuk anlayışına ve yasalarına aşikâr bir şekilde aykırı olduğu belirtilmiştir. Aynı kamu düzeni gerekçesi Turgovie Kantonu Conseil d'Etat'sının 17 Şubat 1959 tarihli kararı⁷ ile Argovie Kantonu Conseil d'Etat'sının 28 Ağustos 1974 tarihli kararında⁸ tekrarlanmıştır. Bu son kararda, bekâr bir İspanyol ile Danimarka'da boşanmış katolik bir Danimarkalının, Danimarka'da gerçekleşen evliliklerinden doğmuş çocuğun İsviçre'de sahîh nesepli sayılıp sayılamayacağı incelenmiştir. Varılan sonuç, boşanmış bir katolikle evlenmeyi yasaklayan İspanyol hukukunun İsviçre kamu düzenine aykırı olduğudur. Kararda ayrıca, bu evlenme İsviçre'de yapılmak istenseydi, İspanyol vatandaşının evlenme belgesi getirmekten muaf tutularak, ona evlenme izni verilmesi gerekeceği de belirtilmiştir. Argovie Kantonu Conseil d'Etat'sının bir diğer gerekçesi de Danimarka mahkemesinden verilen boşanma kararı varken ilgilinin boşanmayı

tanımayan milli hukukunun gözönünde tutulmasına gerek olmadığıdır. Aynı gerekçe Federal Mahkemenin ileride değineceğimiz 1971 tarihli kararında da bulunmaktadır. Federal Mahkemenin kararına konu olan olayda, İsviçre'de boşanmış bir yabancının milli hukukundaki engele rağmen İsviçre dışında yaptığı evliliğin tanınmasına karar verilmişti. Argovie Kantonu Conseil d'Etat'sı ise yabancı bir devlet mahkemesinden verilen ve İsviçre'de tanınan boşanma kararına dayanılarak gerçekleştirilmiş evlenmeyi tanımıştır⁹.

Sonuç olarak, İsviçre devletler hususi hukukunda boşanmış bir katolik İsviçreli ya da yabancı ile evlenmek isteyen İspanyol ve Liechtenstein vatandaşları, eğer her iki eşin milli hukukuna göre de başka bir evlenme engeli yoksa, evlenme belgesi getirmekten muaf tutulmakta ve İsviçre'de evlenebilmektedirler. Bir İspanyol ya da Liechtenstein vatandaşı ile boşanmış bir katolik İsviçreli ya da yabancının İsviçre dışında gerçekleştirdikleri evlilik de İsviçre'de geçerli sayılmaktadır.

5) *Revue de l'Etat Civil*, 1960, s. 54 ve 58.

6) *Revue Suisse de Jurisprudence*, 1952, s. 377.

7) *Revue de l'Etat Civil*, 1960, s. 53.

8) *Revue de l'Etat Civil*, 1975, s. 242.

9) ALFRED E. von Overbeck (*Le remariage du Conjoint Divorcé - Selon le Projet de Convention de la Haye sur la Reconnaissance des Divorces et Selon les Droits Allemand et Suisse*, *Revue* 1970, s. 51) kilise hukukundan kaynaklanan ve boşanmış bir kişi ile evlenmeyi yasaklayan İspanyol hukukunu, İsviçre Federal Anayasasının dini gerekçelere dayanan evlenme engellerini yasaklayan 54. maddesinin 2. fıkrasına aykırı görmektedir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi de, 4 Mayıs 1971 tarihli kararında bekâr bir İspanyolun Alman mahkemesinde boşanmış bir Almanla evlenmesini engelleyen İspanyol yasasını, vatandaşlık bakımından bir ayırım yapmaksızın Almanya'da bulunan herkese evlenme temel hakkını tanıyan Alman Anayasasına aykırı bulmuştu (E. NOMER, *Anayasa ve Yabancı Hukuk*, Osman Fazıl Berki Armağanı, Ankara 1977, s. 549).

II. BOŞANMIŞ KİŞİNİN MİLLİ HUKUKUNA GÖRE EVLİ SAYILMASI

Boşanmayı yasaklayan ya da İsviçre Mahkemelerinden verilen boşanma kararlarını tanımayan devletlerin vatandaşlarının İsviçre'de yeniden evlenmek istemeleri, İsviçre devletler hususi hukuku uygulamasında en çok tartışılan konulardan biri olmuştur. İsviçre dışında yapılan evliliklerin İsviçre'de geçerliliği söz konusu olduğunda da aynı sorun ortaya çıkmıştır.

1. İsviçre Federal Mahkemesi 11 Kasım 1954 tarihli **Caliaro** kararında¹⁰, İsviçre'de boşanmış bir İtalyan ile bir İsviçrelinin İngiltere'de yaptıkları evliliğin tanınamayacağına hükmetmiştir. Olayda, İsviçre'de ikâmet eden İtalyan Caliaro İsviçreli karısından İsviçre'de boşandıktan sonra İngiltere'de yeniden bir İsviçre vatandaşı ile evlenmişti. Bu evlilikten doğan çocukların İsviçre'de aile kütüğüne kaydedilmesi talebi, evlenmenin geçersiz olduğu gerekçesi ile Argovie Kantonu makamlarınca reddedilmişti. Federal Mahkeme evlenmenin İsviçre'de tanınamayacağı ve bu nedenle çocuğun sahipsiz olarak kütüğe kaydolunamayacağı kararına varırken başlıca şu gerekçelere dayanmıştır: a. Olayda uygulanması gereken LRDC'nin 7. maddesinin c fıkrasına göre, evlenme ehliyeti her eşin milli hukukuna tabidir. Bu durumda, İtalyan eş kendi hukukuna göre evli sayıldığından ikinci evliliği geçersizdir; b. İtalyan hukukunda boşanma kurumunun bulunmaması İsviçre kamu düzenine aykırı değildir. Evlenmede Kanunlar İhtilâfının Düzenlenmesine İlişkin 1902 tarihli La Haye Sözleşmesi milli hukukun uygulanmasını engelleyen kamu düzeni müdahalesine çok dar sınırlar içinde yer vermiştir. Bu Sözleşme hükümleri çerçevesinde İtalyan hukukunun boşanmayı tanımaması nedeniyle yeniden evlenmeye izin vermemesi münhasıran dini nitelikte bir evlenme engeli olarak ele alınamaz. Kaldı ki, Sözleşme yürürlükte olmasaydı bile, İtalyan hukukunun getirdiği bu evlenme engelini İsviçre'nin temel hukuk ilkelerine aykırı düşüğü ileri sürülemezdi. Nihayet, boşanmanın tanınmaması nedeniyle eşlerden birinin evli diğerinin bekâr sayılması da kamu düzeni müdahalesini gerektirecek bir durum değildir; c. Boşan-

ma kararının bir İsviçre mahkemesinden verilmiş olması durumu değiştirmez. Çünkü boşanma kararı, kadın İsviçreli olduğundan İtalyan kocanın milli hukuku gözönünde tutulmaksızın verilmiştir. Ancak bu, yeniden evlenme sırasında da İtalyan kocanın milli hukukunun gözönünde tutulmamasını gerektirmez. Çünkü İtalyan hukukunun ikinci evliliği tanımaması boşanmayı tanımamasından daha önemlidir ve daha ağır sonuçlar doğurmaktadır.

Federal Mahkeme kararının gerekçeleri arasında eşlerin İsviçre'de de evlenemeyecekleri belirtilmiştir.

Federal Mahkemenin **Caliaro** kararının başlıca özellikleri şunlardır: Boşanmayı tanımayan ve bunu evlenme engeli olarak gören İtalyan hukuku İsviçre kamu düzenine aykırı değildir; boşanma kararının İsviçre mahkemesinden verilmiş olması önemli değildir, çünkü yargılama yetkisinden doğan bir ihtilâf değil, yasama yetkisinden doğan bir ihtilâf söz konusudur; boşanmış bir İtalyanın İsviçre dışında yaptığı ikinci evlilik İsviçre'de tanınmaz. Boşanmış İtalyanın İsviçre'de ikinci evliliğini yapması da mümkün değildir.

2. Federal Mahkemenin **Caliaro** kararındaki esaslar Soleure Kantonu Obergericht'inin 16 Mart 1966 tarihli kararında¹¹ benimsenmiştir. Olayda, İspanyol vatandaşıyken İsviçre vatandaşlığına geçen koca İspanyol karısından İsviçre'de boşanmıştı. Kararda, kadının milli hukukuna göre boşanma olmadığından yeniden evlenemeyeceği, onun İspanyol hukukuna göre belirlenen statüsünün İsviçre'de gözönünde tutulması gerektiği belirtilmiştir.

St Gall Kantonu Conseil d'Etat'sının 14 Şubat 1964 tarihli kararı¹² da aynı yöndedir. Karara konu olan olayda, İsviçre'de boşanmış bir İtalyan vatandaşı evlenme belgesi getirmekten muaf tutularak İsviçre'de yeniden evlenmesine izin verilmesini istemişti. Kararda, yabancı bir kişinin evlenme belgesi getirmekten muaf tutulabilmesi için milli hu-

10) ATF 80 (1954) I, 427; JdT 1955, I, 568.

11) *Revue Suisse de Jurisprudence*, 1967, s. 176.

12) *Revue de l'Etat Civil*, 1960, s. 53.

kuktaki evlenme yasağının İsviçre kamu düzenine aykırı düşmesi gerektiği üzerinde durulmuş ve olayda böyle bir durumun söz konusu olmadığı belirtilmiştir. Karara göre, İtalyan hukukundaki boşanma yasağı münhasıran dini nitelikte bir düzenleme sayılmaz. Çünkü bu düzenleme yalnız belli bir mezhebe ait olanlar için değil, tüm İtalyan vatandaşları için geçerlidir. Bu nedenle 1902 tarihli Sözleşmenin 3. maddesi anlamında kamu düzenine aykırılık yoktur.

3. Federal Mahkemenin 1954 tarihli **Calio** kararı İsviçre doktrin ve uygulamasında olumlu tepki yaratmamıştır¹³. Karardan sonra bir çok İtalyan İsviçre'de yeniden evlenmiş ve hiç bir Kanton makamı İsviçre Medeni Kanunu'nun 121. maddesinin 1. fıkrasına dayanarak bu evliliklerin iptali için dava açmamıştır¹⁴. Bir başka deyişle, Federal Mahkeme kararıyla uygulama arasında çelişki belirmiştir. Turgovie Kantonu Conseil d'Etat'ı 17 Şubat 1959 tarihli kararında¹⁵, İsviçre'de boşanmış katolik Liechtenstein vatandaşının İsviçre'de bir Avusturyalı ile evlenmesine izin verirken, Federal Mahkemenin 1954 tarihli kararını esas olarak benimsemiş, ancak olayın farklı olduğunu ileri sürerek ters yönde bir sonuca ulaşmıştır. Federal Mahkemenin kararına konu olan olayda boşanmış bir İtalyanın evlenmesi söz konusu idi. Federal Mahkeme evlenme engeli öngören İtalyan hukukunu münhasıran dini nitelikte bulmadığı için kamu düzenine aykırı saymamıştı. Turgovie Kantonu Conseil d'Etat'ının kararına konu olan olayda ise boşanmış bir Liechtenstein vatandaşının yeniden evlenmesi söz konusuydu. İtalyan hukuku evlenme engelini tüm İtalyan vatandaşları için öngörülürken, Liechtenstein hukuku aynı evlenme engelini yalnız katolik mezhebenden olan Liechtenstein vatandaşları için koymuştur. Turgovie Kantonu Conseil d'Etat'ının kararına göre İsviçre kamu düzenine aykırı olan da bu ayırımıdır.

Federal Mahkemenin 1954 tarihli kararı ile uygulama arasındaki çelişki Bâle-Ville Kantonu Conseil d'Etat'ının 14 Mart 1968 tarihli **Grigolo** olayında verdiği kararlarla¹⁶ iyice belirgin hale gelmiştir. İtalyan vatandaşı Grigolo İsviçreli eşinden İsviçre'de boşanmış

ve yeniden İsviçre'de evlenmek üzere başvurmuştur. Bâle-Ville Kantonu Conseil d'Etat'ı Grigolo'yu evlenme belgesi getirmekten muaf tutarak evlenme izni verirken, boşanmış eşin yeniden evlenmesi sorununu yasama yetkisinden doğan ihtilâf düzeyinden çıkartmış, yargılama yetkisinden doğan ihtilâf düzeyinde ele almıştır. Karara göre İsviçre mahkemesinden verilen boşanma kararı kişinin yeniden evlenmesinde etkilidir ve artık ilgilinin milli hukuku gözönünde tutulmaz. Kararda evlenme izninin verilmesi belli şartlara tabi tutulmuştur: a. İlk evlilik bir İsviçre Mahkemesinden verilen kararla sona ermiş olmalıdır; b. İlgili İtalyanın evleneceği kişi İtalyan olmamalıdır; c. İlgili uzun süredir İsviçre'de oturuyor olmalı, evleneceği Kantonda da İkametgahı bulunmalıdır¹⁷.

Grigolo kararından bir kaç ay sonra Federal Mahkeme 11 Temmuz 1968 tarihli kararı¹⁸ ile yabancılar arasındaki boşanma davalarına ilişkin içtihadını değiştirdi. Bu kararı ile Federal Mahkeme eşlerden birinin Fransız diğerinin İtalyan olduğu evliliği Fransız hukukunu uygulayarak boşanma ile sona

13) E. GÖTZ, *Le remariage des ressortissants Espagnols en Suisse*, *Revue de l'Etat Civil*, 1962, s. 213; ALFRED E. von Overbeck, *Die Wiederverheiratung des nach scheidungsrechtlich geschiedenen Angehörigen eines Staates, der keine Ehescheidung anerkennt*, *Revue de l'Etat Civil*, 1967, s. 346; Lalive, note sous 11 Nov. 1954, *Annuaire Suisse de Droit International Privé*, 1956, XII, s. 237.

14) A. OVERBECK, *le remariage du Conjoint Divorcé*, s. 54.

15) *Revue de l'Etat Civil*, 1960, s. 53.

16) *Revue de l'Etat Civil*, 1969, s. 180 ve 1970, s. 84.

17) OVERBECK (*Remariage du Conjoint Divorcé*, s. 56) Grigolo kararını idari makamların Federal Mahkemenin 1954 tarihli kararına karşı bir tepki olarak görmekte, ancak olayda uygulanması gereken 1902 tarihli La Haye sözleşmesi ile İsviçre devletler hususi hukuku kurallarının boşanmış eşin İsviçre'de yeniden evlenmesini engellediği kabul edilse bile, idari makama kararda belirtilen şartları ileri sürebilecek geniş bir takdir hakkı tanınmasını kuskuya karşılacaktır.

18) ATF 94 (1968) II s. 65.

erdirmiştir. Doktrin Federal Mahkemenin bu içtihat değişikliğini aynı zamanda boşanmış eşin yeniden evlenmesinde de bir içtihat değişikliğinin işareti olarak görmüştür¹⁹.

Nitekim, Federal Mahkeme 3 Haziran 1971 tarihli **Dal Bosco** kararı²⁰ ile eski içtihadını değiştirmiştir. Dal Bosco İtalyan vatandaşıdır ve İsviçre'de boşandıktan sonra Danimarka'da bir İsviçreli ile yeniden evlenmiştir. Federal Mahkeme, 1954 tarihli **Caliaro** kararının aksine, bu olayda Danimarka'da yapılmış evliliğin İsviçre'de tanınarak aile kütüğüne kaydedilmesine hükmetmiştir. Kararda Federal Mahkeme eski içtihadını eleştirmiş ve evlenmenin yapıldığı Danimarka'nın 1902 tarihli Sözleşmeye taraf olmadığını belirterek, sorunun İsviçre iç hukukuna göre çözümlenmesi gerektiği sonucuna varmıştır. İç hukuk açısından, İsviçre mahkemesinden verilen boşanma kararının sonuçlarından birinin de evlenme engelinin ortadan kalkması olduğu üzerinde duran Federal Mahkeme, İsviçre hukuk düzeninin iç ahenginin sağlanması için evlenmeyi sona erdiren boşanma kararının evlenme engellerini her eşin milli hukukuna tabi tutan LRDC'nin 7/c maddesinden önce gelmesi gerektiğini belirtmiştir. Federal Mahkemeye göre, LRDC'nin 7/c maddesinin bu dar yorumu kabul edilmese bile, söz konusu madde gereği yetkili olan ve boşanmayı tanımayan İtalyan hukuku İsviçre kamu düzenine aykırı düşeceği için uygulanmamalıdır. Federal Mahkeme bu kararı ile, boşanmış eşin yeniden evlenmesi sorununu yasama yetkisinden doğan ihtilâf düzeyinden çıkartarak yargılama yetkisinden doğan ihtilâf düzeyinde ele almıştır.

Federal Mahkeme ayrıca 1902 tarihli Sözleşmenin yürürlükte olduğunu gözönünde tutarak, İsviçre Mahkemesinin kararı ile boşanan bir İtalyanın, bu karar İtalya'da tanınmadıkça yeniden İsviçre'de evlenemeyeceğini belirtmiştir.

4. Boşanmış bir İtalyan vatandaşının İsviçre'de yeniden evlenmesi konusunda Federal Mahkemenin 1954 tarihli **Caliaro** kararı ile 1971 tarihli **Dal Borco** kararı bir noktada aynı sonucu öngörmektedir: 1902 tarihli La Haye sözleşmesi yürürlükte olduğundan, İsviçre Mahkemesinde boşanmış bile olsa bir

İtalyan vatandaşı İsviçre'de yeniden evlenemeyecektir. **Caliaro** kararından sonra kanton makamlarının çoğunlukla bu karara uymadıklarını ve boşanmış İtalyanların yeniden evlenmelerine izin verdiklerini yukarıda belirtmiştik. **Dal Bosco** kararından sonra bu durum ortaya çıkan yeni gelişmeler nedeniyle değişmiştir. İtalya'da 1 Aralık 1970 tarihinde Boşanma Yasası yürürlüğe girmiştir. Ancak Federal Mahkemenin **Dal Bosco** kararını verdiği tarihte yeni Boşanma Yasası uyarınca İsviçre'de verilen boşanma kararlarının İtalya'da tanınıp tanınmayacağı, tanınacaksa bunun hangi şartlarda olacağı belli değildir. Ayrıca, İtalya'da Boşanma Yasasına karşı bir referandum yapılacaktır. Bu referandumda Boşanma Yasasına karşı olanların eline bir silâh vermemek amacıyla da, Brigue'de toplanan Kantonların yetkili makamları İsviçre'de yeniden evlenmek isteyen boşanmış İtalyan vatandaşlarına evlenme izni vermeme kararı almışlardır. O tarihte gerçekleştirilen bir ankete göre²¹, bazı kantonlar yalnız İsviçre'de ikamet eden ve boşanma kararı İtalya'da tanınan İtalyan vatandaşlarına evlenme izni verirken²², bazı kantonlar İsviçre vatandaşlığına geçmek için başvurmuş²³ ya da evlenme ile İsviçre vatandaşı olacak İtalyanlara²⁴ evlenme izni vermiştir. Yalnız Vaud Kantonu Conseil d'Etat'ı 1971 tarihli bir kararında²⁵ olayın özelliğini gözönünde tutarak evlenme izni vermiştir. Olayda İtalyan kocanın yeniden ruhsal dengesine kavuşabilmesi için karısından boşanması psikiatrlar tarafından bir çare olarak

19) OVERBECK, *Remariage du Conjoint Divorcé*, s. 56.

20) RO 97 I 389; JdT 1972 I 565.

21) Pierre MERCIER, *La nouvelle Loi Italienne Sur le Divorce Devant les Tribunaux et les Autorités de Surveillance de l'Etat Civil*, *Revue de l'Etat Civil*, 1972, s. 359.

22) Argovie, Bern, Fribourg, Cenevre, Lucerne, Neuchâtel, St. Gall, Soleure, Tessin, Turgovie, Vaud, Valais ve Zürich Kantonları.

23) Tessin Kantonu.

24) St. Gall ve Cenevre Kantonları.

25) André MARTIN, *L'autorisation de Remariage d'un Italien Rivorcé*, *Revue de l'Etat Civil*, 1972, s. 141-142'den naklen.

önerilmişti. İtalyan koca iyileştikten sonra yeniden eski karısı ile evlenmek için başvurdu. İtalyan makamları İsviçre mahkemesinden verilen boşanma kararının İtalya'da tanınmadığı gerekçesi ile evlenme belgesi vermediler. Eşler ancak Vaud Conseil d'Etat'sının olayın özelliği nedeniyle İtalyan vatandaşını evlenme belgesi getirmekten muaf tutması üzerine evlenebildiler.

5. İtalya'da referandum Boşanma Yasasının aleyhinde olanların yenilgisi ile sonuçlandıktan sonra, İsviçre'de boşanmış İtalyanların yeniden İsviçre'de evlenebilmelerinin önünde engel olarak 1902 tarihli La Haye sözleşmesi kalmıştır. Bu sözleşme uyarınca İtalyan vatandaşının evlenme engelleri milli hukukuna tabidir ve -bu nedenle- yeniden evlenebilmesi İsviçre mahkemesinden verilen boşanma kararının İtalya'da tanınarak evli kaydının silinmesine bağlıdır. İsviçre'nin 1902 La Haye Sözleşmesini feshetmesi²⁶ üzerine bu konudaki milletlerarası sözleşmeden doğan sorumluluğu da kalmamıştır.

Federal Mahkeme 5 Şubat 1976 tarihli kararında²⁷ yeni durumu gözönünde tutarak İsviçre'de boşanmış İtalyan vatandaşının yeniden İsviçre'de evlenebileceğine hükmetmiştir. Olayda İtalyan vatandaşı İsviçre mahkemesinden aldığı boşanma kararının İtalya'da tanınması için başvurmadığını çünkü bu yolun uzun zaman alan bir prosedürü gerektirdiğini ve çok masraflı olduğunu ileri sürmüştü ve evlenme belgesi getirmekten muaf tutulmasını istemişti. Federal Mahkeme, 1971 tarihli **Dal Bosco** kararında olduğu gibi bu kararında da, İsviçre hukuk düzeninin iç ahenginin sağlanması için evlenmeyi sona erdiren İsviçre mahkemesi kararının, evlenme engellerini her eşin milli hukukuna tabi tutan LRDC'nin 7/c maddesinden önce gelmesi gerektiğini belirtmiştir. Federal Mahkeme'ye göre, evlenmeyi sona erdiren kesin hüküm niteliğindeki İsviçre mahkemesi kararına da-

yanılarak evlenebilmek için, bu kararın bir başka devlette (olayda İtalya'da) tanınmasına gerek yoktur. Böylece Federal Mahkeme 1976 tarihli kararı ile de boşanmış eşin yeniden evlenmesini yargılama yetkisinden doğan ihtilâf düzeyinde ele almıştır.

SONUÇ :

1. Hukukları boşanmış bir katolik ile evlenmeyi yasaklayan devletlerin vatandaşları, milli hukuklarındaki bu engele rağmen İsviçre'de evlenebilmektedirler. Eğer evlenme bir başka ülkede, o ülke hukukuna göre geçerli olarak aktedilmişse, bu evlenme İsviçre'de tanınmaktadır. Her iki durumda da, boşanmış bir katolikle evlenmesi yasaklanmış eşin milli hukuku kamu düzeni gerekçesiyle uygulanmamaktadır. 2. Hukukları boşanmayı yasaklayan ya da yabancı bir devlet mahkemesinden verilen boşanma kararını tanımayan devletlerin İsviçre'de boşanmış vatandaşları bir başka ülkede, o ülke hukukuna göre geçerli olarak evlenmişlerse, bu evlilik İsviçre'de tanınmaktadır (Federal Mahkeme 1971 tarihli kararı). İsviçre'de boşanmış yabancı yeniden İsviçre'de evlenmek isterse, milli hukukuna göre boşanma olmadığı ya da boşanma kararı tanınmadığı için evli sayılsa bile, evlenme belgesi getirmekten muaf tutulmaktadır (Federal Mahkeme 1976 tarihli kararı). Her iki durumda da, boşanması yasaklanmış ya da İsviçre mahkemesinden aldığı boşanma kararı kendi devletinde tanınmamış eşin milli hukuku uygulanmamaktadır. Çünkü Federal Mahkeme boşanmış eşin yeniden evlenmesi sorununu yasama yetkisinden doğan ihtilâflar düzeyinde değil, yargılama yetkisinden doğan ihtilâflar düzeyinde ele almaktadır.

26) İsviçre Sözleşmeyi feshettiğini 3 Mayıs 1972'de bildirmiş, Sözleşme 1 Haziran 1974'de yürürlükten kalkmıştır.

27) *Revue de l'Etat Civil*, 1976, s. 199.