

TÜRK POZİTİF MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUNDA HAKSIZ FİİLE UYGULANACAK KANUN

Prof. Dr. Yılmaz ALTUĞ*

Kanunlar İhtilâfında haksız fiile uygulanacak Kanun, 23 Şubat 1330 tarihli Memaliki Osmaniyede Mukim Tebaayı Ecnebiyenin Hakkındaki Muvakkat Kanunda sarîh olarak belirtilmemiştir. Bu hususta sözü geçen muvakkat kanunun 4. maddesi "İhtilâf-ı Kavanin halinde Hukuku Hususiyeyi Düvel Kavaidine tevfikân muamele olunur." (Kanunlar çatışması halinde Milletlerarası Özel Hukuk Kurallarına uygun muamele olunur) demektedir.

Buna uygun olarak Türk Mahkemeleri Kanunlar İhtilâfında haksız fiilin vuku bulunduğu yer kanununu uygulamışlardır.

18 Şubat 1965 te kabul edilen 539 sayılı Demiryolu ile Yolcu ve Bagaj Taşınmasına müteallik Milletlerarası Andlaşma (CIV) ve ekleriyle, Demiryolu ile Eşya Taşınmasına Müteallik Milletlerarası Andlaşma (CIM) ve eklerinin, Ek Protokolün Nihai anlaşmanın onaylanmasının uygun bulunduğu dair kanunun "Yolcu el eşyası ve hayvanların taşınmasına müteallik mütevali sorumluluk" başlıklı 28. maddesinin 1. fıkrası, "Bir yolcunun ölümü, yaralanması ve vücut tamamîyetini haleldar eden diğer hallerde bir trenin lağvı, gecikmesi veya telakiye yetişmemesi

yüzünden husule gelen zarar ve ziyan hususunda demiryolunun sorumluluğu, hadisenin vukubulduğu devletin kanun ve nizamlarına tâbidir. Bu kısmın aşağıdaki maddeleri bu hallere tatbik edilemez." demektedir.

Bu suretle birden fazla Kanunun uygulanabileceği, Kanunlar ihtilâfının doğabileceği hallerde "hâdisenin vuku bulunduğu devletin Kanununa tâbi olması" kuralı Türk pozitif Hukukuna bir andlaşmayı onaylayan kanunla açık olarak girmiştir.

Nihayet bu kural 2675 sayılı ve 20/5/1982 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 25. maddesi olarak genel bir uygulama için de kabul edilmiştir. Bu madde şöyledir:

"Haksız fiilden doğan borçlar haksız fiilin işlendiği yer hukukuna tabidir. Haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması halinde, zararın meydana geldiği yer hukuku uygulanır.

Haksız fiilden doğan borç ilişkisinin başka bir ülke ile daha yakın irtibatlı olması halinde bu ülke hukuku uygulanabilir."

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

YABANCI BOŞANMA İLAMLARININ TÜRKİYE'DE TANINMASINA İLİŞKİN İLK GÖRÜŞLER

Prof. Dr. Tuğrul ANSAY*

I. GENEL OLARAK

"Muvakkat" kaydı ile 1330 (1915) tarihinde yürürlüğe giren "Türkiye'de Bulunan

Yabancıların Hukuk ve Vazifeleri Hakkındaki

* Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Kanun" Türkiye Cumhuriyetinin kuruluşundan yaklaşık 60 yıl sonra yerini 2675 No.lu "Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun"a bıraktı¹.

İkinci Dünya Savaşı'nın bitiminden sonra başlayan, kanunlar ihtilafı konularının antlaşmalarla düzenlenmesi yönündeki bir gelişme Türkiye tarafından da benimsendiğinden, ülkemiz bir çok milletlerarası antlaşmaya imza koymuştu. Bu gelişmenin sonucu 1330 tarihli "Muvakkat Kanun" esasen bir ölçüde arkaya itilmiş bulunmakta idi. Çok genel ve yetersiz olan bu Kanun'a işlerlik kazandırmak için hukuk bilginleri yayınları ile mahkemelerimiz kararları ile bugüne kadar büyük katkılarda buldukları inkâr edilemez. Ancak, yeni bir kanun yapılması ihtiyacı, yurt dışında sayıları gittikçe artan Türkler'in de baskısı ile, son zamanlarda bazı Avrupa ülkelerinde kendini hissettiren devletler özel hukukunu kanunlaştırma modasına² Türkiye'nin de katılmasını sağladı. Yeni Kanun'un ilk tohumları 1976'larda atıldığına göre³, 6 yıllık bir süre, çok daha uzun yıllardan beri çalışmalarını tamamlayamamış olan Almanya ve İsviçre gibi ülkeler karşısında, takdir edilecek bir başarıdır.

Yeni Kanun'un önemli bir özelliği sadece milletlerarası özel hukuku değil, milletlerarası usul hukukunu da kapsamına almasıdır. Milletlerarası usul hukuku alanının tatbikatı yakından ilgilendiren konularından bir tanesi, üzerinde bugüne kadar ülkemizde çok tartışmalar yapılan yabancı ilâmların tanınması ve tenfizidir⁴. Aşağıdaki satırlar, konunun bir parçasını teşkil eden yabancı boşanma ilâmlarının Türkiye'deki etkisini yeni Kanun hükümleri karşısında ortaya koymak için kaleme alınmış ilk görüşler niteliğindedir.

Yabancı boşanma ilâmlarının Türkiye'de tenfizinin (ve de tanınmasının) ana engelleyicileri HYUK m. 537 vd. ile Türkler'in boşanma davasında Türk mahkemelerine mutlak yetki verdiği ileri sürülmüş olan aynı Kanun'un 18'inci maddesi idi. Bu nedenle, yurt dışındaki Türkler'in ya yabancı mahkeme kendisini yetkili görmediğinden boşanabilmek için Türkiye'de dava açmaları, yahut da yabancı ülke mahkemesi kendisini yetkili sayarak boşanmaya karar verdiğinde bu karar

Türkiye'de geçerli olmadığından Türkiye'de yeniden boşanmaları gerekiyordu. İkinci bir boşanma kararını Türkiye'de yeniden almaları gerekiyordu. İkinci bir boşanma kararının Türkiye'de alınmaması topal hukuki durumlara neden olmakta idi. Buldukları ülke vatandaşları ile evli olan Türkler'in yurt dışında boşanmalarında da ikinci bir boşanma kararına Türkiye'de erişilmemesi aynı şekilde topal durumlar yaratmakta idi⁵. Yeni Milletlerarası Özel Hukuk kanunu HYUK m. 18'i ve m. 537 vd.ı kaldırarak (m. 43) bu uygulamaya bir son vermiştir. Bu suretle hem milletlerarası antlaşmalara ve doktrindeki görüşlere paralel, hem de pratik gereksinimlere uyan yeni bir döneme girilmesi sağlanmıştır. Ancak bu yeni durumun bazı aksaklıklara neden olabileceği de beklenebilir.

- 1) Kabul tarihi 20.5.1982, Resmi Gazete 22.5.1982, No. 17701. Kanun'un 47. maddesine göre yayımı tarihinden itibaren altı ay sonra yürürlüğe girecektir.

Yeni Kanun ile ilgili türkçe ve yabancı dilde yazılmış şu eserlere bakılabilir:

- SEMPOZYUM : Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Kanunu Öntasarısı Sempozyumu, 22-24 Kasım 1967, İstanbul 1978; TEKİNALP, Der türkische "Gesetzentwurf über internationales Privatrecht und Zivilverfahrensrecht" RabelsZ 1982, 26 ff.; ULUOCAK, des Reformes en Droit International Privé Turc, Boletim Do Ministério da Justiça, Nr. 302, 1981, S. 13-23 (Lisboa).
- 2) Yeni kanunlar hakkında bak. NOMER, Devletler Hususi Hukuku, 2. bası, 1982. NOMER'in kitabı yeni Kanunumuz hakkında yazarın görüşlerini de yansıtmaktadır.
- 3) Sempozyum, 1.
- 4) Bu konuda en son eser: SAKMAR, Yabancı İlâmların Türkiye'deki Sonuçları, İstanbul 1982. Ayrıca bak. ANSAY, Variations on the Theme of Enforcement of Foreign Money Judgments, Festschrift für Wilhelm Wengler, Multitude Legum Ius Unum, Vol. 2, Berlin 1973.
- 5) ANSAY, Almanya'da boşanan Türklerin hukuki sorunları, Siyasal Bil. F. Der. 1972, C. 27, S. 3 vd.; ANSAY/MARTINY, Die Gastarbeiter Familie im Recht, 193 (ANSAY/GESSNER, Gastarbeiter in Gesellschaft und Recht), Beck Verlag, München 1974.

II. YABANCI BOŞANMA İLÂMLARINI TANIMANIN ŞARTLARI

A. Yeni Kanun öncelikle yabancı ilâmların tenfizini hükme bağlamıştır (m. 38), Madde 42'de tanıma düzenlenirken tenfiz hakkındaki m. 38'e atıf yapılmıştır⁶. Bu göndermenin tatmin edici olduğu söylenemez.

Yabancı bir mahkeme ilâmının tenfizi için yetkili Türk mahkemesinin bir tenfiz kararı vermesi gerekmektedir. Bu tenfiz kararının verilmesi için aranacak şartları madde 38 şöyle ifade etmektedir:

"a) Türkiye Cumhuriyeti ile ilâmın verildiği Devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma yahut o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilamların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün veya fiilî uygulamanın bulunması,

b) İlamın Türk Mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması,

c) Hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması,

d) O yer kanunları uyarınca, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağırılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyapta hüküm verilmiş ve bu kişinin yukarıdaki hususlardan birine dayanarak tenfiz istemine karşı Türk Mahkemesine itiraz etmemiş olması,

e) Türklerin kişi hallerine ilişkin yabancı ilamda Türk kanunlar ihtilafı kuralları gereğince yetkili kılınan hukukun uygulanmamış ve Türk vatandaşı olan davalının tenfize bu yönden itiraz etmemiş olması".

Yabancı mahkeme ilâmlarının tanınmasına ilişkin olan madde 42 yukarıdaki madde ile birlikte ele alındığında tanıma için şu şartların arandığı belirmektedir:

"a) İlamın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması,

b) Hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması,

c) Türklerin kişi hallerine ilişkin yabancı ilamda Türk kanunlar ihtilafı kuralları gereğince yetkili kılınan hukukun uygulanmamış

ve Türk vatandaşı olan davalının tenfize bu yönden itiraz etmemiş olması".

B. Yabancı boşanma ilâmlarının tanınmasının şartları:

1. Yeni Kanun, bir kere, tanıma için karşılıklılık şartını aramamıştır. Bu nedenle Türk mahkemelerinin verdiği boşanma ilâmları yabancı bir ülkede tanınmasalar bile o ülke mahkemelerinin verdiği aynı nitelikteki kararlar Türkiye'de tanınabilecektir (m. 42 ve 38). Kanun tanımada, karşılıklılık arayan eskimiş görüşü terketmektedir. Ayrıca, savunma hakkının zedelenmiş olması da artık yabancı mahkeme ilâmının Türkiye'de tanınmasına bir engel değildir (Karş. m. 38 d).

2. Yabancı ilâmın Türk mahkemelerinin münhasır yetki alanına girmemesi gerekmektedir. Yeni Kanun HYUK m. 18'i ve m. 540'ı kaldırdığından boşanma konusunda Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi kalmamıştır. Bu nedenle de yabancı mahkemelerin verdikleri boşanma kararları Türkiye'de tanınabileceklerdir.

Kanun, kararı veren mahkemenin Türk hukukuna göre yetkili olup olmadığı şartının aranmasını da öngörmemektedir⁷. Bu nedenle eğer yabancı mahkeme kendi bulunduğu ülke yasalarına göre davayı görmüş ise artık bu karar Türkiye'de tanınabilecektir. Bunun sonucu olarak bundan böyle örneğin Nevada'da alınan **Reno** tipi boşanmalar Türkiye'de geçerli olacaklardır.

Madde 28'in bu görüşün karşısında olduğunu savunmak mümkün değildir. Kanımca adı geçen madde Türkiye'de ikametgâhı bulunmayan Türklerin kişi hallerine ilişkin davaların Türk mahkemelerinde de görülebileceğini hükme bağlamakta ve Türkiye'de ikametgâh bulunmadığından hangi Türk mahkemesinin davayı görmeğe yetkili olduğu sorununa bir çözüm getirmektedir. Başka bir deyimle, madde 28'de kullanılan "Türkiye'de ikametgâhı bulunmayan Türk vatandaşlarının, kişi hallerine ilişkin davaları, ikamet ettikleri

6) İlk tasarıda da böyledir. Bak Sempozyum, 27, 293.

7) Karş. HYUK m. 540 II (eski şekli) ve SAKMAR, 65/66.

ülke mahkemesinde açılmadığı veya açılmadığı takdirde" ifadesi, boşanma davasının sadece Türk vatandaşlarının ikamet ettikleri ülke mahkemesinde açılabileceği anlamına gelmemelidir. İlk tasarıda ve İstanbul'da yapılan kollokyumdan sonra hazırlanan metinde kullanılan ifadeler gayet açıktır. İlk tasarının metni şöyledir:

"Türkiye'de ikametgâhı olmayan Türk vatandaşının kişisel haline ilişkin davaları, ilgili Türkiyede sakin değilse Türkiyedeki son ikametgâhı mahkemesinde, bulunmadığı takdirde Ankara mahkemesinde görülebilir". İlk tasarının gerekçesinde de açıklandığı üzere bu madde ile Türk mahkemelerinin ahkâmı şahsiye konusunda mutlak yetkili olacağı biçimindeki anlayış, "milletlerarası alandaki gelişmeler ve yabancı ülkelerdeki Türk vatandaşlarının durumu gözönünde bulundurulurken bertaraf edilmiş ve Türk mahkemelerinin bu konudaki yetkisi tamamlayıcı bir kural olarak ele alınmıştır"⁸. Son tasarıda madde 26'da kullanılan ifade de ilk tasarının 25 inci maddesindekinin aynısıdır. Amaç yabancı ülkedeki ikametgâh mahkemesi dışındaki mahkemelerin yetkili olamayacağını belirtmek değildir. Tasarı kanunlaşırken yapılan değişiklikler yabancı mahkeme ilâmlarının tanınmasını kolaylaştıracak yönde olduğuna göre madde 28'in dar anlamda yorumlanması ve Türklerin sadece ikamet ettikleri ülke mahkemelerinde boşanabilecekleri sonucuna varılması yerinde olmaz.

3. Yabancı boşanma ilâmının Türkiye'de tanınması için aranacak şartlardan bir diğeri de boşanmaya Türk kanunlar ihtilafı kuralları gereğince yetkili kılınan hukukun uygulanmış olmasıdır. Yeni Kanun boşanmaya uygulanması gerekli hukuku madde 13'de şöyle belirtmektedir:

"Boşanma ... sebepleri ve hükümleri eşlerin müşterek milli hukuklarına tabidir.

Eşler ayrı vatandaşlıkta iseler müşterek ikametgâh hukuku, bulunmadığı takdirde müşterek mutad meskenleri hukuku, bunun da bulunmaması halinde Türk hukuku uygulanır".

a) Buna göre iki Türk vatandaşının boşanmalarında tanıma için yabancı mahkeme-

nin Türk hukukunu uygulamış olması aranacaktır.

b) Taraflardan biri Türk, diğeri ise örneğin hem Türk, hem de Alman vatandaşı ise nasıl hareket edilmesi gerektiğini madde 4 b açıklığa kavuşturmuştur. İlgili fıkraya göre, birden fazla vatandaşlığa sahip olanlar hakkında, bunların aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları halinde Türk hukuku uygulanır. Şu halde bir boşanma davasında taraflardan biri Türk, diğeri hem Türk ve Alman vatandaşı ise boşanma ilâmının Türkiye'de tanınabilmesi için Alman mahkemesinin Türk hukukunu uygulaması istenecektir. Oysa Alman devletler özel hukuku kurallarına göre boşanmaya kocanın millî hukuku, kadın Alman tabiiyetinde ise Alman hukuku uygulanmaktadır (EGBGB m. 17)⁹.

c) Boşanma davasında taraflardan biri Türk diğeri yabancı (Alman) ise müşterek millî hukuk bulunmadığından yeni Kanun m. 13'e göre müşterek ikametgâh hukuku, o da yoksa müşterek mutad mesken hukuku uygulanacaktır. Bu hüküm nedeniyle örneğin Almanya'da oturan bir Türk vatandaşının Alman tabiiyetindeki veya başka bir tabiiyetteki eşinden boşanma davasında yetkili mahkeme müşterek ikametgâh hukukunu uygulamışsa ilâm Türkiye'de tanınacak, fakat tarafların ayrı ayrı millî hukuklarını veya kocanın milli hukukunu uygulamışsa tanıma engellenebilecektir.

d) Madde 13'e göre, ayrı vatandaşlıktaki eşlere uygulanabilecek müşterek ikametgâh veya müşterek mutad mesken hukuku bulunamazsa Türk hukuku uygulanacaktır. Bu ifadenin kullanılmasının nedeni taraflardan birinin Türk olması halinde Türk hukukunun uygulanmasına üstünlük verilmesidir¹⁰. Ancak uygulamada bazı güçlükler doğması mümkündür. Şöyle ki:

Madde 13 aslında tek yönlü bir bağlama kuralı olup Türk yargıcına hitap eder görünmektedir¹¹. Eğer boşanma konusuna Türk

8) *Sempozyum*, 22.

9) *FERİD, Internationales Privatrecht*, § 8-148 vd., Berlin 1975.

10) *Karş. Tasarı m. 9 ve 10 hakkında verilen gerekçeler (Sempozyum, S. 12 ve 13.*

11) *Tasarı m. 9 ve 10 hakkında verilen ge-*

mahkemesi bakmakta ise ve taraflardan sadece birisi Türk ise, müşterek ikametgâh veya mutad meskenin bulunmaması halinde Türk yargıcı Türk hukukunu uygulayarak boşanmayı karara bağlayacaktır. Ancak yabancı ilâmların tanınması (ve tenfizi) bakımından bu husus nazara alınmadığından bir Türk'ün taraf olduğu boşanma davasında yabancı mahkemenin son çare olarak Türk hukukunu uygulaması gerektiği sonucu çıkarılabilir. Bunu misâl ile şöyle canlandırabiliriz: Almanya'da, Türk veya Alman tabiiyetinde olmayan eşinden boşanmak isteyen Türk vatandaşının, o ülkede eşi ile paylaştığı müşterek bir ikametgâhı veya mutad meskeni de yoksa (özellikle terk olaylarında karı ayrı yaşama hakkını elde etmişse müşterek bir ikametgâh veya mutad meskenden söz edilemiyebilir), Alman mahkemesi son kademe olarak m. 13'e göre boşanmaya Türk hukukunu uygulamak durumundadır. Oysa kanımca m. 13'deki "Türk hukuku" kuralını, "hakimin hukuku" biçiminde anlamak doğru olacaktır. Diğer bir ifade ile, örneğin bir Alman mahkemisinin, boşanmaya uygulanacak hukuk merdiveninde son basamak olarak Türk hukukunu değil, mahkemenin bağlı bulunduğu ülkenin hukuku olan Alman hukukunu uygulaması verilen boşanma ilâmının Türkiye'de tanınabilmesi (ve tenfizi) için yeterli olacaktır.

e) Yabancı mahkeme, Milletlerarası Özel Hukuk K. M. 13'de öngörülen yetkili hukuk yerine başka bir hukuku uygulasa ve fakat bu hukuk da esas itibariyle Türk hukukundan farklı bulunmasa acaba tanıma şartı gerçekleşmemiştir denebilir mi? Örneğin yabancı mahkeme iki Türk vatandaşının boşanma davasında Türk hukukundaki zina maddesini değil de kendi ülkesinin ilgili kanundaki zina maddesini zikrederek boşanmaya hükmederse verilen karar Türkiye'de tanınmamalıdır? Kanımca m. 13 esas itibariyle Türk yargıcına hitaben uygulanması gerekli bağlama kurallarının sırasını vermektedir. Eğer yabancı mahkeme bu sıraya uymamasına rağmen muhteva bakımından aynı olan hükümleri uygulamışsa tanımanın reddi için bir neden vardır denemez. Esasen yeni Kanun'un ruhu tanımayı mümkün olduğu kadar kolaylaştır-

mak olduğuna göre, yabancı mahkemenin muhtevası aynı olan başka bir hukuku uygulaması kanımca tanımayı engellememelidir (Karş. aş. f.).

f) Milletlerarası Özel Hukuk K.'a göre yetkili sayılan hukukun yabancı mahkeme tarafından uygulanmaması tanımanın resen reddedilmesi sonucunu doğurmaz. Tanımanın ilk iki şartının hilafına, yani münhasır yetki ve kamu düzeni şartlarından farklı olarak, Türk kanunlar ihtilafı kuralları gereğince yetkili kılınan hukukun yabancı mahkemece uygulanmaması tanımaya karar verecek Türk mercii tarafından resen nazara alınamayacaktır. Madde 42 ve (38) burada "Türk vatandaşı olan tarafın tenfize bu yönden itiraz" etmiş olmasını aramıştır.

(1) İtiraz vaki olmazsa, yabancı mahkeme yetkili hukuku uygulaması da, tanıma mümkündür. Bu suretle tarafların uyuşması halinde lüzumsuz uzatmaları Kanun önlemektedir.

(2) Yetkili hukukun yabancı mahkeme tarafından uygulanmaması halinde itiraz hakkı sadece davalının Türk vatandaşı olması halinde mümkündür. Diğer bir ifade ile, bir kere sadece asıl davada davalı olan tarafın itiraz hakkı vardır. Ayrıca bu davalı ancak Türk tabiiyetinde ise itiraz edebilir. Şu halde Türk vatandaşının davacı olması, davalının ise yabancı olması halinde tanımaya itiraz mümkün olamayacaktır. Kanun yabancı bir ülkede dava edilen Türk vatandaşını korumak istemekte¹² ve ona bir itiraz imkanı sağlamaktadır.

(3) "İtiraz" aslında yabancı ilâmların tenfizi halinde önem kazanmaktadır. Madde 39'a göre tenfiz istemine ilişkin dilekçe karşı tarafa tebliğ edilir ve karşı taraf tenfize karşı itirazlarını ileri sürebilir. Oysa tanıma sadece "yabancı ilâmın tenfiz şartlarını taşıdığı için mahkemece tespitine bağlıdır" (m.

rekçeler: "Buna karşılık davanın Türk mahkemesinde görülmesiyle gerçekleşen yer itibariyle bağlantı Türk Kanununun uygulanması için yeterli olarak mütalaa edilmiştir" (Tasarı m. 9 gerekçesi).

¹² Tasarı m. 33 gerekçesi, Sempozyum, S. 26.

42 1). Aradaki farkı **Nomer** açık bir şekilde dile getirmiştir :

"Tanıma özel bir talebi gerektirmez, belirli bir olayda eğer tanıma için aranan şartlar mevcut ise, mahalli makamların hukuki ve özel bir tasarrufuna lüzum kalmaksızın, ipso iure, gerçekleşir. Taraflardan biri hukuken himayeye layık bir menfaatini davada kabul ettireblimek için yabancı bir mahkeme kararının tanınmasını, meselâ bir boşanma hükmünün kesin hüküm kuvvetinin nazara alınmasını o anda tespit ettirmiş olmaktadır."¹³

Gerçi tanımanın da bir mahkeme kararı ile yapılacağı madde 42'de öngörülmüştür. Ancak mahkemenin yapacağı bir tespit işlemdir ve bu her zaman bir davacı ve davalının bulunmasını gerektirmez. Bunun sonucu olarak da, yabancı ilâmların tenfizinde önem taşıyan "itiraz" tanıma işleminde değerini yitirmektedir.

Durumu bir misâl ile şöyle açıklamak mümkündür: İngiltere'de ikamet eden bir Türk'ün, Almanya'da ayrı bir ikametgâh edinmiş olan eşinden boşanmak için İngiltere'de dava açtığını düşünelim. Eğer İngiliz mahkemesi boşanmaya müşterek millî hukuk olan Türk hukuku yerine İngiliz hukukunu uygulamış ise ve boşanma davasını açmış olan Türk vatandaşı sonradan Türkiye'de evlenmek istese boşanmanın önce bir Türk mahkemesi tarafından tespit edlimesini, yani tanınmasını sağlamak zorundadır. Tespit kararı ile tanımayı gerçekleştirecek olan mahkemenin, örneğin aradan 10 yıl gibi bir süre geçtikten sonra İngiltere'de açılan davada davalı bulunan tarafı davet etmesi işin mahiyeti ile bağdaşmaz. Böyle bir davet tanımayı adeta bir tenfiz durumuna getirir ve çok güçleştirir.

C. Son olarak, yurt dışında çalışan Türkler bakımından ortaya çıkabilecek bazı

pratik sorunlara değinmek isterim. Boşanma davasında her iki tarafın Türk vatandaşı olması halinde, özellikle karşılıklı rıza varsa, yeni Kanun bir kolaylık getirmiştir denebilir. Bugüne kadar davanın Türkiye'de açılması gerekirken bundan böyle yabancı ülkedeki boşanma Türkiye'de tanınabilecektir. Tabii bu hususta davanın taraflara maliyeti ve dava süresi bu hususta rol oynayacak önemli faktörlerdir. Yeni Kanun taraflara bir dereceye kadar seçme imkanı bırakmaktadır. Çünkü Türkiye'de boşanma davası açma olanağı eskiden olduğu gibi devam edegelmektedir. Madde 28, "Türkiye'de ikametgâhı bulunmayan Türk vatandaşlarının, kişi hallerine ilişkin davaları, ikamet ettikleri ülke mahkemesinde açılmadığı veya açılmadığı takdirde Türkiye'de ... görülür" demek suretiyle bunu açıkça ifade etmektedir.

Yabancı bir ülkede boşanma davasının açılması taraflardan birinin Türkiye'de oturması ve boşanmayı arzulamaması halinde sorun doğurabilir. Bu gibi durumlarda boşanma davasının yabancı bir ülkede açılması, Türkiye'de ufak bir kasabada oturan tahsilsiz eşe savunma hakkını tam olarak kullanma imkanını verebilecek midir? Davanın görüldüğü mahkeme kanunları uyarınca mahkemeye usulüne uygun bir davet bulunsa ve davalı mahkemede temsil edilse bile dil sorunu başta olmak üzere çeşitli nedenlerle gerçek bir savunmanın mevcut olabileceğinden her zaman sâz edilebilir mi (m. 38 d). Kaldı ki, yeni Kanun'da savunma olanaklarından yararlandırılmama itirazı sadece tenfiz konusunda öngörülmüş olup, tanıma halinde aranmamıştır (m. 42 1).

13) Tenfiz şartlarının tanımaya uygulanması bakımından eski Kanun zamanındaki durum için bak. SAKMAR, 167 vd.