

**BİR ALMAN YURTTAŞININ TEMSİLCİ ARACILIĞIYLA
(ELDEN) EVLENMESİNİN DEVLETLER ÖZEL HUKUKU
BAKIMINDAN ORTAYA ÇIKARDIĞI SORUNLAR***

Prof. Dr. Albrecht DIECKMANN

Çevirenler: Dr. Ejder YILMAZ

Dr. Necip ORTAN

Bremen İstinaf (Eyalet) Mahkemesi, geçtiğimiz yıl, bir Alman yurttaşının "temsilci aracılığıyla (elden) evlenmesi" ne ilişkin olan ve çeşitli bakımlardan ilginç görünen bir karar** verdi. Bu makalede, sözü edilen kararı, I. Karar verme tekniği, II. Kararın sonuçları ve III. Bazı yargılama sorunları açılarından ele alarak inceleyeceğiz:

— I —

1. İstinaf Mahkemesi kararında, Federal Mahkemenin 19 Aralık 1958 tarihli örnek kararından¹ bu yana, Alman devletler özel hukukunda gözönünde bulundurulmuş ve (kısmen) ana ilkeler olarak sayılabilen iki ana ilkeden hareket etmiştir. Bu ana ilkeler şu biçimde özetlenebilir:

Birinci olarak: Evlenmenin biçimi hakkında geçerli olan hukuk, bir kimsenin kendi arzusuyla, belli başka bir kimseyle yasal olarak belli biçimsel koşulları gerektiren (ki, bu biçimsel koşullar, evlendirme memuru veya din adamı huzurunda evlenme beyanlarının açıklanması-

* *Çevirenlerin Notu:* Federal Almanya Freiburg Üniversitesi Profesörlerinden Sayın Dr. Albrecht Dieckmann'a, bu incelemesini Türkçeye çevirmemiz için verdiği özel izinden dolayı teşekkür ederiz. Bu incelemenin Almanca aslı, "Zur international-privatrechtlichen Problematik der Handschuhehe eines deutschen Staatsangehörigen" adı altında "Das Standesamt"ın 29 uncu cildinin (1976) 2 nci sayısının 33-43 üncü sayfaları arasında yayımlanmıştır.

** Bremen İstinaf Mahkemesinin 31 Ekim 1974 tarihli ve 2 U 92/74=9R 1041/1973 sayılı kararı (bkz. Das Standesamt, 29. cilt Nr. 2 s.50-52). *Çevirenlerin notu:* Bu karar tarafımızdan Türkçeye çevrilmiş ve yayımlanmıştır (bkz. Ankara Barosu Dergisi, 1977/1 s. 177-183); bu makalenin değerlendirilmesinde, sözü geçen kararın gözönünde bulundurulmasını dileriz.

¹ BGHZ 29, 137.

dır) bir temsilci aracılığıyla evlenme törenini yaptırabilip yaptıramayacağı sorusu hakkında karar verir.

İkinci olarak: Evlenme yeri, yalnızca, temsilcinin evlenme töreni sırasında hazır bulunmayan nişanlı adına irade beyanında bulunduğu yerdir.

Her iki ana ilke, sonuçlarıyla, evlenme töreni sırasında iki nişanlının da aynı zamanda bizzat evlendirme organı (evlendirme memuru veya din adamı) önünde hazır bulunması koşulunu aramayan bir ülkede, nişanlı bir Alman'a gaipler arasında evlenme olanağını verir. Birinci ilke, Alman Yurttaşlar Yasasının Uygulanmasına İlişkin Yasasının (EGBGB) 11 in i maddesinin 1 inci fıkrasının 2 nci cümlesinin uygulama alanını gösterir; yani, taraflar işlemin yapıldığı yerde geçerli bulunan hukuksal kurallara uyarlarsa, bu, yapılan hukuksal işlemin biçimsel geçerliliği için yeterlidir. İkinci ilke, evlenme töreninin yapıldığı yerde yürürlükte olan kuralların EGBGB'nin §. 11, 1,2 hükmüne göre uygulanacak yegâne yetki kuralları olduğunu gösterir; evlilik bu ilke sayesinde, evlenme töreni sırasında hazır bulunmayan nişanlının evlenme için gerekli temsil yetkisini verdiği ülkenin veya (evlenme töreni sırasında hazır bulunmayan nişanlının) tören sırasında bulunduğu ülkenin hukukundan doğacak itirazlardan korunur.

1959 yılından önce, evlenme yeri sorunu hakkında çok farklı düşünölmekteydi²; yakın zamanlarda Garbillscheg, her iki ilkeden birincisine açıkça ve hatta (belki) evlenme yeri hakkındaki hükümlere de aykırı görüşler ileri sürmüştür³; onun itirazları esas olarak eski kuşuklara dayanmaktadır; yani ona göre, bir hukuk düzeninin evlenme töreninin geçerliliği için her iki nişanlıyı evlenme yolundaki iradelerini bizzat karşılıklı olarak açıklamaya zorlayıp zorlamadığı veya bir hukuk düzeninin nişanlılara temsilci aracılığıyla evlenme olanağı verip vermediği sorunu, evlilik sözleşmesinin bağitlanması hakkındaki biçimsel koşullar sorunu değildir (veya en azından yalnızca biçimsel koşullar sorunu değildir). Eğer bir hukuk düzeni (örneğin, Alman hukuk düzeni), bir evliliğin geçerli olarak ortaya çıkması için tarafların aynı anda bizzat evlendirme organı önünde bulunmalarını şart koşuyorsa,

² LG Kiel StAZ 1950, 58 (Holz'un notu ile); LGHamburg JPRspr 1960 / 61 Nr. 84; LG Hamburg StAZ 1955, 61; Deuchler, Eheschliessung unter Abwesenden, 80 vd.; Festschrift für Raape, 89 vd.; MDR 1959, 378; Das internationale Familienrecht in Deutschland und Frankreich s. 32; Palandt'da-18. bası, 1959, Art. 13 EGBGB Anm. 8b; Marquardt bei Erman 2. bası, 1958, Art. 13 EGBGB Anm 8b aa); hatta ilk ilkeye bile az da olsa itirazlar vardı: Brandis, StAZ 1927, 131; Frankenstein JPR, cilt III s. 154.

³ Festschrift für Maridakis, III s. 47 vd.; Festschrift für Michaelis s. 79 vd.; Staudinger 10 / 11. bası, Vorbem 300 vor Art. 13; Art. 13 Rz. 830-838.

bu, karşılıklı olarak evlenmeye ilişkin olan iradelerin (isteklerin) serbestliğini ve ciddiyetini sağlama düşüncesinden ileri gelir; o halde sözkonusu olan böylesi (ciddi ve serbest) bir irade oluşumu olup, iradenin açıklanması biçimi değildir ve bu nedenle de devletler özel hukuku bakımından sözkonusu olan şey, bir biçimsellik sorunu değil, aksine esasa (öze) ilişkin bir sorundur. Yine Gamillscheg'e göre biçimsellikteki kolaylaştırmalarıyla "locus regit actum" kuralına götüren biçim nitelmesi, evlenmenin bağitlanmasındaki biçimselliği kolaylaştıracağından, bizim anlayışımızla bağdaşmaz. Bundan başka, eğer ülke içinde bir nişanlıya gaipler arasında evlenme olanağı sağlanmış olsaydı, bu EGBGB m. 13, I, 3 hükmündeki "ülke içi evlilik - ülke içi biçim" ilkesine aykırı olur ve bu hükmün değerini kolaylıkla ortadan kaldırmış olurdu ve böylece "mektupla evlenme" yolu açılmış bulunurdu.

Kuşkuya düşürmesi nedeniyle olay konusu, bizi bugün baskın olan öğretiyi birkez daha gözden geçirmeye yöneltmektedir. Ben, bir zamanlar henüz görüşü baskın öğreti için kuvvetli değil iken, mahkemenin görüşünden yana idim⁴. Kararı okurken, geçici olarak bu görüşün doğruluğundan kuşkuya düştüm. Bu gerçekten patalojik olay, baskın görüşün kurbanı olmamalıydı*.

2. Gamillscheg aslında şunu kabul etmektedir: Evlenme töreni sırasında tarafların aynı zamanda bizzat hazır bulunmaları gerektiği yolundaki hukukumuzdaki hüküm (EheG § .13), gerçekte yalnızca biçimsellik nitelmesini haklı çıkarmaz ve EGBGB m. 11,I,2 anlamındaki "işlem yeri", bir "temsilci aracılığıyla evlenme"de tamamen doğrudur. Bu nedenle, baskın öğretinin ana ilkeleri olarak kabul edilen çıkış noktası üzerinde bir kez daha düşünmeye değer.

Evlenmenin maddi koşullarını, her bir nişanlının evlenme anında uyruk olduğu devlet hukukuna (EGBGB m. 13, I) göre her bir ni-

⁴ Die Handschuhehe deutscher Staatsangehöriger nach deutschem internationalem Privatrecht (1959).

* *Çevirenlerin Notu:* Alman İstinaf Mahkemesi, deyiş yerinde işe, yurttaşını korumak için kendini aşırı derecede zorlamıştır. Sonuçta belki istegine ulaşmıştır; ama Kolombiya gibi henüz gelişmekte olan bir ülkenin yurttaşı bulunan ve katı dinsel (katolik) görüş sahibi bir aileden geldiği anlaşılın davalının dava sonunda (ki, bu karardan sonra davalı karı, bir yılı aşkın süredir bir Almanla evlilik dışı yaşamış oluyordu) içine düşeceği toplumsal / psikolojik / dinsel (ve dolayısıyla kendi ölçüsünde doğabilecek ahlaksal) durumları hiç gözönüne almamıştır. Bu nedenle Sayın Dieckmann'ın kullandığı "patolojik" terimi sanıyoruz ki, verilen kararın sonuçları açısından yerinde bir göstergedir. Bizce, mahkeme eğer, kendi yurttaşını korumak için aşırı derecede kendini zorlama yoluna gitmeseydi, olağan durumda, davalının davasını red ve davalının açmış olduğu "evlilik yaşamının yeniden kurulması" yolundaki karşılık davayı kabul ederdi. Nitekim ilk derece mahkemesi bu şekilde karar vermişti; İstinaf Mahkemesi bu kararı onamakla pekala yetinebilirdi!

şanlı için ayrı ayrı belirlememiz gerekir. O halde “temsilci aracılığıyla evlenme”yi kabullenen bir Alman nişanlı bakımından, Alman hukukunu gözönünde bulundurmamak zorundayız. Eğer biz temsilci aracılığıyla evlenmenin hukuksal kurallarını, maddi koşullar düzenlemesine göre düzenlersek (EGBGB m. 13), hatasız bir evliliğe giden yolu başından itibaren kendimize kapamış oluruz; çünkü, Alman hukuku evlenmenin geçerli bir biçimde ortaya çıkabilmesi için, evlenme beyanlarını aynı anda evlendirme memuru önünde bizzat açıklamalarını şart koşturmaktadır (EheG §. 13, I).

Burada evlilikteki eksikliğin kapsamının ne olduğu sorusu karşımıza çıkmaktadır: Eşler, aynı anda evlendirme organı önünde evlenmeye ilişkin irade beyanlarını bizzat açıklamaları yolundaki hükme uymadıkları için ortada (EheG §. 17, II’ye göre eksikliği sonradan giderilebilen) EheG §. 17, I hükmüne göre yalnızca “bâtil” bir evlilik mi sözkonusudur? Yoksa eşler EheG §. 13, I hükmüne aykırı olarak Alman evlendirme memuru önüne gelmedikleri için ortada “yok (keen enlemyekûn)” evlenme mi vardır demek zorundayız? Bu sorulara verilecek yanıtın büyük önemi vardır. Bâtil evlilik, yok (keen enlemyekûn) evlilikten farklı olarak sonradan geçerli duruma getirilebilir (EheG §. 17, II). Buna bağlı olarak bâtil evlilik, yenilik doğurucu davanın kesin hükümle sonuçlanmasına değin hükümlerini doğurur (EheG §. 23); buna karşılık yok evlilik, her zaman, herkes tarafından biçimsel bir yönetme başlı olmaksızın ileri sürülebilir.

Bu düşünce biçimi, aynı zamanda şunu da ortaya koyar; gerçekte iki ayrı koşul sözkonusudur: Birinci olarak, evlenmeye ilişkin irade beyanının ciddiyetini ve serbestliğini sağlamak üzere her iki eşin aynı anda evlendirme organı önünde bizzat hazır bulunması koşulu ve ikinci olarak, evlendirme memurunun da katılması koşulu (yani, evlendirme organının belli niteliğe sahip olması koşulu). Bundan sonraki açıklamalarda bunu gözönünde bulundurmamak gerekir.

Biz ya, evlenme prosedürüne bir evlendirme memurunun katılması yolundaki hukukumuzdaki koşulu, (devletler özel hukuku açısından) evlenmenin maddi koşullarından sayarız ve bu nedenle EGBGB m. 13, I hükmüne göre Alman Hukukunu uygulayabiliriz veyahut biz –baskın görüşün aksine– Almanya’yı evlenme yeri olarak ele alırız ve bu nedenle de “ülke içi evlilik – ülke içi biçim” kuralını (EGBGB m. 13, III) uygularız. “Yok” evlenmeye ilişkin hüküm, işte ancak bundan sonra gözönüne alınır. İlk olasılığa kanımca katılma olanağı yoktur. Çünkü Alman devletler özel hukuku, uzun süreden beri evlenmeye bir evlendirme memuru veya bir din adamı veya başka yardımcı bir kişinin katılmasını, biçimsel bir gereklilik olarak ele almak-

tedir; bununla ilgili olarak, sorun, biçim düzenlemesine yollanılmaktadır (EGBGB m. 11) ve böylece sorun "mahal" yasasına bırakılmaktadır (EGBGB m. 11, I, 1)⁵. Bu, Alman yurttaşlarına yabancı ülkelerde kilise hukukuna göre evlenme olanağını verir ve bundan dönülmesi için en ufak bir neden de yoktur [yoksa, Alman devletler özel hukukunda (geçen yüzyılda Prusya Devleti ile katolik kilisesi arasında cereyan etmiş olan) din - politika mücadelesinin yenilenmesi sözkonusu olur]. Yukarıdaki olasılıklardan ikincisi de, yok evlilik sonucuna götürmez. Çünkü kanımca temsilci aracılığıyla evlenmede, evlenme yerinin belirlenmesi açısından baskın görüş yerindedir.

a) Baskın görüşün tartışmalı bulunan ikinci ana ilkesi bakımından ben şu düşüncedeyim: evlenme yeri, yalnızca, temsilcinin evlenme töreni sırasında (törende) bulunmayan nişanlı adına irade beyanında bulunduğu yerdir.

Tarafsız gözlemci açısından, evlendirme organı önünde bir törenin yapılmasını gerektiren evlenme, eğer tören ülke dışında yapılmışsa, dış ülkede yapılan bir evlenmedir; ayrıca evlenen kişilerin evlenme töreninde bizzat hazır bulunmaları veya kendilerini temsil ettirmiş olmaları arasında fark yoktur; yine, evlenme töreni sırasında bizzat hazır bulunmayan nişanlının evlenme töreni sırasında veya temsil yetkisini verdiği sırada bulunduğu yer, ister "temsilci aracılığıyla evlenme"nin kabul edilmediği yurt içi olsun veya ister "temsilci aracılığıyla evlenme"nin kabul edildiği yurt dışı olsun, bunun da bir önemi yoktur. EGBGB m. 13, III'ün konuluş amacı, bu düşünce biçimini değiştirmez. Alman devletler özel hukuku, evlilik işlerinde "locus regit actum" kuralını tam olarak tanıyamamakta ve aynı zamanda onun evlenme yerini belirleyen şüpheli anlamını da, çeşitli yönlerde çekebilmektedir.

Burada şu düşünce ortaya atılabilir: temsilci aracılığıyla evlenmede bizi rahatsız eden şey, Alman evlendirme memuruna ilişkin hükümden kaçınılması değildir; bizi asıl rahatsız eden şey, eşlerin evlenme

⁵ Karş. Kegel bei Soergel, Art. 13 EGBGB Rz 10 m. Nachweisen; Palandt / Heldrich, 34. bası Art. 13 EGBGB Anm. 6b; Raape, JPR 5. bası §. 27, III; RGZ 88, 191; BGHZ 29, 137.

Mamafih bu da tartışmalıdır (karş. herşeyden önce Gamillscheg, Festschrift OLG Celle 68 vd.; Festschrift für Maridakis, III s. 47 vd.; Festschrift Michaelis s. 79 vd.; bei Staudinger Art. 13 EGBGB Rz. 259 vd.). Evlenme prosedürüne bir din adamının veya bir evlendirme memurunun katılmasını zorunlu gören bir ülkenin hukuku gözönüne alınarak, sakat evliliklerden kaçınılması için yollar aranabilir. Buna dayanılması mümkündür. Çünkü burada taraflardan en az birinin Alman olduğu yabancı bir ülkedeki evlenmeye, bir evlendirme memurunun katılmasının ne anlama geldiği sorusu sözkonusudur ve bu soru herhalükârda "biçim nitelemesi" içerisinde yanıtlanacaktır.

beyanlarını, aynı anda bizzat açıklamaları yolundaki yasa hükümlerinin çiğnenmesidir. Bu yasa gereğini, devletler özel hukukumuzun yardımıyla yerine getirmeye çaba göstermek zorunda olup olmadığımız ise, ayrı bir sorundur (bkz.b). Eğer yasa gereğini, yerine getirilmeye değer görürsek bu takdirde yasa buyruğunun nitelendirilmesinde evlenme hukukunun maddi koşullarına dayanmakla, yasa gereği sanıyorum tam olarak yerine getirilmiş olur. Bir Alman yurttaşının temsilci aracılığıyla evlenmesi hakkında karar vermek için, biz bununla EGBGB m. 13, I uyarınca Alman EheG'in her zaman, her halde, herkes tarafından ileri sürülebilen bir "yok" evlenmenin değil, belli biçimdeki yenilik doğuran dava ile ileri sürülebilen bâtil (iptal edilebilen) bir evliliğin sözkonusu olduğu 13, 17 ve 23 üncü maddelerine uygulama alanı bulunmuş olurduk. Böylece biz, maddi hukukumuzun hiç bir şekilde gerektirmediği "etki fazlalığı"ndan vazgeçmiş olurduk. Aynı zamanda biz, temsilci aracılığıyla evlenmeye olanak veren bir yabancı ülke yurttaşının temsilci aracılığıyla evlenmesi hakkındaki değerlendirmemizde, istenmeyen "etki fazlalığı"ndan da böylece feragat etmiş olurduk; çünkü, eğer bu yabancı kimse evlenme töreninin yapıldığı sırada veya temsil hakkındaki irade beyanını verdiği sırada Almanyada bulunmuş olsaydı, onun evliliğini, hukukumuzda sözgötürür olan "evlenme yeri" hakkındaki hükümle tehlikeye düşürmüş de olurduk.

O halde, evlenme yerini tarafsız gözlemlerle saptayabilmek için maddi nedenler eksiktir. Onun yerine daha çok, evlenme yerinin belirtilmesi bakımından baskın görüş ağırlık kazanmaktadır. Kanımca eksiklik, aslında işlemin yapıldığı yer olarak evlenme töreninin cereyan ettiği yerin kabul edilebileceğini dogmatik-kurucu nedenlerle ileri süren Federal Mahkemenin⁶ gerekçesinden ileri gelmektedir: Federal Mahkemeye göre, tören sırasında hazır bulunmayan nişanlı adına evlenme beyanında bulunan aracı, aslında hazır bulunmayan nişanlının daha önce hazırlanmış irade beyanını ileten bir "haberci" değildir; aracı olan kişi daha çok, temsil edilen nişanlının daha önce verdiği temsil yetkisine dayanarak bağımsız irade beyanında bulunan bir "temsilci"dir. Sorun, "haberci-temsilci" ayırımına bağlı olamaz; çünkü, temsilci aracılığıyla evlenmede irade beyanında bulunan aracı yardımcının hukuksal durumu (biz kendimizi şu veya bu alanda geçerli bulunan ilkelere gözönünde tutmaya zorlamazsak) ne "temsilci" hakkındaki öğretime, ne de "haberci" hakkındaki öğretime uyar. Temsilci aracılığıyla evlenmede irade beyanında bulunan aracı yardımcı, (herşeyden önce) iki biçimde kendini gösterir: Aracı bir irade beyanının açıklanmasında diğer bir kimseyi, biçime bağlanmış bir yöntemde temsil eder ve bu

⁶ BGHZ 29, 144 vd.

kimse için öngörölmüş bir biçimsel işlemi yapabilir. Öte yandan, aracı, kendi iradesini değil, temsil verenin iradesini açıklamak zorundadır: aracı, kendisine verilen irade beyanının ne içeriğini ne de irade beyanında bulunulup bulunulmayacağını belirleyebilir; çünkü aracının, kendisine yetki veren kimsenin eşini bizzat seçmesi ve yetki veren kimsenin daha önceden seçmiş bulunduğu eş ile evlenip evlenmeyeceği sorusuna karar vermesi olanağı yoktur. Böyle bir aracının "haberci" olarak nitelendirilmesi zordur; çünkü, haberci hakkındaki bilgilerimize göre, haberci kendisine yetki veren kimseyi, önceden belirlenmiş bir merasim içerisinde temsil etmez ve kendisine verilen yetkiyi, daha önceden belirlenmiş bir biçimde yerine getirmez. Ancak, temsil öğretisindeki bu değiş ile, istemeden (başka) bir çıkmaz sokağa gireriz: çünkü, (ticari) işler yardımcısı temsilci olarak (kendisine verilen yetkiyi) daha önceden belirlenmiş bir biçimde yerine getirmektedir. (Ticari) işler yardımcılarına, işlem kapsamını tam olarak sınırlayan ve temsilciye gerekli irade beyanının içeriğini bizzat belirleme olanağını vermeyen "özel temsil belgesi", temsilcilik hakkındaki öğretiye ters düşmez. Fakat irade beyanı aracısı olarak "temsilci", en azından irade beyanının açıklanıp açıklanmayacağı hakkında karar verebilmeliydi⁷; ayrıca, (evlilik gibi) bizzat yapılması gereken hukuksal işlemlerde üçüncü kişinin özgür kararı bakımından serbestlik alanı da bulunmamaktadır.

O halde, temsilci aracılığıyla evlenmedeki aracıyı, temsil yetkisi veren kimseyi ayrık (istisnai) olarak temsil eden ve görevini daha önceden belirlenmiş bir yöntemle yerine getiren, "kendine özgü bir haberci" olarak kabul edip etmeyeceğimiz veya aracıyı "irade beyanının açıklanmasında temsilci" olarak niteleyip niteleyemeyeceğimiz tamamen bir ifade etme (formüle etme) sorunudur. Benzer bir konuda, Alman iç hukukunda iradenin temsilci aracılığıyla açıklanıp açıklanamaması konusunda, sözgelimi evlat edinmede, iradenin temsilci aracılığıyla açıklanmasına ilişkin "yapıcı yardımcı" konusunda bir sonuca ulaştığımız. Mahkemeler uygulaması da, BGB §. 1750, II deki temsil yasağını, "irade beyanının açıklanmasında temsilci" kurumuna yer vererek yumuşatmıştı⁸; ve bunun sonucunda 1961 tarihli Aile Hukukuna İlişkin Değişiklikler Yasasıyla bu düşünce "§ 1751a" hükmü olarak yasa-laştı. Ancak, farklı yerleri (ülkeleri) ilgilendiren hukuksal işlemlerde, EGBGB m. 11, II cümle 2 anlamında işlem yerinin belirlenmesi gibi maddi sorunlara çözüm getirme açısından, ifade etme (formüle etme) zorluğunun çözümü hiç bir şey getirmeyiz. Temsil öğretisindeki gerçekçe bulmaya yönelik denemelerin ne kadar az sonuç verdiği, başka bir

⁷ Karş. Müller-Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, s. 72.

⁸ RG DR 1945 s. 76 BNR. 11; BGHZ 5, 344; BayObLG FamRZ 1959, 120.

verde de görülmektedir: Federal Mahkeme, evlenecek eşlerin devletler özel hukuku bakımından aynı anda bizzat evlendirme organı önünde hazır bulunmaları gereğinin ve ayrıklarının EGBGB m. 11, I hükmüne mi, yoksa EGBGB m. 13 hükmüne göre mi değerlendirileceği yolundaki (sınırlama) sorunu yönünden, "irade beyanının temsilci aracılığıyla açıklanması" nitelendirmesini yapmaktan kaçınmıştır (mamafih, aksi takdirde Federal Mahkeme, kararında başka zorluklara da düşebilirdi).

Tarafsız gözlem de göstermiştir ki, baskın öğretisi de Federal Mahkemenin gerekçelendirme denemesini gözönüne almadan, kendiliğinden oluşmuştur. Eğer biz, Alman devletler özel hukuku bakımından evlenmede de, locus regit actum kuralını kabul edersek, o zaman bu kuralın uygulanmasında, ona temel olan düşünceyi de gözönünde bulundurmak zorundayız. Locus regit actum kuralı, işlemlerin yapılmasında kolaylığı amaçlar ve bu kural, (eğer işlemi değilse, en azından) işlemde bulunanları korur, yani işlem yerindeki biçime uyulması, yeterli sayılmalıdır; çünkü işlem yapacak olan kişi, en kolay, işlemin yapıldığı yerde gerekli bulunan biçimi bilebilir ve uygulayabilir⁹. Locus regit actum kuralı, temsilci aracılığıyla evlenmede EGBGB m. 11, I, 2 anlamındaki işlem yeri olarak, evlenme töreninin yapıldığı yeri gösterir. Eğer bir kimse temsilci aracılığıyla evlenmek istiyorsa, (esasen) evlenmenin yapılacağı yerde geçerli bulunan biçimsel koşulları öğrenmek zorundadır; çünkü evlenme törenini yönetecek olan evlendirme memuru veya din adamı, o yerde geçerli bulunan hukuku uygulamaktadır ve bunun dışındaki hukuklar onu ilgilendirmemektedir. Evlenmek isteyen kişi de, kendini ona göre hazırlar. Gerçi temsilci aracılığıyla evlenmeye karar veren ve evlenme töreni sırasında hazır bulunmayacak olan nişanlı, irade açıklamasını vermiş olduğu ülkedeki (yani, temsil verdiği ülkedeki) ülke içi evlenmeye ait biçimsel koşulları daha kolay öğrenebilir; ancak bu, (amaçladığı temsilci aracılığıyla evlenmesi açısından) o kimsenin işine yaramaz. Eğer (EGBGB m. 11, I cümle 2'deki esasa uygun olarak) taraflara yardım edilmek isteniyorsa, o zaman kolay öğrenilmesine rağmen pratik değeri olmayan bilgiyi değil, tarafların rasyonel olarak öğrenmeleri gereken bilgiyi esas almak gerekir.

Ayrıca, aşağıdaki düşünce biçimi de baskın öğretiyi haklı göstermektedir: Evlenme yeri olarak eşin kendi iradesini açıkladığı yeri kabul edenler, evlenme yerinin "parçalanmasına" ve amaçlarnan temsilci aracılığıyla evlenmenin varlığı üzerinde ek bir tehlikeye neden olurlar;

⁹ Karş. Zweigert, Rabel-Festschrift s. 636 vd.

çünkü böylece, temsilci aracılığıyla evlenme kurumunu reddeden hukuk düzenlerine uygulama alanı açmış olurlar. Bu hukuk düzenleri bakımından ne ölçüde geçerlilik iddia edilebileceği de belli değildir. Temsilci aracılığıyla evlenmenin varlığı hakkındaki tehlikeye ilişkin sözü edilen belirti yeterlidir. Bu tehlike, herhangi bir olanak ile dengelenemez. Gerçi, evlenme yerinin parçalanması, temsilci aracılığıyla evlenmeyi kabul etmeyen ülke hukukları bakımından uygulama olanağı yaratabilir; ancak, bu evlenmenin biçimsel geçerliliği ve taraflara kolaylık bakımından pek birşey sağlamaz. Dış ülkede evlendirmeyi yapacak olan evlendirme memuru veya din adamı, biçim bakımından yalnızca kendi hukukunun hükümlerini gözönünde bulundurur. Eğer bu hukuk, temsilci aracılığıyla evlenme kurumunu kabul ediyorsa, bu hukukun biçimsel koşulları evlenme töreni sırasında gözönüne alındığı oranda, evlendirme memuru veya din adamı evlendirmeyi yapacaktır. Diğer bir devletin hukukunun temsilci aracılığıyla evlenme hakkındaki hükümleri onun için önemli değildir. Buna karşılık, nişanlıların evlenmek istedikleri ülke hukuku, temsilci aracılığıyla evlenme kurumunu kabul etmiyorsa, temsilci aracılığıyla evlenmek isteyen nişanlının uyuştuğu bulunduğu ülke veya bu kişinin iradesini açıkladığı ülke hukuku, temsilci aracılığıyla evlenmeyi kabul etse bile, evlendirme memuru veya din adamı evlenme istemini reddedecektir. Demek ki, evlenme yerini parçalarsak, amaçlanan evliliği tehlikeye düşürmüş oluruz ve bu locus regit actum kuralı ile de bağdaşmaz.

EGBGB m. 13, III hükmünün, özellikle Deuchler¹⁰ ve Raape¹¹ tarafından ağırlaştırılan amacı, bu sonucu değiştirmez. "Yurt içi evlilik - yurt içi biçim" yolundaki kural, Almanya'da yapılan (ve uluslararası alanda da geçerli olan) evliliklerin Alman maddi hukuku bakımından evlendirme organı önünde yapılmasını gerektirir (ayrığı: EheG §. 15a'da bu kuralın kırılışı). Yoksa anılan kural, yurt dışında yapılan evliliklerin durumunu zorlaştırmaz¹². Burada EGBGB m. 13, III hükmündeki amaca dayanan Gamillscheg¹³'in görüşü de eleştirilmelidir. Ben, Gamillscheg'in baskın öğretinin temel sorundaki biçim nitelmesi ve buna bağlı olarak evlenme yeri hakkındaki eleştirilerinin tümüne katılmıyorum. Gamillscheg, "işlem yeri" hakkındaki açıklamalarında dikkati büsbütün baskın görüşe çekmektedir¹⁴.

¹⁰ Eheschliessung unter Abwesenden s. 84.

¹¹ Raape, IPR 5. bası, III d) la.

¹² Karş. BGHZ 29, 147.

¹³ Bei Staudinger, Art. 13 EGBGB, Rz. 833.

¹⁴ Bei Staudinger Art. 13 EGBGB, Rz. 619, 826, 839.

Ben Gamillscheg'in önerdiği çözüme katılamıyorum. Eğer bir Alman, temsilci aracılığıyla yurt dışında evlense, bu arada kendi gerekli iradesini Almanya'da açıklasa (ve evlenme töreni sırasında Almanya'da bulunsa?) bu evliliğin değerlendirilmesi bakımından EheG § 17, II hükmü kıyasen geçerli olmalıdır¹⁵. Gamillscheg ayrıca başka bir yerde¹⁶, yurt içinde yapıp da Alman evlendirme memurunun katılmadığı bir evliliğin geçerli bulunup bulunmadığı yolundaki tartışmalara yollama yapmaktadır. Bu durumda, o, EheG §. 13'e aykırılığı nedeniyle iptali mümkün, iptal edilebilir bir evlilik gibi, geçerliliği sağlanması gereken bir yok evlilikten hareket etmektedir. Bu kanı düşündürücüdür. Eğer Gamillscheg, aslında baskın öğretinin evlenme yeri hakkındaki görüşüne değil, baskın görüşün yalnızca biçim nitelenmesine itiraz ediyorsa, o zaman onun EheG §. 17, II hükmünü doğrudan doğruya uygulaması gerekirdi. Eğer evlenme yeri, Almanya olarak değiştirilirse veya evlenmeye Alman evlendirme memurunun katılması maddi koşul olarak kabul edilirse¹⁷, işte bu durumda "yok" (keenlemyekûn) evlilik hükmüne ulaşılmış olur. Son olasılık için Gamillscheg hiçbir şey söylememektedir¹⁸.

Eğer Gamillscheg'in itirazı baskın öğretinin evlenme yerine ilişkin belirlemesini de kapsıyor idiyse, baskın öğretinin görüşünün savunulması şöyle tamamlanmalıdır: Eğer iç hukukta tartışma konusu olan bir kuralın kıyasen devletler özel hukukuna uygulanmasının sonuçlarının şimdiden önüne geçilmek isteniyorsa, bu takdirde iç hukukta "yok evlilik" sonucuna götüren bir çözümü devletler özel hukukunda da uygulamanın bir anlamı yoktur. O halde, hiç ya da istenilmeyen sonuçların önüne geçilmek isteniyorsa, devletler özel hukuku içerisinde şimdiden başka bir çözüme gitmeyi yeğlemek gerekir.

Alman devletler özel hukuku evlenme işlerinde de "locus regit actum"u kabul ettiği sürece, EGBGB m. 11, I cümle 2 anlamında evlenme yeri olarak, baskın öğretinin kabul ettiği gibi, yalnızca evlenme töreninin yapıldığı yeri kabul etmek zorundayız.

Böylece, yurt dışında bağtlanan temsilci aracılığıyla evlenmeyi, yalnızca eşlerin Alman evlendirme memuru önünde evlenmemiş olmaları gerekçesi ile, bu evliliğin "yok evlilik" olduğunu ileri sürme olanağı da ortadan kalkar (karş. EheG § 11). Eğer sorun EGBGB m. 13, I'in düzenleme alanına havale edilmek zorunda kalınıyorsa, o zaman

¹⁵ Bei Staudinger Art. 13 EGBGB, Rz. 835 sonu, 836.

¹⁶ Bei Staudinger Art. 13 EGBGB, Rz. 659.

¹⁷ Karş. yuk. 1.2. a) öncesi.

¹⁸ Karş. Festschrift für Maridakis, s. 56.

eşler EheG §.13'e aykırı olarak evlenme iradelerini aynı anda bizzat evlendirme organı önünde açıklamadıkları için, olsa olsa evliliğin (yokluğu değil) iptal edilebilirliği (karş. EheG §. 17) sözkonusu edilebilir.

b) Baskın görüşün birinci ana ilkesi bakımından ise ben şu düşünüyordum: Bir evlendirme organı önünde karşılıklı evlenme beyanlarının açıklanması yolunda, belli bir biçimi gerektiren evlenme töreni sırasında, bir nişanlının evlenme yolundaki kendi iradesini belli bir temsilci aracılığıyla açıklattırıp. açıklattıramayacağı sorusu hakkında evlenmenin biçimi bakımından geçerli olan hukuk karar verir. Bu ilke, bir Alman yurttaşına temsilci aracılığıyla evlenmeyi kabul eden bir ülkede, "gaipler arasında" temsilci aracılığıyla tam geçerli bir evlilik bağitlayabilme olanağını verir; çünkü evlilik hakkında, evlenme yeri hukuku kurallarına göre karar verilebileceğinden Alman maddi hukukunun aradığı gereklere uyulup uyulmadığı sözkonusu olmayacaktır. Eşler evlenmeye ilişkin iradelerini aynı anda evlendirme organı önünde bizzat açıklarlar (EheG §. 13). Yasanın aradığı bu koşul bakımından elbette ki sorun, yalnızca "biçim" sorunu değildir. Bu ilke bakımından, baskın öğretiyi savunabilmek zordur. Bu bakımdan bu görüşe prim vermemek bence yerinde olur.

Diğer hukuklarda olduğu gibi, Alman Hukuku da eşlerin aynı anda evlendirme organı önünde bizzat bulunmaları koşulunu aramakla, taraflardan herbirinin eş seçimi iradelerinin açıklanması özgürlüğünü ve bunun ciddiyetini sağlamak istemektedir; ayrıca Alman hukuku, eşlerin belli andaki (yani evlenme töreni sırasındaki) iradelerinin birbirine gerçekten uygunluğunu sağlamak istemektedir.

Sorun, irade beyanının dış yapısı ve açıklanması yolundaki eski biçim sorunu değil, daha öte birşey sözkonusu olduğu için, yukardaki açıklamalar baskın öğretinin doğru olmadığını belirtmeye itmektedir. Ancak, biçim sorunu ile maddi sorun çoğu kez birbiri içine sıkı sıkıya girmişlerdir. Bu durum özellikle, evlilik hukukunda görülmektedir. Bu nedenle bizim de, Gamillscheg'le beraber devletler özel hukukumuzda bütün sorunları, maddi hukukumuzun, eşlerin evlendirme organı önünde aynı anda bizzat hazır bulunmaları yolundaki gerekile ilgili olarak maddi sorunlar düzenlemesine (EGBGB m. 13, I) uyruk tutmamamız gerekir. Temsilci aracılığıyla evlenme, temsil yetkisini veren kimse tarafından seçilmiş bulunan diğer eşin adını da içeren özel bir temsil belgesini gerektirir. Biçim belirlemesi hakkındaki kararlar, biz eş seçimi özgürlüğünü tehlikeye sokmuş olmayız. İrade eksikliği, temsil yetkisi beyanını tehlikeye düşürebilir. Ancak bu eksikliğin sonuçlarına bağlı sorunların, evlenmenin maddi koşulları hakkında geçerli olan hukuka yollanması yeterlidir. Ancak, Alman maddi evlilik hukukunun,

iradenin eksikliğine veya yanlışlığına ilişkin hükümleri, “temsilci aracılığıyla evlenme”ye ilişkin olarak hazırlanmadığı için, bizim bakımımızdan belli zorluklar ortaya çıkar. Fakat bu zorluklar ortadan kaldırılabılır. Aslında temsilci aracılığıyla evlenme bazı olağanüstü sorunların ortaya çıkmasına neden olur; çünkü, temsilci aracılığıyla (gaipler arasında) evlenmede hukuk, yalnızca “yer” sorunu ile değil, bununla birlikte “zaman” sorunu ile de başa çıkmak zorundadır. Bu sorunları bizim maddi evlilik hukukumuz tanımaz; çünkü biz eşlerin irade beyanlarını belli bir anda, belli bir yerde ve belli bir kimse önünde açıklamalarını kabul ederiz. Yani evlilik, evlenme beyanlarının açıklandığı ve aynı anda hükümlerini ifade ettiği, mevcut belli bir “zaman” da icra edilir. Ancak, eğer biz, (devletler özel hukuku açısından) evliliğin ortaya çıkışını, şimdi mevcut belli bir zaman anından çıkartır, geçmiş ve mevcut anı birleştiren bir zaman parçası (yani, belli bir an değil, geniş bir zaman süresi) içine sokarsak, durum hemen değişir; çünkü biz, yalnızca belli bir zaman parçası sorununu aşan değil, bunun yanında aracı temsilciye evlenme iradesinde bulunması için verilen açıklama olgusunu da (yani, temsilciye yetki verilmesi olgusunu da), temsilcinin kendisine verilen irade açıklaması anına kadar uzatan özel bir vekâlet türüne izin veririz. Bu zaman parçası içerisinde, temsil yetkisini veren kişide evliliği isteyen veya evliliği istemeyen değişiklikler ortaya çıkabilir (yani, kişi temsil yetkisini verdikten sonra düşüncesini değiştirebilir). Eğer biz bu olağanüstü sorunları, evliliğin maddi koşullarını düzenleyen hukuk sistemine veya (Alman iç evlilik hukuku gibi) temsilci aracılığıyla evlenmeyi tanımaması nedeniyle bu konuya ilişkin özel hükümler taşımayan (bir hukuk sisteminde) bu hukuk sisteminin ruhuna bırakırsak bu da yeterlidir.

Gaipler arasında kişilik durumlarının değiştirilmesine ilişkin hukuksal işlemlerin bizim bakımımızdan yabancı olmadığını gözönünde bulundurduğumuzda, yukardaki düşünce öncelikle (evleviyetle) geçerlidir. İkinci Dünya Savaşı sırasında belli kişiler için ve belli durumlarda eşlerin evlendirme organı önünde aynı anda bizzat hazır bulunmaları koşulundan vazgeçilmiş ve savaşın getirdiği ayrık durumda, evlilikleri kolaylaştırmak amacıyla (cephede bulunan askerle memleketindeki nişanlısını) “uzaktan evlendirme” yoluna gidilmişti¹⁹. Evlat edinmede de, sözleşenlerin (sözleşmenin bağitlanması sırasında aranan), işlemi onayan kişi önünde bulunmaları gerektiği yolundaki (temsil yasağını içeren) koşulu, 1961 tarihli Aile Hukukuna İlişkin Değişiklikler Yasası ile bir “özel temsilci” kurumu kabul ederek, or-

¹⁹ Karş. Wehrmachtspersonenstandsverordnung vom 4.11.1939 RGBl. I 2163, neugefasst in der Wehrmachtspersonenstandsverordnung vom 17.12.1942 RGBl. I. s. 597.

tadan kaldırmıştık (BGB §. 1751a) ve bunu yaparken, orada irade beyanı açıklamasına ilişkin olgunun kapsamıyla ilgili olarak ortaya çıkan ek soruları düşünmemiştik. O halde, eğer biz Alman devletler özel hukukunda baskın olan görüşle birlikte, eşlerin evlenmeye ilişkin irade beyanlarını bizzat aynı anda bir evlendirme memuru önünde açıklamak zorunda olup olmadıkları veyahut da onların evlenmeye ilişkin daha önceden belirlenmiş irade beyanlarını bir "özel temsilci" aracılığıyla evlenme töreni sırasında açıklattırabilip açıklattıramayacağı sorununun çözümünü, evlenmenin biçimine ilişkin yasaya bırakırsak, hukuk düzenimizin ruhuna aykırı davranmamış oluruz.

Buna karşılık, kanımca Gamillscheg'in görüşleri²⁰ inandırıcı değildir. Ona göre yasakoyucu, herhangi bir şekilde ortaya çıkacak biçim özgürlüğünü olanaksız ve uygunsuz gördüğü içindir ki, evlilik sözleşmesinin Almanya'da öngörülen biçimini şart koşmuştur ve yasakoyucu -locus regit actum ilkesinin konuluş nedenine aykırı olarak evlendirmeleri kolaylaştırmak değil, zorlaştırmak istemiştir. BGB'nin görüşmeleri sırasında temsilci aracılığıyla evlenmenin kabul edilmesi önerisi reddedilmiştir; ancak bunun nedeni, öneri içeriğinin, mevcut evlenme hukukunun genişletilmesi için ivedi bir gereksinme olarak görülmemesinden idi²¹. Fakat uluslararası alanda temsilci aracılığıyla evlenmeler tamamen kabule değer ve gerekli bir gereksinme olarak kabul edilebilir²²; İkinci Dünya Savaşı sırasındaki (cephe de bulunan askerle memlekette bulunan nişanlısını) "uzaktan evlendirme" yolu da Alman iç hukukunda bir gereksinme olarak görülmüştü. Soruna daha yakından bakıldığında Gamillscheg'in itirazları²³ ağırlığını yitirmektedir. Ona göre, baskın öğreti EGBGB m. 13, III hükmünün ortadan kaldırılmasına yolaçmaktadır ve hatta baskın öğreti "mektupla evlenmeler"e olanak vermektedir; yine ona göre baskın görüşün biçim nitelmesi hakkında görüşü, Federal Mahkemenin örnek kararının da dolambaçlı olarak ortadan kaldırılmasına neden olmuştur; çünkü evlenmek isteyen kimsenin (temsilci ara-

²⁰ Bei Staudinger, Art. 13 EGBGB Rz. 831.

²¹ Karş. Protokoll IV s. 52.

²² Gamillscheg'in bizzat kendisi (bei Staudinger, Art. 13 EGBGB, Rz. 836), Bremen asliye mahkemesinin, Polonyada bir ailenin birarada yaşamasını sağlayan -daha sonra tartışma konusu olan- temsilci aracılığıyla evlenmeye ilişkin bir kararını belirtmiştir. Siyasal nedenlerle kişilerin dolaşım özgürlüklerinin kısıtlanmış olması, gaipler arasında evlenme için gözönüne alınacak tek neden değildir. Dolaşım özgürlüğünün kabul edildiği bir ülkede de taraflar, dolaşım olanaklarının varlığına rağmen, örneğin o anda kabul edilebilir nedenlerle bundan yararlanamıyorlarsa, temsilci aracılığıyla evlenmek isteyebilirler.

²³ Bei Staudinger, Art. 13 EGBGB Rz. 833, 834.

cılığıyla evlenmeyi kabul eden bir ülkede) Hollanda'de irade açıklamasında bulunmasına neden olmuştur. Biçim nitelemesi hakkındaki düşünce bakımından, yasanın dolambaçlı yoldan ortadan kaldırılması (yasaya karşı hile) noktasında aşırı bir korkuya gerek yoktur. Bu önce, yer değiştirmeler yoluyla yasanın dolambaçlı olarak ortadan kaldırılması için geçerlidir. Ara sorun bakımından biçim nitelemesi hakkındaki görüş (amaçlanan evliliği, evlenme yeri hukukundan ortaya çıkabilecek tehlikelerden korumak için), evlenmek isteyen nişanlıları, irade açıklamasına ilişkin yetkinin verilmesi anında ve /veya evlenme gününde temsilci aracılığıyla evlenmeye izin veren bir ülkede bulunmaya yöneltebilir (yani onları doğru yoldan çıkmaya zorlayabilir). Evlenmeye karar veren nişanlılar, yapmayı düşündükleri evlilik bakımından bununla açık olarak ciddi amaç güderler; aksi halde onlar yasayı dolambaçlı yoldan kaldırma eylemine kalkışmazlardı. Bu nedenle biz yasaya karşı hileden korkulmasını evlenmenin ciddiyetini sağlama düşünceleriyle bağdaştıramıyoruz. Evlenmenin ciddiyetini sağlama endişesi, asıl yer değiştirilmesi yoluyla yasaya karşı hile yoluna başvurmuyup, ülke içinde kalan kimseler bakımından sözkonusu olmalıdır. Evlenme tasarılarının ciddiliği açısından biz, yetki verenin irade açıklamasının anlam ifade ettiği ve yasanın gereklerine uygun bir yetki belgesinin bulunduğu hallerden değil, asıl ülke içinde yasaya karşı hile yoluyla "gerçek bir mektup evlenmesi" ni amaçlayan yetki verenin durumundan endişe etmeliyiz. Temsilci aracılığıyla evlenme olanağı tanıyan ülke hukukları genellikle, yasalarında temsil yetkisi belgesi için bu tür bazı koşullar öngörmektedirler. Olay konusundan bu anlaşılmaktadır. Olayda da temsil yetkisi, "evlenme yoluyla kişisel durum değişikliği" amacını açıkça ortaya koymuştur²⁴. Davacının ve tanıkların temsil yetkisinin içeriğini ciddiye alıp almadıkları noktası ise, apayrı bir sorundur.

Devletler özel hukuku alanında "temsilci aracılığıyla evlenme"yi (gaipler arasında evlenmeyi) tam geçerli kabul eden baskın öğreti, bu yüzden Gamillscheg tarafından önerilen "maddi koşullar nitelemesi"ne yeğlenmelidir.

Ciddi olarak yapılmış ve bir yıldan daha çok devam etmiş bulunan, bir Alman yurttaşının temsilci aracılığıyla yaptığı evlenmeyi kurtarmak isteyenlerin, Gamillscheg'in²⁵ EheG §. 17, II hükmünün kıyasen uygulanması yolundaki görüşüne katılmamak gerekir. EheG §. 17, II'nin düzeltme olanağı, böyle bir evliliğe daha çok doğrudan doğruya uygulanmamalıydı; bu yolla düzeltme olanağı yaratılamaz.

²⁴ Karş. bunun hakkında aşa. II. 1. b.)

²⁵ Bei Staudinger, Art 13 EGBGB, Rz. 835, 659.

II

Kanımcı, doğru olan çıkış noktasına karşın, kararın vardığı sonuç düşündürücüdür. Eyalet mahkemesi, davacının -ilk kez ikinci derece mahkemesinde, yani istinaf mahkemesinde- verdiği saptama (tesbit) istemi sonucunda, taraflar arasındaki ilişkiyi "yok evlilik" olarak kabul etmiştir. Mahkeme bu kararı verirken işlem yerinin belirlenmesinde (EGBGB m. 11, 1, cümle 2) kilise hukukunu uygulamış ve sonuç olarak görüşünü iki gerekçeye dayandırmıştır: ona göre, ortada geçerli bir yetki belgesi (vekâletname) yoktur; çünkü birinci olarak, davacı asla evlenmek amacıyla bir yetki belgesi vermek istemiştir ve ikinci olarak, yetki belgesinin hazırlanması sırasında hazır bulunan tanıklar (verildiği iddia edilen) yetki belgesinin geçerli olarak ortaya çıktığını belgeleyememişlerdir. Mahkemenin bu gerekçesi, Alman devletler özel hukukunun uygulanması (1.a)), olguların saptanması (1.b)) ve kilise hukukunun uygulanması (2.) bakımından insanı düşünmeye yöneltmektedir.

1. a) Eyalet mahkemesine göre işlem yeri (EGBGB m. 11, II cümle 2) olarak kilise hukuku, davacının geçerli bir evlilik yetki belgesi verip vermediği sorununu çözecektir:

aa) Yetki belgesinin "biçim"i, yani onun dış yapısı sözkonusu olduğu ölçüde, bu sonuç kanımcı -en azından sonuç- açısından doğrudur. Evlenme töreninin yapıldığı ülke hukuku, aslında bu soru bakımından uygulanmalıdır. Olayda bu hukukun uygulanması, davacının yetki belgesini Almanya'da verdiği için, yeni EGBGB §. 11, I cümle 2'den değil, aksine EGBGB §. 11, I cümle 1'den çıkmaktadır. Ayrıca, Almanya'da verilen yetki belgesi, eğer Alman hukukunun aradığı koşulları (EGBGB §. 11, I, 2) taşımış olsaydı, bu yetebilirdi. Ancak olayda bu gerçekleşmediği için mahkeme buna yanaşmamalıydı (Alman iç özel hukuku temsilci aracılığıyla evlenme kurumunu tanımamaktadır. Buna rağmen, baştan itibaren, hukuk düzenimizin ruhundan çıkarılabilecek "evlenmeye yetki" vermeye ilişkin biçimsel koşullardan kaçınmayı istemek yanlış olurdu. Aynı şekilde, BGB §. 167 hükmünü uygulamak, yetki belgesini hiçbir koşula bağlı kılmamak ve tamamlayıcı işlemin biçimsel koşullarına uyruk tutmamak da yanlış olurdu. Bunların yanısıra evlat edinmede temsil belgesi için noterce belgelen-dirmeyi gerektiren BGB §. 175 la, II'deki ana düşünceyi yeniden ele almak olurdu).

bb) Mahkemenin görüşünün aksine ben, davacının yetki belgesi verilmesi sırasındaki evlilik için gerekli iradesi sorununun işlem yeri hukukuna bırakılmasını düşündürücü buluyorum. Davacı (sözüm

ona anlamadığı varsayılan) yetki belgesini imzalarken (ve gönderirken?) gelin adayı ile evlenmeyi hiç istemiyor idiye, hangi hukuksal sonuçlar ortaya çıkacaktır? Kanımca bu konu hakkında EGBGB m. 13, 1'e göre evlenmenin maddi koşulları hakkında geçerli olan hukuka yollama yapılmalıdır. Çünkü ortada -en azından geniş anlamda- davacının kendi iradesine önemli biçimde etki eden irade beyanı eksikliği sözkonusudur (isterse bu irade beyanı kendisindeki eksiklikle beraber evlenme töreni sırasında Kolombiya'da gelinin erkek kardeşi tarafından biçimsel olarak verilmiş olsun!). Davacı Alman yurttaşı olduğundan, sorun bakımından biz Alman hukukuna göre karar vermeliyiz. Ancak bu pek kolay değildir. Alman iç evlenme hukuku, evlenme sırasındaki irade eksikliklerini, evlendirme memuru (evlendirme organı) önünde her iki tarafın da aynı anda hazır bulunduğu evlilikler bakımından düzenlemiştir. Burada sadece genel hükümlerin ana kurallarına başvurmak eksiklik olurdu. Biz burada evlenme hukukunun özelliklerini gözönünde bulundurmak zorundayız. Eğer davacı, davalı ile olan evliliği hakkında gerçekten hiçbir şeyden haberdar olmadığı iddiasında idiye, temsil belgesi, bir şaka açıklaması (lâtime beyanı) (karş. BGB §. 116) veya onam verilmiş görünüşte işlem (karş. BGB §. 117, I) veya yalnızca yok işlem olarak gözönüne alınmazdı. Bence davacının temsil yetkisi vermesi sırasındaki iradesinin eksikliği durumunda, sözkonusu olan şey, yalnızca, evliliğin EheG §. 18'e göre batıl bir evlilik mi, yoksa EheG §. 31'e göre ortadan kaldırılabilir bir evlilik mi olduğudur. Alman hukuk dilinde kullanıldığı anlamda bir "yok" evlilik, bu olay bakımından bence sözkonusu değildir. Eğer biz, medeni hakları kullanma yeteneği bulunmayan kimsenin bağıtladığı evliliği, batıl bir evlilik olarak kabul ediyorsak (EheG §. 18), temsilci aracılığıyla evlenmede temsil yetkisini veren Alman'ın irade eksikliğine oldukça ağır bir sonuç yüklemiş oluruz.

b) Davacının, evlenme yetkisini verme sırasındaki irade eksikliği hakkındaki mahkemenin saptamalarına pek, hatta hiç katılma olanağı bulunmamaktadır. Bu saptamalar oldukça sözgötürür. Delillerin gösterilmesi bakımından gözönünde bulundurulmuş ve arka planda kalan bilgileri bilmeyen ve mahkeme kararı dışında yalnızca temsil belgesini gören²⁶ bir kişi olarak ben bazı kuşuklara düştüm. İlk derece mahkemesinin aksine, İstinaf (Eyalet) Mahkemesi, davacının temsil (yetki) belgesini yanlış anladığını ve davacının evlenmeyi istemediğini belirtmektedir. Temsil belgesi metninden ve mahkemenin diğer saptamalarından, istinaf mahkemesinin bu sonuca varmasını anlamak oldukça güçtür. Temsil belgesinin metni, davacının davalı ile üçüncü bir kişi (davalının erkek kardeşi) aracılığıyla evlenmek istediğini açıkça ortaya koy-

²⁶ Mahkeme yetki belgesinin bir fotokopisini bana lütfedip göndermişti.

maktadır. Ayrıca, davacı açıkça evlenme töreninden sonra, evlenmeyi tanıyacağını belirtmiştir. Gerçi temsil belgesi İspanyolca yazılmıştır ve davacının İspanyolca bilgisi kötüdür. Fakat, gelin adayı yetki belgesini İngilizceye çevirmiştir ve mahkemenin de saptandığına göre, davacı çok iyi İngilizce bilmektedir. Çevirinin yanlışlığı hakkında da mahkeme kararında herhangi bir şey yoktur. Bu durum karşısında davacının temsil belgesinin içeriği hakkında yanlışlığa düştüğüne inanmak çok güçtür. Gelinin ana babasının, kızlarının “geleceğinin güvence altına alınması” istekleri üzerindedir ki, davacı, gelinin Almanya’ya düşünülen gezisi amacıyla temsil belgesi vermiştir; bu gerçeği de gözden uzak tutmamak gerekir. Gelinin ana babasının, kızlarının geleceğinin güvence altına alınması isteklerinden ne anlaşıldığı, kuşkusuz bir biçimde ortadadır. Davacının vermeyi kastettiği “bağlayıcı olmayan evlilik beyanı” ile, herhalde bir Kolombiyalı kızın geleceği Almanya’da güvence altına alınmış olmaz. Bu aynı zamanda mahkemenin de görüşüdür. Senato açıkça şunu belirtmiştir: Davacının “sevgili karıcığım” biçiminde davalıya yazdığı mektup, ebeveyni (yani gelin adayının ana babasını) bir evlilik varmışçasına kandırmaya yöneliktir. Bundan da anlaşılıyor ki, ebeveynin temsil belgesinin neden gönderilmesini istediklerini, davacı tam olarak biliyor olmalıdır. Mahkemenin, ve öte yandan davacının kendi yanılmasını gözden uzak tutmaması, karara katılma olanağını ortadan kaldırıyor. Mahkemenin saptaması daha çok şunu akla yakın hale getiriyor: Temsil belgesini imzaladığı sırada, davacı bir evliliğin ve bizzat kendi evliliğinin sözkonusu olduğunu tamamen biliyordu. Yani bu evliliği davacı da istiyordu. Davacı, yalnızca Almanya’da tanınmayacak bir evliliğin ortaya çıkacağını ümit ediyordu. Bu sonuca mahkemenin kararından varılmaktadır. Mahkemeye göre: Davacı, bir Alman’ın, Almanya’da Alman hukukuna göre, bir Kolombiyalı ile temsilci aracılığıyla (gaipler arasında) geçerli olarak evlenilebileceğini sanmıyordu. Temsil belgesi “katolik bir evlenme’ye (matrimonio catolico) ilişkin olduğu için, böyle bir yanlışlığın mümkün olduğunu, buna rağmen kabul ediyorum. Yurt içinde yapılan bir evlenme için dinsel törenin yetmediği bir ülkede, böyle yanlışlıklara düşülebilir. Böyle bir yanlışlığın EheG §. 31, I, birinci hal’e göre ortadan kaldırılması mümkündür. Yurt dışında yapılan bir evliliğin sonucu hakkında yanılan kişi yaptığı işlemlerin (EheG anlamında) bir “evlilik sözleşmesi”ne ilişkin olduğunu bilmez²⁷.

Karardaki diğer kuşkulu konulara değinmek istemiyorum (delillerin incelenmesini bilmeden olayın derinliklerine inilememektedir)²⁸.

²⁷ Palandt / Diedrichsen, § 31 EheG Bem.2.; Soergel / Donau, § 31 EheG Rz. 2; RG JW 1925, 1639.

²⁸ Tanıklar, temsil belgesinin verilmesi sırasındaki işlevlerini, açıkça, yalnızca davacının

2. Mahkemenin kilise hukukunu nasıl uyguladığı da tartışılabilir bir konudur. Ancak şunu da hemen vurgulayayım ki, bu konuda aslında ben de kesin bilgi sahibi değilim²⁹.

Mahkeme şu sonuca varmıştır: “Ortada Kolombiya hukuku ve kilise hukukuna göre iptal edilebilir sakat bir evlilik değil, aksine her iki hukuk sistemine göre herhangi bir hukuksal durum yaratmayan bir ‘yok evlilik’ sözkonusudur”. Bu ifade, eğer tamamen yanlış değilse, en azından kesin değildir.

a) Bu, önce mahkemenin saptaması bakımındandır: Mahkemeye göre, davacı irade açıklamasını yanlış anladığı ve gelin adayıyla evlenmeyi istemediği için geçerli bir evlenme yetkisi vermemiştir. Burada bir defa şu varsayılmaktadır: ortaya çıkacak olan sorunlar ve davacının bilgisi ve isteğine ilişkin mahkemenin kanaati, kilise hukukuna göre değerlendirilmelidir. Ayrıca, davacının evlenmeye ilişkin irade beyanı eksik olduğundan taraflar arasındaki ilişki önemli bir nedenden dolayı sakattır.

Ancak, buradaki ilişkiyi hiçbir hukukta hukuksal durum yaratmayan bir “yok” evlilik olarak nitelendirmek çok ileri gitmek olur. Kilise hukukuna göre burada daha çok, iptal edilebilir bir evlilik sözkonusudur. İyiniyetli taraf bakımından, böyle bir durumda sözde evliliğe (Canon 1015 CIC) tanınmış hukuksal kolaylıklar reddedilememelidir.

İrade açıklamasının yenilenmesi (Canon 1136 CIC) yoluyla evliliğin geçerli duruma getirilmesi yolu kapanmamıştır. Aradaki ilişki,

imzasının doğruluğunu tanıtlama yolunda görmüşlerdir. Belgenin içeriği hakkında ise kayıtsız kaldıkları anlaşılmaktadır. Aksi takdirde en azından, Protestan Papaz’ın bile davacının temsil yetki belgesinin içeriği hakkındaki açıklamasına rağmen (ki, davacı, bu belgenin hazırlanış nedeni olarak, Almanya’da yapılacak evlilik için kızın ebeveyninin, kızlarının evden ayrılması bakımından zorunlu gördüklerini belirtmiştir, (şüpheye düşmemesi, başka türlü izah edilemez. Medellin Başpiskoposluğu tarafından hazırlanan belge şu kelimeleri içermektedir: “matrimonio por poder” ... “mandato procuratorio” ... “pretendo contraer matrimonio católico con”...“nombro representante y procurador mio al señor”...“para que en mi nombre, cumplidos los requisitos canonicos, reciba por esposa mia”...“Una vez efectuado dicho matrimonio ante mi procurador y representante, lo reconozco la fecha y hora de su celebración”.

İspanyolca bilinmese bile, temel Latince bilgisi, bu belgede Almanya’da yapılacak evliliğin hazırlığından öte birşeyler olduğu kuşkusunu ortaya koymuş olmalıdır. Katolik Kilisesine bu yolda bir başvuruda bulunulsaydı, gerçek hemen ortaya çıkardı. Ancak daha önce de belirtildiği gibi, tarafsız bir gözlemci olarak, dava konusu hakkında yalnızca bazı tahminler de bulunmaktan öte yapacağımız bir şey yoktur.

²⁹ Burada katolik hukuka ilişkin sorunlar hakkında yardımcı olan Freiburg’lu meslektaşlarım Hollerbach ve Mosiek’e yardımlarından dolayı teşekkür ederim.

CIC Canon 1014'ün hukuksal yardımından da yararlanabilir. Buna göre, aksinin ispatına kadar ortada, geçerli bir evliliğin bulunduğu varsayılır. İptal edilebilirlik "pro foro extorno" biçimsel bir yöntemde ileri sürülebilir.

Kilise evlilik hukukunun iptal edilebilirlik hakkındaki düzenlemesi, Alman hukukunun düzenlemesine uymamaktadır. Çünkü, Alman evlenme hukukunda iptal edilebilirlik, "yenilik doğuran (inşai) kararlar ortadan kaldırma" anlamına gelirken, kilise hukukunda baştan beri iptal edilebilirlik (bizim dilimiz bakımından) saptanabilirlik³⁰ anlamına gelmektedir. Kilise hukuku anlamında "iptal edilebilir" evlilik ile, Alman hukuku anlamında "yok evlilik" aynı olmadığı halde, mahkeme, kararında davacının saptama (tesbit) istemini kabul etmiştir. Yani mahkemeye göre, taraflar arasında bir evlilik ortaya çıkmamıştır. Yalnızca gerekçe bakımından mahkeme, gereğinin üstüne çıkarak karar vermiştir.

Codex Iuris Canonici, evlilikler bakımından dinsel mahkemenin (kilise mahkemesinin) yetkisini kesin yetki olarak görmesine karşın (CIC Canon 1916), bu saptama (tesbit) bakımından da mahkeme kendisini yetkili görmüştür. Eğer evlilik olarak gözönüne alınan ilişki, (maddi veya) biçimsel eksiklikle sakat ise, bu durumda çığnenen (ihlal edilen) hukuk düzeni (kural olarak)³¹, bu çığnemenin sonuçları hakkında da karar verir³². Bu nedenle çığnenen hukuk, bu çığnemenin nasıl (yani hiçbir biçime bağlı olmadan mı yoksa belli bir biçimde mi) ileri sürülebileceğini de düzenler³³. Ancak, çığnenen hukuk düzeni, eğer çığneme belli bir biçimde ileri sürülecek ise uluslararası yetkiyi ve biçimsel yöntemi düzenlemez.

Eğer Alman devletler özel hukuku, Alman mahkemesinin kilise hukukunu uygulamasını isterse, mahkemenin yetkisine ilişkin önleyici hüküm gözönüne alınmadan -ki bu durumda karar kilise hukukunca tanınmayacaktır- bu hukuk uygulanır.

Belki mahkeme, diğer ayrıntılardan kaçınmak için, "yok evlilik" sonucuna varmıştır. Kilise hukuku anlamında iptal edilebilirlik, belli bir biçimde ileri sürüldüğü için, davacının iptal edilebilirlik nedenine dayanabilip dayanamayacağı sorunu ortaya çıkar. Evlenmenin koşullarındaki eksikliği kimin ileri sürebileceğini kural olarak çığnenen hu-

³⁰ Karş. Eichmann / Mörsdorf, Lehrbuch des Kirchenrechts, III, 9. bası, 1960, 228.

³¹ Ayrıntılar için bkz. aşa. II. 2. b) bb).

³² Kegel bei Soergel, Art 11 EGBGB Rz. 27; Art. 13 EGBGB, Rz. 85 mit Nachweisen; Gamillscheg bei Staudinger Art. 13 EGBGB Rz. 479 vd.; ve farklı olmakla beraber Rz. 867 vd., 889.

³³ Kegel bei Soergel, Art. 13 EGBGB Rz. 91.

kuk belirlir³⁴. Kilise hukukuna göre, davacı iptal davası açamazdı veya en azından hiç bir biçime bağlı olmaksızın açamazdı. Davacı katolik olmadığı için katolik kilise mahkemesinde bu hak kendisine bahsedilmeden (EPO m. 35 §. 3), onun dava açma hakkı yoktur. Bunun dışında CIC Canon 1971'e göre, iptal davasına (doğrudan doğruya ve bile bile) neden olan eşin dava açma hakkı bulunmamaktadır; bu nedenle olayda davanın dava yetkisi sözcötürür. Mamafih her iki hüküm de bir yana bırakılabilir. EPO §. 35 Alman mahkemesi tarafından "pür" yargılama hukuku normu olarak gözönüne alınamaz ve Canon CIC 1971-en azından kural olarak- devletler özel hukukunda yollamanın (atufin) konusu olmayan yargılama hükümlerinden sayılır.

b) Bütün bunların yanısıra, mahkemenin taraflar arasındaki sözde "yok" evliliği, temsil yetkisinin verilmesi sırasında hazır bulunan tanıklara ilişkin eksiklikten hareket ederek çıkartması yolundaki görüşleri de duraksamalara yol açmaktadır³⁵.

aa) Herşeyden önce, tanıkların İspanyolca bilmemeleri nedeniyle yetki belgesinin içeriğini anlamamalarının yetki belgesinin geçerliliği bakımından etkili olması, tartışılabilir. Mahkemenin görüşü, herhalükârda hatalıdır. Mahkemeye göre, CIC Canon 1090 uyarında, bir çevirmenin (tercümanın) de temsil belgesinin yapılması sırasında hazır bulunması gerekirdi. Çevirmene ilişkin CIC Canon 1090, (buyurucu değil) tamamlayıcı bir yedek hukuk kuralıdır. Eğer tanıklar, yalnızca imzanın doğruluğu bakımından değil de, imzanın belgenin doğru olarak anlaşıldığına ilişkin olarak verildiği bakımından tanıklık etmiş olsa-

³⁴ Kegel bei Soergel, Art. 13 EGBGB Rz. 90.

³⁵ Yetki belgesinde aslında duraksanılacak bir konu daha vardır. Belgede, belgenin verildiği yer ve tarih yoktur. Aslında bu eksiklikler belgenin geçersiz sayılması için yeterli değildir. Mamafih bazen en azından belgenin düzenlendiği yerin belirtilmesi gerekir (karş. Kradepohl, Stellvertretung und kanonisches Eherecht, s. 149; Jone, Gesetzbuch der lateinischen Kirche, II, 1952, Anm. zu Canon 1089 § 1 b.

Schönsteiner (Grundriss des kirchlichen Eherechts, 1937, s. 620 Anm. 1), aynı şekilde bir yetki belgesinde düzenleme zamanının da bulunması gerektiğini belirtmektedir. Ancak, bunu, bağitlanan evlilikler bakımından pratik açıdan baskın öğretinin görüşüne uyulmalıdır, diyerek yumuşatmıştır.

Codex, evlenmeye ilişkin yetki belgesinde zamanın (ve yerin) bulunmasını açıkça öngörmediği için, geçerlilik bakımından bu verilerden vazgeçilebilir (bkz. Köstler, Das österreichische Konkordatsrecht, 1937 s. 39 Anm. 6). Alman Beurkundungsgesetz (§. 9, II), irade beyanlarının belgelendirilmesinde işlem yer ve zamanını zorunlu olarak öngörmemektedir. Bunun olay bakımından fazla bir yararı yoktur. Alman hukukunun temsil belgesine ilişkin gereklerine uyulması yeterlidir (EGBGB Art. 11, 1. 2). Alman hukuku (BGB §. 175la, II deki gibi) noter tarafından yapılacak bir belgelendirmeyi gerekli sayabilirdi (bkz. yuk. II, 1. a) aa). Ancak yasa böyle bir koşul getirmemiştir. Bu nedenle kanımca, yan sorun (yani, zamanın belirtilmemesinden doğacak hukuksal sonuçlar) bakımından Alman hukukuna yollama yapılamaz.

lardı, mahkemenin görüşü doğru olabilirdi. Buradaki görüşler birbirinden oldukça farklıdır³⁶.

bb) Bütün bunlara rağmen yetki belgesinin verilmesinde biçim eksikliği olsa bile, mahkeme, bütün sonuçları ile "yok evlilik" gibi aşırı bir sonuca varamamalı idi. Eğer evlenme törenine katılan tanık açısından bir eksiklik varsa, bu biçimsel eksikliğin sonucu, "iptal edilebilirlik"tir. Bu eksiklik de, evlilik iradesini yenilemeye gerek olmadan kaynakta düzeltilebilir (CIC Canon 1138). Eğer temsil yetkisi verilmesine katılan tanık açısından bir eksiklik varsa, sonuç bundan farklı olmamalıdır. Bu hallerde dahi bir "sözde evlilik" yolu kapanmamıştır.

O halde, bence mahkeme bu eksiklik bakımından da yanlış karar vermiştir.

Eğer mahkeme kararın gerekçesinde evliliğin kilise hukukuna göre iptal edilebilir olduğu sonucuna varsaydı, kanımca doğruya varmış olurdu.

cc) Buna karşılık kanımca, senatonun eksikliklerin sonuçları bakımından bu konuda (Kolombiya hukukundaki karşı denemeye göre) kilise hukukunu uygulamasına itiraz edilemez. Çünkü bu hukuk, (Kolombiya iç yollamasına göre) yer (mahal) hukuku olarak, evlenme sözleşmesinin biçimi ve buna bağlı işlem yeri olarak da (EGBGB m. 11, I, cümle 1) temsil belgesinin biçimi için (ve hatta davalı açısından evlenme sözleşmesinin biçimi bakımından) yetkilidir.

Bunun yanında bazı konuların karşılaştırılması veya katı ya da yumuşak hukukun seçimi açısından Alman hukukunun da uygulanabileceği düşünülebilir. Çünkü Alman hukuku (EGBGB m. 11, I., cümle 1, davacı açısından) evlenmenin biçimi bakımından işlem yeri hukuku ve temsil belgesinin yapıldığı yer hukuku (EGBGB m. 11, I, cümle 2) olarak tamamen gözden uzak tutulamaz. Bu yüzden, çiğnenmiş olması ve eşlerin evliliği bağıtlarken birden çok hukuku çiğnenmiş olmaları açısından eksikliğin sonuçlarına, evliliğin biçimselliği hakkında,

³⁶ Kradepohl (Stellvertretung und kanonisches Eherecht, s. 148), öğretiyi de yollama yaparak, tanıklar imza edenin belgenin içeriğini anladığına dair tanıklık da yapmalıdır, demektedir. Onun Schönsteiner'e yaptığı yollama (Grundrecht des kirchlichen Eherechts s. 619'a) aslında yeterli değildir. Ancak Schönsteiner'e göre, tanıklar "merasim tanığı"dırlar ve imza eksikliği, yetki belgesini geçersiz kılar. Bay Mosiek'in bana söylediğine göre, istinaf mahkemesinin görüşü, kilise mahkemelerinin uyguladıkları bir görüş değildir. Alman hukukuna göre de, belgelenilmiş bir irade beyanı, noter, tanıklar ve/veya irade beyanı açıklamasında bulunan kişinin belgede kullanılmış bulunan lisanı (yabancı dili) yeteri derecede bilmemeleri durumunda, doğrudan doğruya biçimsel anlamda "yok" hükmünde değildir (karş. Beurkundungsgesetz §§ 5, 26, II, 16).

geçerli olduğu yer hukukunun uygulanıp uygulanmayacağı sorulmalıdır³⁷.

Bence sorun, temsil belgesinin verilmesi sırasındaki biçimsellik açısından ele alındığında, Alman hukuku gözönünde bulundurulamaz. Eğer temsil belgesi Alman hukukunun gereklerine uygun olmuş olsaydı³⁸, o zaman Alman hukuku gözönünde bulundurulabilirdi. Başka bir hukuka göre olan biçimsel eksiklik, bizim anlayışımızca zararlı olmazdı. O halde temsil belgesi, Alman maddi hukukunca öngörülen gereklere de yetmemektedir. Bu nedenle, çiğnenmiş diğer bir yabancı ülke hukuku ile yarışmağa sokmak için, Alman hukukunda çiğneme sonuçları hakkında kurallar geliştirmenin anlamı pek yoktur. EGBGB m. 11, I cümle 2'nin temellerine uygun olarak eşlere kolaylaştırma niyeti, bizi, kanımızca temsil belgesini bağımsızlaştırmaktan ve Alman iç hukukunda düzenlenmemiş bir kurum hakkında biçimsellik hükümleri geliştirmekten alıkoyabilir. Bunun ötesini ise düşünmeye gerek yoktur. Alman maddi hukukunun biçimine hiç uymamış bulunan eşler için, "Alman hukukunda evlenmenin bağitlanması sırasında yalnızca evlendirme memuru önüne tarafların çıkması ayrı olarak yok evlilik sonucunu doğurur", diyerek eşleri korumaya bence gerek yoktur; bunun dışındakiler iptal edilebilirliğe girer.

Böyle bir evlilik bakımından da Alman hukuku gözönüne alınmaz. Konsolosluk önünde yapılan evlenmeler ayrı olmak üzere, yurt dışında yapılan evlenme törenleri yüzünden Alman yurttaşı, asla Alman hukukunu değil, aksine yalnızca mahalli yasayı çiğneyecektir. Çünkü yurt dışındaki Almanlar için (konsolosluk evliliği ayrığı dışında) bir Alman evlendirme memurunun varlığının öngörülmediği, o mahalde yürürlükte bulunan biçimler geçerlidir³⁹. Bu görüş geniş ölçüde düşünülse dahi⁴⁰, "Alman hukukunun gözönüne alınmaması" sonucu değişmez. Taraflar olayımızda yurt dışında kilise törenini yeğlemişlerdir ve bir Almanın yurt dışında kilise törenini seçmesi durumunda biçimsel eksikliğin sonuçları Alman hukukunda aranmaz⁴¹; çünkü ta-

³⁷ Karş. Kegel bei Soergel, Art. 11 EGBGB Rz. 27, Art. 13 EGBGB Rz. 98; Gamillscheg bei Staudinger, Art. 13 EGBGB Rz. 867 vd.

³⁸ Karş. yuk. II. 1. a) aa).

³⁹ Böyle geniş bir düşünce karş. Kegel bei Soergel, Art. 13 EGBGB Rz. 62; Palandt / Heldrich Art. 13 EGBGB Bem. 6 b; Erman / Marquardt, Art. 13 EGBGB Bem. 14; Dölle, Familienrecht Bd. 1 s. 198 Anm. 43; Raape, IPR 5. bası, s. 253.

⁴⁰ Karş. Gamillscheg bei Staudinger, Art. 13 EGBGB Rz. 804, yurt dışında evlendirme memuru önündeki evlendirmelerde eksikliklerin sonuçlarını katı olarak düzenleyen mahal hukukunun, daha esnek hükümler getiren Alman hukukuyla yumuşatılmasını belirtmektedir.

⁴¹ Karş. Gamillscheg bei Staudinger Art. 13 EGBGB Rz. 884, 889.

raflar yalnızca o yerdeki biçimsel düzenlemeleri kullanırlar ve bu yüzden Alman hukukunu herhangi bir şekilde çığnememişlerdir⁴²; ancak bunu, "en azından" diye tamamlamak gerekir; aksi halde EGBGB m. 11, I, cümle 2'deki ana düşünce anlamını yitirirdi.

Bir yandan tarafların mahal (yer) biçimine uymaları sonucu kabul edilirken, öte yandan EGBGB m. 11, I cümle 1 açısından, bağitlanan evliliği Alman hukuku açısından yok saymak ve buradan hareketle öncelikle hangi hukukun uygulanacağını tartışmak düşünülemez. Alman hukuku açısından, daima "yok evlilik" sonucuna varılması gerektiğinden, burada sonuca varmak için başka olanaklara gerek vardır. Bence bu sonuca, "sorun böylece, temsil belgesinin verilmesi sırasında tanıklara ilişkin eksiklikler nedeniyle taraflar arasındaki ilişkiyi yok evlilik sonucuna götüren (ki, Alman hukuku bu tür eksiklikleri böyle katı sonuçlara bağlamaz⁴³) bir hukuka bırakılıyor" denerek de karşı çıkılamaz. Kilise hukukuna göre amaçlanan temsilci aracılığıyla evlenmede, temsil belgesinin içeriği anlaşılmalı olsa bile, yokluk nedenine ulaşılması için, biçimsel açıdan eksik iki tanığın bulunması yetecektir! Buna karşı şu ileri sürülebilir: Gerçi biz, biçimsellik açısından bizi aşırı sonuçlara götüren çok katı bir hukuk kuralına çarpabiliriz. Ancak, uluslararası ilişkilerde böyle bir sonuç kendini gösterebilir. En kötü olasılıkla EGBGB §. 30 yardımı koşar. Kamu düzenine ilişkin düzeltmelere gitmeden önce, yabancı hukukun biçimsellikte gerçekten bu kadar katı olup olmadığı ve o hukukta yumuşatıcı hükümler bulunup bulunmadığına bakmak gereklidir. Bu açıdan İstinaf Mahkemesinin kararında belirtilen, "kilise hukukunun biçimsellikte katılığı gerekçesi", bence tartışılabilir. Bu açıdan, kilise hukukunda bilerek veya dolayısıyla⁴⁴ iptal edilebilirliğe neden olan eksik evlenmenin tarafına iptal davası açma yetkisi vermeyen Canon 1971 gözönüne alınmalıdır. Canon 1971 (dar olan sözüne karşın) evlenme sözleşmesindeki eksikliğe de ilişkindir⁴⁵. Aslında bu hüküm, yargılama hukuku kuralı olarak devletler özel hukukundaki yollama (atıf) düzenlemesini kapsamaz. Fakat Alman hukuku kötü niyetle neden olunan biçimsel eksikliğe dayanılmasını olağanüstü bir önemle nitelediğinden, Canon 1971'in içerdiği hukuksal düşüncelerle birlikte şöyle denilebilir: En azından hukukumuzun çok ağır bir sonuç bağlamadığı biçimsel eksikliklerde, eksikliğe bile neden olan kişi, evlenmenin butlanına dayanmamalıdır.

⁴² Karş. Gamillscheg bei Staudinger Art. 13 EGBGB Rz. 883.

⁴³ Evliliğin bağitlanması sırasında iki tanığın bulunması yolundaki kural, buyurucu bir kuraldır; Beurkundungsgesetz'e göre (§. 16, 26, II) tanıkların yetersizliği, belgelenen irade beyanının biçimsel açıdan yok sayılmasını gerektirmez.

⁴⁴ Karş. Eichmann / Mörsdorf, Kirchenrecht III s. 229.

⁴⁵ Karş. Jone, Gesetzbuch der lateinischen Kirche, Anmerkung zu Canon 1971.

— III —

İstinaf mahkemesinin kararı, yargılama hukuku açısından da ilginçtir.

Davacı önce evlenmenin ortadan kaldırılmasını istemiştir. İlk derece mahkemesinde davayı yitirdikten sonra, istinaf yolunda, taraflar arasında evlenmenin bulunmadığının saptanmasını (tesbitini) istemiş ve evliliğin ortadan kaldırılması (iptal) dilekçesini yardımcı istek olarak kullanmıştır. Bu düşündürücüdür; çünkü yargılama hukuku, evlenmenin saptanması (tesbiti) davası ile evlenmenin iptali davasının birlikte açılmasını açıkça yasaklanmıştır (ZPO § 615, II, 633, 638). Bu yüzden, yardımcı amaç olan "iptal davası hakkındaki kararlar", davacı amacına hiçbir zaman ulaşamazdı. Eğer Senato, ana istemi yönemine uygun olarak yapılmış ve fakat yerinde değildir diye görseydi, yardımcı istemi yerinde olmadığından reddetmesi gerekirdi; çünkü yargılamanın bölünmesi için herhangi bir neden bulunmamaktaydı⁴⁶. Yargılama hukuku bakımından geçerli olarak verilen iptal istemi dilekçesi eğer tamamen ümitsiz olmamış olsaydı⁴⁷, saptama istemi kanımca yerinde olmazdı; bu konuyu vurgulamakta yarar vardır.

Evlenmenin saptanması (tesbiti) ile evlenmenin iptali davasının birlikte açılması yasağı, aslında iptal davasından saptama (tesbit) davasına geçişi engellemez. Bu geçiş, ZPO § 614'ün öngördüğü olanaklardan dolayı değil, aksine ZPO §. 264'deki dava değiştirme için öngörülen koşullar altında olanaklıdır. Dava konusunu azaltmayı veya artırmayı dava değiştirme olarak görmeyen ZPO §. 268 / bent 2 hükmüne karşın, kanımca burada ZPO § 264 anlamında dava değişikliği vardır. Bu kurala göre, gerçi ZPO § 268, II uyarınca nitelik artırımları veya azaltmaları dava değiştirme değildir⁴⁸. Bunun gibi, edim davasından saptama davasına veya saptama davasından edim davasına⁵⁰ geçişler de dava değiştirme değildir denilebilir; ancak evlenme sorunları bakımından yenilik doğuran (inşai) davadan saptama davasına geçişte durum farklıdır; çünkü, bu durumda niteliksel bir artma veya azalma değil, aksine birleşemeyen davalarla ulaşılmak istenilenden çok farklı bir şey söz konusudur (ZPO §. 615, II; 633, 638).

Bu durumda, dava değiştirme davalının onamına veya mahkeme-

⁴⁶ Karş. BGHZ 34, 134 (135); Stein / Jonas / Schlosser ZPO § 615 IV Anm. 2; Baumbach / Lauterbach / Albers / Hartmann § 615 ZPO Bem. 2.

⁴⁷ Karş yuk. II, 1. b).

⁴⁸ Karş. KG ZZP 56, 194; OLG Bremen NJW 1956, 515; Stein / Jonas / Schlosser §. 614 ZPO II 4; Rosenberg / Schwab, Zivilprozessrecht §. 167 III 5.

⁴⁹ Karş. Thomas / Putzo ZPO § 268 Bem. 3

⁵⁰ Karş. RGZ 171, 203.

nin işin amaca uygunluğu kararı vermesine gereksinime duymaktadır (ZPO §. 264). Her iki hal ise, olayda son derece tartışmalıdır.

Davalının değişikliğe onam vermediği açıkça bellidir. Buna karşılık davalı duruşmada, davanın değiştirilmiş biçimine itiraz etmeden davanın esasına girişirse, bu durumda davalının değişikliğe onam verdiği varsayılır (ZPO §. 269). Davalı değişikliğe karşı çıkmamıştır. Fakat, buna rağmen mahkemenin amaca uygunluk açıklamasında bulunmadan ZPO § 269 gereğince yeni istemi hakkında karar verip veremeyeceği bana söz götürür bir konu olarak gelmektedir. Davalı istinaf derecesinde, istinaf isteminin reddini ve ilk derece mahkemesinde kabul edilen karşılık dava uyarınca evlilik ortak yaşamının yeniden kurulmasını istemiştir. Bu karşılık dava, davacının evliliğin ortadan kaldırılması istemi yanında ilk derece mahkemesinde yerinde görülmüştür (ZPO §. 615, I). Saptama istemine ilişkin yeni istek karşısında, karşılık dava yerinde olmazdı (ZPO §. 638, 633). Eğer davalı itiraz etmeden davanın değiştirilmiş haline izin verirse, işte bu durumda ZPO § 269 gereğince onam sözkonusu olacaktır⁵¹. Burada, karşılık dava açan davalının, bu tutumunun dava değişikliğine bir itiraz anlamına gelip gelmeyeceği tartışılabilir. Bence bu sonuca olumlu yanıt verilebilir. Olaydaki gibi karşılık dava açan bir kimsenin değişikliğe onam verdiği yolunda bir sonuca varmamak gerekir.

Bu yüzden kanımca, eğer mahkeme dava değişikliğinin amaca uygun olduğunu açıklamış olsaydı, işte o zaman dava değiştirme kabul edilebilirdi.

Bu açıklama bakımından mahkeme, örneğin olay mahkemesinin kaybı gibi bir engelle de karşılaşmış değildir. Olay mahkemesinin kaybı, amaca uygunluk açıklaması açısından hiçbir şekilde önemli değildir, belki bu, durumun özelliğine göre⁵³ mahkemenin kanaatini etkileyebilir. Çünkü olayımızda yapılmak istenen dava değiştirme, olayların değiştirilmesine bağlı değildir. Davacının kanısına göre, ortada yalnızca taraflar arasında hatalı olarak ortaya çıkan ilişkinin hukuken değerlendirilmesi sözkonusu idi.

Mahkeme dava değişikliği konusuna hükmünde açıkça değinmemiş, fakat üstü kapalı olarak dava değişikliğine izin vermiştir⁵⁴. Böyle

⁵¹ Karş. BayObLGZ 4, 172; Baumbach / Lauterbach / Albers / Hartmann, ZPO § 269 Bem. 1.

⁵² Karş. BGHZ 1, 65; Lent / Jauernig, Zivilprozessrecht § 41 IV 2.

⁵³ Karş. Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts; § 13 II 2 b; Stein / Jonas / Schumann / Leipold § 264 III.

⁵⁴ Karş. RGZ 155, 229; Rosenberg / Schwab, Zivilprozessrecht § 102 III 3.

bir kararın hakça (adil) olup olmadığı sorusu tartışılabilen bir konudur.

Dava değişikliği hükümleri (ZPO §. 264, 268) yanında, ZPO §. 271'in davanın geri alınması hükümlerini daima, pratik kabul eden "katı dava birleştirme öğretisi" yandaşları, bu soruya olumsuz yanıt vermelidirler⁵⁵. Davanın, karşı tarafın onamı olmadan esas hakkındaki sözlü duruşmadan sonra geri alınmayacağı kuralı, evlilik sorunları bakımından da sözkonusu olduğundan, davalının onamı bulunmaksızın davacı, istinaf derecesinde (evliliği) ortadan kaldırma (iptal) davasını geri alamazdı (karş. ZPO §§ 523, 271, 1)⁵⁶. Davalı, davanın geri alınması için, onam vermemiştir. Bu onam yolunda onun yargılama sırasında herhangi bir davranışı da bulunmamaktadır. Bu yorum tarzına göre, (eski) evliliğin ortadan kaldırılması davası da derdest olarak kalmaktadır. Bu dava, bir olumsuz saptama (menfi tesbit) davasıyla birleştirilemez (ZPO § 615, II, 633, 638). Yerinde olmayan bu dava birleştirilmesini amaca uygun görmek de çok zordur.

Bu görüş, dava değiştirme hükümleri yanında (ZPO §264), ZPO § 271'de davayı geri alma hükümlerinin işe karıştırılmamasını savunanların⁵⁷ görüşlerine gereksinme duymaz; onlara göre, eski davanın yerine (duraksanmayacak bir biçimde) yeni dava geçmiştir⁵⁸. Bu, ZPO § 271'e, ZPO § 264 anlamında gerçek bir dava değiştirme ile değil, sadece ZPO § 268 hallerinde yaşam tanıyan "sınırlı dava birleştirme öğretisi" yandaşları için de sözkonusudur. Çürkü olayda §. 268'in uygulanacağı bir durum yoktur.

Ayrıca bu öğretisi (yani, "sınırlı dava birleştirme öğretisi") yandaşları açısından evlilik ortak yaşamının yeniden kurulmasına ilişkin olan karşılık dava bakımından zorluk ortaya çıkmaktadır. Bu karşılık dava, ortadan kaldırma (iptal) davası karşısında gerçi kabul edilebilirdi (ZPO §. 615); fakat saptama (tesbit) davası karşısında aynı şey kabul edilemez (ZPO § 638, 633); eğer yerinde olarak açılan karşılık dava, sonradan, bu nedenle yerinde olmadığından reddedilecekse veya karşılık dava için ayırma kararı verilmek zorunda

⁵⁵ Bu konuda bkz. Grunsky, Grundlagen des Verfahrensrechts, § 13 III. Die Veräusserung der Streitbefangenen Sache, s. 151 vd.

⁵⁶ Karş. RGZ 147, 399; JW 1935 1024 Nr. 11.

⁵⁷ Karş. Rosenberg / Schwab, Zivilprozessrecht § 102 III 3.; Walther, Klageänderung and Klagerücknahme s. 117 vd.

⁵⁸ Derdestliğin geçmişe dokunur bir biçimde ortadan kaldırılmasında ZPO § 271 III cümle 1'in kıyasen uygulanabilirliğinden sözedilir. Karş. OLG Bremen NJW 1956, 515.

⁵⁹ Karş. örneğin Thomas / Putzo, ZPO § 264 3a; 268 3; Wiezcorek ZPO § 264 D1b; §. 268 C IV a 1.

kalmıcağsa⁶⁰, işte bu durumda evlilik sorunlarında dava değişikliğinin amaca uygunluğu (yargılama ekonomisi açısından) açıklanabilir. Ancak burada rahatsız edici bir durum sözkonusu olacaktır. İlk derece mahkemesinde evlilik ortak yaşamının yeniden kurulmasını karşılık dava ile isteyen kişi, eğer evliliğin olumsuz saptanması davası ile karşı karşıya kalırsa, yerinde görülmeyen kendi karşılık davasıyla amaçladığı sonuca herhalükârda karşılık davanın ayrılması ile de ulaşılabilir (karş. ZPO § 615). Acaba istinaf derecesinde evlilik ortak yaşamının kurulmasına ilişkin o ana kadar yerinde olan karşılık davanın, "dava değiştirmenin amaca uygunluğu" adı altında evliliğin olumsuz saptanması davasına dönüştürülmesi ile daha çok şeye ulaşılabilir mi?

Buna benzer bir çıkış noktasının sözkonusu olduğu RGZ 147, 401'de anılan bir olayda, Berlin Asliye Hukuk Mahkemesi şöyle karar vermiştir: Tarafların karşılıklı olarak dava ve karşılık dava açtıkları zina nedeniyle bir boşanma davasında, davacı davayı değiştirmek istemiş ve ilk planda evliliğin butlanına ve buna yardımcı olarak boşanmaya karar verilmesini istemiştir. Asliye hukuk mahkemesi, ayrıntıya girişmeksizin, boşanma davasına bağlılığın yerinde olmadığı için, ana istemi reddetmiştir. Aslında burada iki özellik vardı; birincisi, özel bir usulde istenilen evliliğin mutlak butlanı davasının başarı şansı yoktu; bizim olayımızda ise, Bremen Eyalet Mahkemesi, aksine, yeni ana istemi yerinde görmüştür. Diğer deyişle Berlin Asliye Hukuk Mahkemesi ilk derece mahkememesi olarak, buna karşılık Bremen Eyalet Mahkemesi son derece mahkemesi olarak karar vermiştir. O halde bence dava değiştirmenin amaca uygunluğu yolu ile yeni istem üzerinde karar verdirilebilme olanağının varlığı, son derece sözgötürür. Doğal olarak, dava değiştirme sonucunda yeni bir hukuksal uyumsuzluğun sözkonusu edilip edilmediğine bakılacaktır⁶¹. Olayda saptama davası açısından diğer uyumsuzluk konusunda davacı başarılı olmuştur; ancak evliliğin ortadan kaldırılması açısından aynı şey söylenemez (hatta başarısız olduğu da ileri sürülemez). Fakat bunu amaca uygunluk kararının göstergesi olarak görmek de yanıltıcı olabilir. Sonucu dava değiştirme için gerekli delillerin incelenmesinin neticesine bağlı olan bir yargılama için bu kendiliğinden anlaşılır. Ancak ortada "yalnızca" hukuksal sorun söz konusuysa buna dikkat edilmelidir. Böyle bir konuda üst mahkemenin hukuksal yorumunun ne olacağını kimse önceden bilemez. Böyle bir düşünce tarzı, olaydaki gibi bir durumda, kendisine başvurulabilecek bir üst mahkemenin bulunmaması halinde görülür; çünkü, kişi var-

⁶⁰ Evlenmenin saptanması davası ile evlilik birliğinin yeniden kurulması davaları birarada açılmışsa, bunların ayrılması mümkündür. Bkz. Stein / Jonas / schlosser § 633 I 2 ZPO; BGH FamRZ 1961 208, 209.

⁶¹ Bkz. BGH NJW 1958, 184; Rosenberg / Schwab § 102 II 2 b.

lığına ilişkin davalarda temyiz, istinaf mahkemesinin kabulüne bağlıdır ve olayda istinaf mahkemesi bunu kabul etmemiştir (karş. ZPO § 546). Ancak amaca uygunluk, gerçekten her derece mahkemesi için (kararın kesin olup olmamasına göre) başka bir anlama gelir mi? Karşı çıktığım halde, “amaca uygunluk kavramı”na oynaklık (esneklik) tanıma düşüncesi lehine çeşitli şeyler söylenebilir. Eğer mahkeme, dava değiştirilmesinin amaca uygunluğunu, davanın başarı şansı ve kendi bilgisinin kesinliği açısından (çünkü kendi kararına karşı yasa yolu vardır) ele alıyorsa bu da sözgötürür. Çünkü mahkeme, dava değiştirilmesinin amaca uygunluğunu başarı şansı açısından onaylayabilir ve temyiz derecesinde pekala başarı şansı açısından çok farklı düşünülebileceği için, temyiz yoluna gitmeye (olaydaki gibi) izin vermeyebilir!

Senato bu karmaşık yargılama hukuku sorunu hakkında tek kelime etmemiştir, ki bence bu (değiş yerinde ise) üzücüdür.