Ergin Nomer

DEVLETLER HUSUSÎ HUKUKU

GENEL PRENSİPLER - UYGULAMA - MİLLETLERARASI
USUL HUKUKU - YABANCI
KARARLARIN TANINMASI ve TENFİZİ

10. Bası

Beta

Ergin Nomer **DEVLETLER HUSUSÎ HUKUKU**

Beta

Ergin NOMER
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Devletler Hususî Hukuku Profesörü

DEVLETLER HUSUSÎ HUKUKU

GENEL PRENSİPLER - UYGULAMA - MİLLETLERARASI USUL HUKUKU - YABANCI KARARLARIN TANINMASI ve TENFİZİ

Gözden Geçirilmiş
10. BASI

Beta

Yayın No : 610
Hukuk Dizisi : 245

8. Bası - Şubat 1996 - İSTANBUL
9. Bası - Şubat 1998 - İSTANBUL
10. Bası - Ocak 2000 - İSTANBUL

ISBN 975 - 486 - 504 - 3

Copyright© Bu kitabın Türkiye'deki yayın hakları BETA Basım Yayım Dağıtım A.Ş.'ye aittir. Her hakkı saklıdır. Hiçbir bölümü ve paragrafı kısmen veya tamamen ya da özet halinde, fotokopi, faksimile veya başka herhangi bir şekilde çoğaltılamaz, dağıtılamaz. Normal ölçüyü aşan iktibaslar yapılamaz. Normal ve kanunî iktibaslarda kaynak gösterilmesi zorunludur.

Beta BASIM YAYIM DAĞITIM A.Ş.
Himaye-i Etfal Sokak Talas Han No. 13-15
Cağaloğlu - İSTANBUL
Tel : (0-212) 511 54 32 - 519 01 77
Fax: (0-212) 513 87 05 - 511 36 50
Dizgi - Baskı - Cilt : Beta Basım A.Ş.
e mail: beta@betabasimyayim.com.tr

Haluk ve Füsûn'a

ÖNSÖZ

Kitabın son baskısından bu yana sadece iki yıl geçti. Bu süre içerisinde devletler hususî hukuku alanında pek değişiklik görülmedi. Bununla beraber, az da olsa, uygulamada, özellikle milletlerarası usul hukukunda yer almaya başlayan mahkeme kararları, belirli bir ölçüde Türk devletler hususî hukukunun gelişmesine yön vermeye başlamıştır. Bu kararlar ile birlikte, mevcut gelişmeleri bu Baskı'da da Kitaba işlemeye çalıştık.

Her zamanki gibi, kitabın bu Baskı'sını da en iyi şekilde gerçekleştiren BETA Basım Yayım Dağıtım A.Ş.'ne ve onun değerli mensuplarının titiz çalışmalarına yalnız ben değil, fakat okuyucu da teşekkür borçludur.

İstanbul, Aralık 1999 Prof. Dr. Ergin NOMER

Birinci Baskıya Ait ÖNSÖZ'den :

Devletler Hususî Hukuku ders kitabımı öğrenciler için hazırlamış olmakla beraber, ilerideki araştırmalarında faydalı olacağını tahmin ettiğim kaynak bilgilere de mümkün olduğu ölçüde yer verdim. Kitabın esasını devletler hususî hukukunun genel teorisi teşkil etmektedir. Bu sebeple geniş ölçüde yabancı literatürden ve yabancı mahkeme kararlarından istifade etmek imkânı doğdu. Devletler hususî hukukunun niteliği yabancı hukuklardan mukayeseli hukuk metoduna uygun şekilde yardım görmeyi zaruri de kılmaktaydı. Kitapda devletler hususî hukukunun Türkiye'deki uygulamasını gösteren kısmı, genel teoriye nisbetle daha öz ve sınırlı olarak hazırlanmıştır. Böylece devletler hususî hukukunun müesseselerini ve ona hâkim olan genel prensip ve fikirleri tam olarak değerlendirmek gayesine ulaşılmaya çaba sarf edilmiştir.

İstanbul, 15.10.1978

İkinci Baskıya Ait ÖNSÖZ'den :

Kitabın birinci baskısından bu yana geçen bir kaç yıl içerisinde devletler hususî hukuku alanında beklenmedik ölçüde bir gelişme görülmüştür. Hukukun birleştirilmesi çabaları yoğunluk kazanırken, bazı ülkelerde devletler hususî hukuku alanında yeni düzenlemeler yürürlüğe girmiş, İsviçre, Almanya gibi diğer bazılarında yeni kanun tasarıları hazırlıkları hemen hemen tamamlanmıştır. Asıl önemlisi devletler hususî hukuku ve milletlerarası usul hukuku alanında yeni bir Kanun (Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun) Türk hukuk hayatına girmiştir.

Bunların yanında millî hukuklarda, özellikle medenî kanunlarda yapılan değişiklikler de devletler hususî hukuku problemlerini etkilmekte ve mahkeme kararlarına dayanılarak verilen misalleri ve çözüm tarzlarını eskimiş veya yürürlükten kalkmış medenî hukuk düzenlemelerine ait hale getirmektedir.

Bu gelişmelerin ışığı altında, yapılması gereken zarurî değişikliklere kitabın 2. Baskısında yer verilmiş olmakla beraber, yürürlükten kalkmış maddî hukuk kaidelerine dayanan mahkeme kararlarını konu olan misaller, mevcut sistemlerin devletler hususuî hukuku alanında aldığı çözüm şekillerine örnek olmaları itibariyle olduğu gibi bırakılmıştır.

Milletlerarası medenî usul hukuku, devletler hususî hukukunun komşu bir hukuk dalını teşkil etmesine rağmen, Türk hukukunda yeni kabul edilen Kanunun da sistemi dikkate alınarak, bir "Ek" şeklinde, aralarındaki ilişkinin gerektirdiği ölçüde Kitaba ilâve edilmiştir. Bu ilâve ile derslerde öğrencilerin duyduğu bir ihtiyacın giderilmesi gaye edinilmiştir.

İstanbul, 15.7.1982

Dördüncü Baskıya Ait ÖNSÖZ'den :

4 yılı aşkın bir süreden beri 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun yürürlüktedir. Bu dönem içerisinde Türk mahkemelerinde bu Kanunun uygulanmasında dikkati çeken en önemli özellik, Kanunun genellikle milletlerarası usul hukukuna ilişkin hükümlerinin kazanmış olduğu canlılıktır. Bu arada yabancı mahkeme ilâmlarının tanınma ve tenfizi hükümleri mahkemelerimizi en ziyade meşgul eden bir konu haline gelmiştir. Bu gelişmeye uygun olarak, Kitabımızın bu baskısında "Milletlerarası Usul Hukuku" kısmı yeniden gözden geçirilerek belirli problemlere daha geniş yer verilmiştir.

Buna mukabil, özellikle yabancı kanunların da tatbikinin söz konusu olabileceği devletler hususî hukuku kaidelerimizin uygulanmasına, mahkemelerimizde nadiren rastlanmaktadır. Türk hâkimlerinin yabancı bir hukuku uygulamada duydukları tereddüdün bu konuda böyle kısır bir tatbikata sebep olduğunu zannetmekteyiz. Milletlerarası ilişkilerin çoğaldığı ve yabancıların da gerek aile hukuklarına gerekse ticarî munasebetlerine ait ihtilaflarını Türk mahkemelerine emanet ettikleri bu gelişme döneminde hâkimlerimizin bu tereddütlerini en kısa zamanda yeneceklerini ümit ediyoruz.

İstanbul, Ekim 1986

Beşinci Baskıya Ait ÖNSÖZ'den :

Kitabın uygulamaya yönelik kısımları üzerinde biraz daha derinlemesine duruldu. Özellikle aile hukukuna ve boşanmaya ilişkin bazı problemlere çözüm getirilmeye çalışıldı. Bu alanda Türkiye'nin katılmış olduğu milletlerarası sözleşmelerin hükümlerine özetle yer verildi.

İstanbul, 1 Şubat 1988

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ V
İÇİNDEKİLER VIII
KISALTMALAR ..... XIV-XVI

Devletler Hususî Hukukuna GİRİŞ

§ 1. Kavram

I. Genel Olarak 3
II. Kanunlar İhtilafı Kaideleri 4
1. Devletler Hususî Hukuku 4
a) Kavram 4
b) Devletler Hususî Hukuku Kaideleri ve Maddî Hukuk Kaideleri 8
c) Devletler Hususî Hukukunun Niteliği 9
d) İsim 18
2. Bölgelerarası Hususî Hukuk 19
3. Şahıslararası Hususî Hukuk 24
4. Zamanlararası Hususî Hukuk 26
5. Statü Değişikliği ("conflit mobile") 27

§ 2. Devletler Hususî Hukukunun Komşu Alanları

I. Kamu Hukukuna Giren Komşu Alanlar 30
1. Milletlerarası Medenî Usul Hukuku 30
2. Diğerleri 32
II. Yabancılar Hukuku 34
III. Devletler Hukuku 35
1. Devletler Hukuku ile Devletler Hususî Hukuku Arasındaki Sınır İlişkisi 36
2. Devletler Hukuku ile Devletler Hususî Hukuku Arasındaki "Özel" İlişkiler 38
IV. Anayasa Hukuku 39
V. Karşılaştırmalı Hukuk 42
VI. Avrupa Hukuku 45

§ 3. Devletler Hususî Hukukunun Tarihçesi

I. Statüler Teorisi (1300 - 1800) 46
II. İlk Kanunlaştırma Hareketleri 49
III. Devletler Hususî Hukukunun Modern Çağı 50

§ 4. Devletler Hususî Hukukunun Kaynakları

I. Genel Olarak 60
II. Kanunlar 60
III. Örf ve Adet Hukuku 61
IV. Milletlerarası Sözleşmeler 62
1. İki Taraflı Sözleşmeler 62
2. Çok Taraflı Sözleşmeler 63

§ 5. Literatür

I. Türk Devletler Hususî Hukuku 69
II. Yabancı Literatür 70
1. Kaynak Eserler 70
2. Genel Eserler 70
3. Karşılaştırmalı Hukuk 73
4. Dergiler 73
5. İlmî Kuruluşlar 74

Birinci Bölüm
Devletler Hususî Hukukunun GENEL KISMI

§ 6. Devletler Hukukî Hukuku Kaidelerinin Niteliği ve Nevileri

I. Maddî Hukuk Kaidelerine Gönderme (Atıf) 77
II. Boşluklar 78
III. Devletler Hususî Hukuku Kaidelerinin Kullanılması 80
IV. Devletler Hususî Hukuku Kaidelerinin Nevileri 84

§ 7. Bağlanma

I. Devletler Hususî Hukuku Kaidelerinin Unsurları 88
II. Bağlanma Konusu ve Tefsiri (Vasıflandırma) 88
1. Kavram 88
2. Vasıflandırma Hukuku 91
III. Bağlanma Noktası ve Tefsiri 95
1. Kavram 95
2. Tefsir 96
IV. Şahsî Statü (Ahkâmı Şahsiye) — Kişi Halleri 99

§ 8. Şahsî Statünün Bağlanma Noktaları : Tabiiyet, İkametgâh veya Mutad Mesken

I. Genel Olarak 102
II. Tabiiyet 104
1. Kavram 104
2. Birden Fazla Tabiiyet (sujets mixtes) 105
3. Tabiiyetsizlik 106
4. Mülteciler 107

III. İkametgâh 107
IV. Mutad Mesken 109

§ 9. Hileli Bağlanma : Devletler Hususî Hukukunda Kanuna Karşı Hile ("fraus legis")

I. Kavram 111
II. Hukukî Durum ve Çözüm 113

§ 10. Normlar Çelişkisi ve İntibak (adaptation)

I. Problem 119
II. Normlar Çelişkisi 120
1. Norm Kümelenmesi 120
2. Norm Eksikliği 120
3. Diğer Uyumsuzluklar 121

§ 11. Önmesele ("Vorfrage")

I. Kavram 123
II. Çözüm 124
III. Statü Kararları 127

§ 12. İade - Atıf ve Devam Eden - Atıf ("renvoi")

I. Kavram 129
II. Renvoi Probleminin Gelişimi 130
III. Çözüm 135

§ 13. Kamu Düzeni ("ordre public")

I. Kavram 143
II. Kamu Düzeninin Görevi 148
III. Kamu Düzeninin Müdahalesine İlişkin Bazı Özellikler 152
IV. Kamu Düzeni Müdahalesinin Sonuçları 157
V. Yabancı Kamu Düzeni 160

§ 14. Yabancı Hukukun Tatbiki

I. Genel Olarak 162
II. Yabancı Hukukun Tesbiti 164
III. Temyiz Mahkemesinde Yabancı Hukuk 171

İkinci Bölüm
Devletler Hususî Hukukunun ÖZEL KISMI

§ 15. Türk Devletler Hususî Hukukunun Bağlama Kuralları

I. Genel Esaslar 177

1. 1330 Tarihli Muvakkat Kanun 177
2. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanunu 179
3. Hukukî Muamelelerde Şekil 179
4. Zamanaşımı 185
II. Şahsın Hukuku Alanında 187
1. Gerçek Şahıslar 187
a) Hak Ehliyeti 187
b) Fiil Ehliyeti 191
2. Tüzel Kişiler 198
III. Aile Hukuku Alanında 202
1. Karı Koca Hukuku 202
a) Nişanlanma 202
b) Evlenme 204
aa) Evlenmenin Maddî Şartları 205
bb) Evlenmenin Şeklî Şartları 212
c) Boşanma 219
d) Evliliğin Genel Hükümleri 226
e) Mal Rejimleri 228
2. Nesep Hukuku 229
a) Sahih Nesep 229
aa) Evlilik İçi Çocuklar 229
bb) Nesebin Düzeltilmesi 230
cc) Evlâd Edinme 231
dd) Sahih Nesebin Hükümleri 234
b) Evlilik Dışı Çocuklar 235
c) Nafaka 238
3. Vesâyet Hukuku 240
IV. Miras Hukuku Alanında 242
V. Eşya Hukuku Alanında 250
1. Lex Rei Sitae 250
2. Uygulama Alanı 251
3. Statü Değişikliği 253
4. Lex Rei Sitae Kaidesinin İstisnaları 256
a) Res in transitu 256
b) Nakil Vasıtaları 256
c) Maddî Olmayan Mallar 257
VI. Borçlar Hukuku Alanında 258
1. Akitler 259
a) Genel Olarak 259
b) İrade Muhtariyeti Esası 260
2. Haksız Fiiller 273

Üçüncü Bölüm
Milletlerarası MEDENÎ USUL HUKUKU

§ 16. Kavram

I. Genel Olarak 285
II. Milletlerarası Usul Hukukunun Nitelikleri 294

§ 17. Lex Fori Prensibi

I. Genel Olarak 299
II. Lex Fori'nin Etki Alanı 305
III. İsbat Hukukunda "Lex Fori" Prensibi 307

§ 18. Vasıflandırma

I. Genel Olarak 316
II. Çözüm 316

§ 19. Maddî Hukuk ile İlişki

I. Genel Olarak 325
II. Karşılıklı Etki Alanları 326

§ 20. Milletlerarası Yetki

I. Kavram 329
II. Kapsam 330

§ 21. Türk Milletlerarası Yetki Sistemi

I. Genel Olarak 348
II. Milletlerarası Yetkinin Sınırları 349

§ 22. Milletlerarası Yetki Kaideleri

I. Genel Olarak 355
II. Türk Milletlerarası Yetki Kaideleri 356
1. İç Hukukun Yetki (Selahiyet) Kaideleri 356
2. Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalar 361
3. Yabancıların Kişi Hallerine İlişkin Bazı Davalar 365
4. Miras Davaları 366
5. İstisnaî Hallerde Milletlerarası Yetki 367
6. Milletlerarası Yetkisizlik İtirazı 369
7. Yetki Anlaşması 370

§ 23. Teminat

§ 24. Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi

I. Genel Olarak 383
1. Tanıma 384
2. Tenfiz 385
II. Türk Hukukunda Tanıma ve Tenfiz 385

§ 25. Milletlerarası Tahkim

I. Tahkimin Unsurları 408
II. Hakem Mahkemesinin Tatbik Edeceği Hukuk 411
III. Daimi Hakem Mahkemeleri 411
IV. Millî ve Yabancı Hakem Kararları 412
V. Tenfiz 414
VI. Hakem Mütalâaları 420

§ 26. Milletlerarası Adlî Yardım

I. İstinabe 421
II. Tebligat 423

Kanunlar
23 Şubat 1330 tarihli Türkiye'de Bulunan Yabancıların Hukuk ve Vazifeleri Hakkında Muvakkat Kanun, m. 4 427
Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun 428
Bibliyografya 441
Madde İndeksi 455
Milletlerarası Sözleşmeler İndeksi 459
Kavram İndeksi 461-468

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
ABGB (AllgBGB)	: Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
AcP	: Archiv für civilistische Praxis
AD	: Adalet Dergisi
AET	: Avrupa Ekonomik Topluluğu
AfP	: (Archiv für Presserecht) Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht
AHFD	: Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi
BAG	: Bundesarbeitsgericht
Batider	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung
BGH (BGHZ)	: Bundesgerichtshof (Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen)
Bkz. (bkz.)	: Bakınız
Cass. Civ.	: Cour de Cassation, Chambre Civile
Cass. Req.	: Cour de Cassation, Chambre des Requêtes
CC	: Code civil, Codice civile, Codigo civil
Clunet	: Journal du droit international
DHH	: Devletler Hususî Hukuku
DIP	: Droit international privé, diritto internazionale privato, derecho internacional privato
Dip n. (dip n.)	: Dip not
D.P.	: Recueil Dalloz, Recueil périodique et critiqe de Jurisprudence, de Législation et de Doctrine
EGBGB	: Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EheG	: Ehegesetz
FamRZ	: Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Fschr	: Festschrift
GrZS	: Grosser Senat in Zivilsachen

HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İHD	: İş Hukuku Dergisi
İHFM	: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
İKİD	: İlmî ve Kazaî İçtihatlar Dergisi
IntRDipl.	: Internationales Recht und Diplomatie
IPR	: Internationales Privatrecht
IPRax	: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPRspr.	: Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts
IStR	: Internationales Steuerrecht
JherJb	: Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts
JW	: Juristische Wochenschrift
JZ	: Juristen Zeitung
K.	: Kanun, Karar
L.R.A.	: Locus regit actum
M. (m.)	: Madde
MHAUM	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MK	: Medenî Kanun
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MUK	: Medenî Usul Kanunu
MuvK	: Türkiye'de Bulunan Yabancıların Hukuk ve Vazifeleri Hakkında Muvakkat Kanun
n.	: Not
NAG	: Bundesgesetz betreffend die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter
NJW	: Neue Juristiche Wochenschrift
N.Y.	: New York Reports
OGH	: Oberster Gerichtshof
OLG	: Oberlandesgericht
OR	: Schweizerisches Obligationenrecht
PIL	: Private International Law
RabelsZ	: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht

Rec. (des cours)	: Recueil des cours de l'Acedemie de droit international de La Haye
Rev. crit. dr. i.p.	: Revue critique de droit international privé
R.G.	: Resmî Gazete
RG	: Reichsgericht
RGZ	: Entscheidungen des Reichtsgerichts in Zivilsachen
RIW	: Recht der Internationalen Wirtschaft
RKD	: Resmi Kararlar Dergisi
Rpfleger	: Der deutsche Rechtspleger
s.	: sayfa
SchweizJahrbintR	: Schweizerisches Jahbuch für internationales Recht
Sirey	: Recueil général des lois et des arrêts fondé par J.B. Sirey
StAZ	: Das Standesamt, Zeitschrift für Standesamtswesen
t.	: tarihli
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TK	: Ticaret Kanunu
TMK	: Türk Medenî Kanunu
Trib.	: Tribunal, Tribunale
TYK	: Tatbikatta Yargıtay kararları
VatK	: Vatandaşlık Kanunu
VerschG	: Verschollenheitsgesetz
VersR	: Versicherungsrecht
vd.	: ve devamı
Yar. İBHGK.	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu
Yar. 2. HD.	: Yargıtay 2. Hukuk Dairesi
Yar. İİD.	: Yargıtay İcra-İflas Dairesi
YD	: Yargıtay Dergisi
YHD	: Yasa Hukuk Dergisi
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
WM	: Wertpapier-Mitteilungen
ZGB	: Zivilgesetzbuch
ZvglRW	: Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
ZZP	: Zeitschrift für Zivilprozess

Devletler Hususî Hukukuna GİRİŞ

§ 1. KAVRAM

I. GENEL OLARAK

Hukuk kaidelerinin büyük bir kısmı belirli olay ve ilişkileri doğrudan doğruya ele alır ve bunları bizzat düzenler. Medenî hukuka ait kaideler, meselâ bir evliliğin hangi şartlar altında ve hangi şekil içerisinde yapılabileceğini, bir evliliğin yapılmasıyla ne gibi hukukî sonuçların doğacağını ve bir evliliğin hangi şartlar altında ve ne tarzda sona erdirileceğini tayin eder. Ceza hukukuna ait kaideler belirli davranışları, meselâ hırsızlık yapmayı yasaklar ve bu yasaklara riayet edilmemesi halinde doğacak hukukî sonuçları gösterir. Vergi hukukuna ait kaideler çeşitli vergi gruplarını tesbit eder ve hangi şartlar altında vergilerin ödeneceğini, miktarının ne olacağını tayin eder. Bu nev'i kaidelere *maddî hukuk kaideleri* denir.

Hukuk kaidelerinin bir diğer grubu ise belirli olay ve ilişkileri ele alıp bizzat düzenlemektense, sadece bu düzenlemeyi yapmaya hangi hukuk kaidelerinin yetkili olduğunu göstermekle yetinir. Bu nevi hukuk *kaideleri uygulanacak hukuku gösteren kaidelerdir.* Eğer uygulanacak hukuku gösteren bir kaide, hukukî bir ihtilâfta, bu ihtilâfla ilişkili bulunan birden fazla hukuk nizamı arasında hangisinin yetkili olduğunu göstermekte ise *kanunlar ihtilâfı kaidesi* adını alır. Kanunlar ihtilâfı kaidelerinin meydana getirdiği hukuk dalı da *kanunlar ihtilâfı hukukudur.* Böyle bir hukukî ihtilafta, ilişkili olmaları sebebiyle bu ihtilafı ele alıp düzenlemeye yetkili kabul edilebilecek hukuk nizamları arasında bir yetki çatışması olmaktadır.

Kanunlar ihtilafı kaideleri çeşitli gruplara ayrılır. Hukuk nizamları arasındaki yetki çatışması aynı zaman içerisinde yan yana yürürlükte olan hukuk nizamları arasında veya yürürlük bakımından birbirini takip eden hukuk nizamları arasında olabilir.

Yan yana ve aynı zaman içerisinde yürürlükte bulunan hukuk nizamları arasındaki yetki çatışması özellikle ya birden çok ülkenin hukukları arasında (*milletlerarası*, international) veya birden çok bölgenin hukuk nizamları ara-

sında (*bölgelerarası*, interlokal) söz konusu olur. Bu nevi yetki çatışmalarına ilişkin kanunlar ihtilafı kaideleri de *milletlerarası* veya *bölgelerarası ihtilaf hukukunu* meydana getirir. Kanunlar ihtilafı kaideleri çeşitli şahıs grupları için yürürlükte olan birden çok hukuk nizamı arasından yetkilisini tayin etmekte iseler, *şahıslararası* (interpersonal) *ihtilaf hukukundan* söz edilir. Böyle ihtilaflarda şahıs grupları belirli bir ülke veya bölge ile ilişkileri sebebiyle tesbit edilmiş değillerdir. Aksine, meselâ belirli bir soya[1] veya belirli bir mezhebe[2] mensup olmalarıyla bu şahıs grupları ortaya çıkar.

Yürürlük bakımından aynı zaman içerisinde yer almayan, fakat birbirini takip eden hukuk nizamları arasında bir seçim söz konusu olduğunda, "intikal" hükümlerinden veya *zamanlararası* (intertemporal) *ihtilaf hukukundan* söz edilir.

Şu halde kanunlar ihtilafı kaideleri hükme bağlanması gereken belirli bir olay veya ilişkide uygulanması imkân dahilinde olan birden çok hukuk nizamından hangisinin tatbik edileceği sorusunun cevabını verir. Ve kanunlar ihtilafı kaidesince yetkili olduğu bildirilen hukuk nizamı bu olay veya ilişkiyi ele alır ve onu hukukî bir değerlendirmeye tâbi tutar. Kanunlar ihtilafı kaidesince yetkilendirilen hukuk nizamının belirli olay veya ilişkiyi hukukî değerlendirmeye tâbi tutan kaideleri ise, yukarıda belirtildiği üzere, maddî hukuk kaideleridir.

II. KANUNLAR İHTİLAFI KAİDELERİ

1. Devletler Hususî Hukuku (Milletlerarası Özel Hukuk)

a) Kavram

Devletler hususî hukuku (milletlerarası özel hukuk) bir kanunlar ihtilafı hukukudur, onun bir dalını teşkil eder. Yan yana ve aynı zaman içerisinde yürürlükte bulunan, çeşitli devletlerin hususî hukuk nizamlarından hangisinin belirli olay veya ilişkilere tatbik edileceğini gösterir. Şu halde, devletler hususî hukuku, *hangi devletin özel hukukunun uygulanacağını* söyleyen hukuk kaidelerinin bütünüdür.

Belirli bir olay veya ilişki birden fazla devletin hususî hukuk nizamı ile temas halinde bulunuyor ise bir devletler hususî hukuku problemi ortaya çıkar. Belirli olay veya iliskinin birden fazla hukuk nizamı ile temas halinde bulunması, bu hukuk nizamları arasında, bu olay veya ilişkiyi düzenleme bakı-

1) Buna ilişkin kanunlar ihtilâfı kaideleri **soylulararası** (intergentil) **hukuk** adını alır.

2) Buna ilişkin kanunlar ihtilâfı kaideleri **mezheplerarası** (interkonfessionell) **hukuk** adını alır.

mından bir rekabete sebebiyet verir. Olay veya ilişki tek ve aynı hukuk nizamı içerisinde meydana geldiğinde, bu hukuk nizamının o olay veya ilişkiyi düzenleyeceği ve bundan daha tabiî bir şey olmıyacağı aşikârdır. Eğer bir olay veya ilişki hiçbir yabancı hukuk nizamı ile temas haline girmeksizin, sadece Türk hukuk nizamı içerisinde meydana gelmişse Türk hukukunun bu olay veya ilişkiye tatbik edileceğinde tereddüt duyulmaz. O kadar ki, yabancı bir hukuk nizamının uygulanması ihtimali akla dahi gelmez.

Misaller : Türk vatandaşı Bay A ile Bayan B Beyoğu evlendirme dairesinde evlenmişlerdir. Bir süre sonra şiddetli geçimsizlik sebebiyle Bayan B İstanbul'daki yetkili mahkemede bir boşanma davası açmıştır. Bu boşanma davasında mahkemenin Türk hukukunun boşanma hükümlerini tatbik edeceğinden kimsenin tereddüdü yoktur. Türk vatandaşı A, yine Türk vatandaşı olan B'den Bursa'da bulunan bir gayrımenkulü bedeli İstanbul'da ödenmek üzere satın alıyor. Bu satımdan doğabilecek bir ihtilâfın Türk hukukuna göre halledileceğinden ne mahkeme ne de taraflar şüphe eder.

Buna mukabil belirli olay veya ilişki yabancı bir veya birden çok hukuk nizamı ile de temas halinde bulunuyor, yani bir *yabancılık unsuru* (*milletlerarası unsur*) taşıyor ise, hangi hukuk nizamının, daha belirli bir söyleyişle, hangi devletin maddî hukuk hükümlerinin tatbik edileceği bir problem olarak ortaya çıkar. Meselâ belirli bir olay veya ilişkiye yabancı bir devlet vatandaşı iştirak etmiştir veya taraflardan birinin ikametgâhı yabancı ülkededir veya ihtilaf konusu şey yabancı ülkede bulunmaktadır veya söz konusu olay veya ilişki tamamen veya kısmen yabancı ülkede meydana gelmiştir veya taraflar aralarındaki hukukî ilişkiye yabancı bir hukukun tatbik edilmesini kararlaştırmışlardır. Bu nev'i yabancılık unsurlarına sahip, yani yabancı hukuk nizamı ile temas halinde olan olay veya ilişkilerde Türk maddî hukuk kaidelerinin tatbiki kendiliğinden anlaşılır bir husus değildir. Hukukî ihtilafın Türk mahkemesine getirilmesi de Türk maddî hukuk hükümlerinin uygulanmasını temin eden bir sebep olamaz.

Misaller : İkametgâhı İsviçre'de bulunan bir Alman, Türkiye'de menkul tereke bırakarak Fransa'da ölüyor. Menkul terekeye ilişkin bir hukukî ihtilafta Türk, Alman, İsviçre ve Fransız hukuklarından hangisinin maddî hukuk hükümleri tatbik edilecektir?

Bir Türk vatandaşı bir Belçikalıdan kullanılmış otomobilini Almanya'da satın almıştır. Bu satım aktine Türk, Alman ve Belçika hukuklarından hangisinin maddî hukuk hükümleri uygulanacaktır?

Bir Türk vatandaşı ile bir Japon, Çin'de Japon konsolosluğunda evlenmişlerdir. Bu evliliğin şeklen geçerli olup olmadığı, Türk, Japon ve Çin hukuklarından hangisinin maddî hukuk hükümlerine göre çözümlenecektir?

Bu gibi olaylarda en âdil ve en uygun çözümü getiren maddî hukuk kaidelerini bulmak gerekir. Bu sebeple kendiliğinden Türk maddî hukuk hükümlerinin tatbiki söz konusu olamaz. Türkiye ile ilişkisi az veya yeterli olmayan olay veya ilişkilere Türk maddî hukuk hükümlerinin tatbiki, getireceği sonuçlar bakımından âdil ve uygun düşmeyebilir. İki İngilizin Almanya'da yaptıkları evlenmenin geçerliliğini Türk maddî hukukuna tâbi tutmak haklı sayılamaz, üstelik mantıkî de olmaz. Şu halde böyle bir olay veya ilişkide en âdil ve en uygun sonuçları temin edecek olan maddî hukuk kaidelerini bulmak gerekir. Bunlar da, hükme bağlanması gereken hukukî olay veya ilişki ile yer, şahıs veya konu itibariyle en sıkı bağlantıya sahip bulunan hukuk nizamının maddî hukuk kaideleridir. Bu kaidelerin temin ettiği âdil ve uygun çözüm "devletler hususî hukuku hakkaniyetini" yerine getirmiş olur[3]. Çünkü belirli bir vak'ada yabancı hukuk nizamlarıyla teması bulunan olay ve ilişkilere tatbiki gerekli maddî hukuk kaidelerini göstermek devletler hususî hukukunun görevidir. Yer yüzünde yan yana ve aynı zaman içerisinde birbirinden farklı hukuk nizamları mevcut olduğu sürece, devletler hususî hukuku da vazgeçilemez bir hukuk dalı olarak varlığını muhafaza edecektir[4].

Devletler hususî hukukuna verilen anlam doktrinde bazı hukukçular tarafından genişletilmiştir. Milletlerarası unsurlu, diğer bir deyimle "dış ilişkili" özel münasebetlere, yani millî bir hukuk nizamının mülkî yürürlük alanı dışına taşan hususî hukuka ait olay ve ilişkilere **doğrudan doğruya uygulanan** (maddî) hukuk kaideleri de bu geniş kavramlı devletler hususî hukukuna sokulmaktadır. Bu dış ilişki ya şahıs ya da şey veya bir fiil ile tahakkuk etmektedir. Bu manada devletler hususî hukukuna, meselâ yabancı şirketlerin ülke içindeki ekonomik faaliyetlerini düzenleyen millî hükümler girmektedir. Böylece yetkili hukuk nizamının tayin edilmesi bir kenara bırakılarak, hukukî münasebeti düzenle-

3) Yabancı hukukun tatbik sebebi hakkında bkz. NOMER Yabancı Kanun 27 vd.; Devletler Hususî hukukunun vazifesi ve manası hakkında ayrıca ve özellikle bkz. BGHZ 47, 324, 333 vd. [RabelsZ 32 (1968), 313, 319 vd.].

4) Yeryüzünün her ülkesinde yürürlüğü temin edilebilen, tabir yerinde ise, bir "dünya hususî hukuku" (DÖLLE IPR 2) tesis edilebilseydi, devletler hususî hukukunun da vazifesi son bulurdu (KEGEL IPR 3). Mevcut millî hukuk nizamlarının yanında veya üstünde bu nitelikte bir hukukun milletlerarası ticaret alanında doğma yolunda olduğu iddia edilmektedir [bkz. SCHMITTHOF, Das neue Recht des Welthandels, RabelsZ 28 (1964) 46 vd.]. Mahkemelerin ve hakem mahkemelerinin tatbik ettiği genel hukuk prensiplerinin varlığı da zikredilmektedir. Ancak bu sahalarda dahi, varlığı iddia ve kabul edilen bu devletler üstü kaidelerin ne zaman tatbik edilmesi gerektiği ve bunların yanında mevcut millî hukuk kaidelerinin hangi hallerde müdahale edeceği tekrardan kanunlar ihtilâfı hukukuna ait bir mesele olarak sürüp gitmektedir.

Yabancılık unsuru taşıyan hukukî münasebetler için **hukukun birleştirilmesi** gayesiyle yapılan milletlerarası sözleşmelerin getirdiği kaideler de giderek önem kazanmaktadır. Bu sözleşmeler bugün için çok sınırlı sahalarda, kanunlar ihtilâfı hukukunu gereksiz kılan, müşterek özel bir hukuk meydana getirebilmektedir (bkz. NEUHAUS Grundbegriffe 1976 9 vd.; WOLFF, IPR 4 ve ayrıca; von CAEMMERER, Rechtsvereinheitlichung und IPR, Fschr Hallstein 1966, 33 vd.). Gerçekten de kısa bir sürede **milletlerarası satım akitlerinin** devletler hususî hukukunu gerektirmeyecek şekilde özel bir hukuka tâbi tutulduğu dikkati çekmektedir.

yen kaideler de devletler hususî hukukuna dahil edilmekte, bu kavram genişletilmekte ve "belirsiz" hale getirilmektedir[5].

"Kelime manasıyla"[6] devletler hususî hukuku milletlerarası alanda yürürlükte olan devletler üstü bir hususî hukuku, yani birden çok devlet için birleştirilmiş bir maddî hususî hukuku[7] ifade eder. Bu manadaki devletler hususî hukuku kanunlar ihtilafı hukuku dışında kalır ve dolayısıyla üzerinde çalıştığımız devletler hususî hukukundan farklı niteliktedir. Kanunlar ihtilafı hukukuna giren ve bizim anladığımız manadaki devletler hususî hukuku sadece **konusu** itibariyle milletlerarasıdır ve yabancılık unsuruna sahip hukukî olay ve ilişkilere tatbiki gerekli maddî hukuk nizamını tayin etmesiyle belirlenir. Daha sonra da işaret edeceğimiz üzere, devletler hususî hukukuna ait kaidelerin kaynağı istisnaen ve nadiren devletler hukukudur. Devletler hususî hukuku kaidelerinin kaynağı kaideten ve genellikle iç hukuk kaideleridir.

Tekmil ülkelerde devletler hususî hukukunun ana konusunu yabancılık unsuruna sahip olay ve ilişkilere tatbik edilecek hukuk problemi teşkil eder. Bununla beraber bazı ülkelerde bu ana probleme devletler hususî hukukunun kısımları olarak diğer problemlerin de eklendiği görülmektedir. Bunun sebebi tarihî gelişmedeki özelliğe bağlanmaktadır[8].

---

5) NEUHAUS Grundbegriffe 1976 1. Devletler hususî hukukunun bu "genişletilmiş" kavramı ekseriya doğu bloku hukukçularınca benimsenmiştir; bkz. meselâ PERETERSKI / KRYLOW, Lehrbuch des internationalen Privatrechts 1962 6 vd.; LUNZ, Internationales Privatrecht I - Allgemeiner Teil 1961 10 vd.

6) NEUHAUS Grundbegriffe 1976 1.

7) *Rabel* bunu "gerçek" devletler hususî hukuku olarak görmektedir; RABEL, Privatrecht auf internationaler Ebene, Festschrift für Erich Kaufmann 1950 311.

8) Bkz. MAKAROV Grundriss 13 vd.. Devletler hususî hukukuna ait *fransız* ders kitaplarının ekserisi bu hukuk dalını üç parçaya ayırır; vatandaşlık (nationalité), yabancıların hukukî durumu (condition des étrangers), kanunlar ihtilâfı (conflit de lois ve conflit de juridictions). Bu tamamen tarihî gelişimle açıklanır: Code civil hazırlanırken medenî haklardan tam istifade edebilmek için Fransız vatandaşı olmak bir şart olarak kabul edilmişti. Bu sebeple vatandaşlığın düzenlenmesi de medenî kanunda yer almış ve medenî hukuk alanında yabancılar için konan sınırlamalar da Code civil'e dahil edilmişti. Bu iki konunun, yani vatandaşlık hukuku ile yabancılar hukukunun aynı sistematik altında yer almasından hareket eden Bakanlık tasarıfları, fransız üniversitelerindeki hukuk dersleri üzerinde etkili oldu. Devletler hususî hukuku dersi 28.12.1880 tarihli emirname (décret) ile ihdas edildi. Gerçi ilk önceleri bu ders, vatandaşlık ve yabancılar hukuku Code civil'de yer almaları itibariyle medenî hukuk programına dahil olduklarından, sadece kanunlar ihtilâfı hukukunu kapsamaktaydı. Ancak 24.7.1895 tarihli bir bakanlık tamimi vatandaşlık ve yabancılar hukukunu devletler hususî hukukuna ekledi. Bunun üzerine, resmî ders programlarına uymak durumunda bulunan fransız ders kitaplarında da aynı yola gidildi. Bununla beraber vatandaşlık ve yabancılar hukukunu devletler hususî hukuku alanına dahil etmemiş genel devletler hususî hukuku eserlerinin bulunduğunu da zikretmek gerekir (meselâ ARMINJON, Précis de droit international privé I 1947, 39 vd.; BARTIN, Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises I 1930, 5 vd.).

Anglo-amerikan ders ve el kitaplarında yabancı unsurlu olay ve ilişkilerde mahkemelerin yetkisi (jurisdiction) problemi en az maddî normlara ilişkin kanunlar ihtilâfı kadar önem taşır. Bu problemin devletler hususî hukuku içerisinde ele alınmasına hemen tekmil anglo-amerikan hukukuna ait genel kitaplarda rastlanmaktadır. Bu durum, devletler hususî hukukuna ait meselelerin kaideten mahkemelerde dava esnasında ortaya konması ve halledilmesiyle açıklanmaktadır; bkz. WOLFF Private International Law 1950 9.

b) Devletler Hususî Hukuku Kaideleri ve Maddî Hukuk Kaideleri

Devletler hususî hukuku kaideleri birden çok devletin hukuk nizamıyla temas halinde bulunan olay veya ilişkilere bu hukuk nizamlarından hangisinin tatbik edilmesi gerektiğini gösterir. Böylece belirli bir olay veya ilişkiyi düzenlemek için rekabet halinde bulunan hukuk nizamları arasındaki ihtilafı çözümlemiş olur. Bu bakımdan devletler hususî hukuku kaideleri *kanunlar ihtilafı kaideleri* niteliğindedirler. Buna mukabil yabancı hukuk nizamlarıyla ister teması olsun isterse olmasın, belirli olay veya ilişkileri ele alıp, onları doğrudan doğruya hukukî düzenlemeye tâbi tutan kaideler *maddî hukuk* kaideleridir.

Burada, "**maddî**" kelimesi, "şeklî" (şekle ilişkin) ve "usulî" (usule ilişkin) hükümlerin karşısında yer alan, onları dışarıda bırakan bir manada kullanılmaktadır. "Kanunlar ihtilafı hukuku" kavramı karşılığında kullanılırsa, "maddî" kelimesinin anlamı genişlemektedir: kanunlar ihtilafı hukuku karşısında, şeklî ve usulî hükümleri de kapsamaktadır. Ancak "'maddî' kanunlar ihtilafı hukuku" dendiğinde, hukukî işlemlerin şekline veya usulî hükümlere (özellikle yetki ve tanıma ve tenfiz kaidelerine) ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarını dışarda bırakan bir anlamı ifade eder. Alman hukukunda, kanunlar ihtilafı kaidelerinin konusu olarak, "materielle Normen" veya "Sachnormen" veya "Normen des Sachenrechts" veya "Sachvorschriften" tabirleri kullanılmaktadır. Fransızlar maddî hukuk için, "droit international" karşılığı olarak "droit interne" demektedirler. İngiliz hukuk literatüründe, "substantive" veya "municipal" veya "domestic law" kelimelerini görmekteyiz. Demek ki, İngiliz hukukunda "domestic law", yabancı hukuk karşılığı kullanılan "millî (veya mahallî) hukuk" karşılığı değildir. Buna mukabil, İtalyanlar "norme interne di dritto internazionale privato" dediklerinde, millî (mahallî) kanunlar ihtilafı kurallarını ifade etmektedirler.

Devletler hususî hukuku (veya *kanunlar ihtilafı*) kaideleri hangi maddî hukuk kaidelerinin belirli bir olayda tatbik edileceğini gösterir. Bu bakımdan bir yetki kaidesine benzer. Yetki kaidesi bir mahkemenin veya bir makamın yetkili olduğunu belirtir. Devletler hususî hukuku kaidesi de benzer şekilde bir maddî hukuk kaidesinin yetkili olduğunu söyler. Bu bakımdan diğer nevi kanunlar ihtilafı kaideleri gibi, devletler hususî hukuku kaideleri de bir ihtilafı bizzat çözümlemez, onu çözümleyecek olan yetkili maddî hukuk kaidesini belirtmekle yetinir.

Misaller : Medenî Kanunun 10 uncu maddesi kimlerin Türk hukukuna göre medenî hakları kullanma ehliyetine sahip olduğunu tayin eder: Mümeyyiz olan reşid, medenî hakları kullanmaya selâhiyattardır **(maddî hukuk kaidesi)**. Devletler Hususî Hukuku Kanunu* (m. 8 I) bir şahsın medenî hakları kullanma ehliyetinin hangi hukukun maddî hukuk kaidelerine göre tayin edilece-

(*) "Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun" (RG. 22 Mayıs 1982 - 17701).

ğini gösterir: Ehliyete ilişkin konular tarafların millî hukuklarına göre muamele görür **(kanunlar ihtilafı kaidesi)**.

Bazı durumlarda kanunlar ihtilafı kaidesi ile maddî hukuk kaidesi içiçe bulunur, o kadar ki, böyle bir hukuk kaidesinin kanunlar ihtilafı kaidesi mi yoksa maddî hukuk kaidesi mi olduğu tereddüt doğurur.

Misal : MÖHUK m. 8 III : "Kişinin millî kanunu ile kazandığı rüşt hali vatandaşlığının değişmesi ile sona ermez".

Bu hüküm maddî bir hukuk kaidesi gibi görünmekle beraber, bir statü değişikliğinde, yani vatandaşlığın değişmesi halinde medenî hakları kullanma ehliyetinin hangi hukuk nizamına tâbi tutulacağını belirttiği için "tipik"[9] bir kanunlar ihtilafı kaidesidir.

c) Devletler Hususî Hukukunun Niteliği

aa) Devletler hususî hukuku kaideleri ihtilaf konusu haline gelen olay veya ilişkiler hakkında bizzat karar vermez, verilecek maddî karar için yetkili olan hukuk nizamını işaret eder. Daha açık bir söyleyişle, kararı verecek olan maddî hukuk kaidesini gösterir. Devletler hususî hukuku kaidesinin görevi de kararın verileceği maddî hukuk alanını göstermekle sona erer. Şu halde, devletler hususî hukuku, birden fazla devletin hukuk nizamları ile temas halinde bulunan belirli bir olay veya ilişkide tatbik edilecek hukuku tayin eden kanunlar ihtilafı kaideleriyle meşgul olur.

bb) Bir devletler hususî hukuku kaidesinin yabancı unsurlu bir olay veya ilişkide tatbikini emrettiği hukuk, hâkimin hukuku (mahallî hukuk)[10] veya yabancı bir hukuk olabilir.

Anglo-sakson doktrininde hukuk nizamının ülkeselliğinden hareketle yabancı hukuk kaidelerinin tatbikinin mümkün olmadığı ileri sürülür. Öyle ki, bu ülkesellik mahalli mahkemelerin yabancı bir hukuk kaidesini tatbik edememesi sonucunu doğurmaktadır. Ancak böyle bir sonucun katı olarak dikkate alınması mümkün görülmediğinden mahallî hâkimin yabancı hukuka göre kazanılmış hakları tanıması gerektiği de ileri sürülmüştür (vested rights teorisi). Ancak, yabancı ülkede kazanılmış hakların tanınması, zaruri olarak, bu **kazanılmış hakların** dayandığı yabancı hukuk kaidelerinin tatbikini de gerektirdi-

9) RAAPE / STURM, IPR I, 5; MAKAROV, Grundriss 16.

10) Mahallî hukuk kaidelerinin tatbikinin genel bir prensîp olduğu, ayrıca belirtilmesine gerek bulunmadığı, bu sebeple devletler hususî hukuku kaidelerinin sadece yabancı hukukun uygulanması ile meşgul olabileceğini ileri süren **İtalyan** doktrini "isabetsizdir" (bkz. MAKAROV Grundriss 20). Çünkü, eğer İtalyan hukuku bir İtalyan vatandaşının yabancı bir ülkede yabancı hukukun şekil şartlarına uygun olarak yapmış olduğu bir evlenmede bu evliliğin maddî şartları bakımından İtalyan medenî kanununun hükümlerine tâbi olacağını söylemekte ise (Codice civile m. 115), böyle bir olayda İtalyan hukukunun tatbiki, sözü edilen genel prensibe değil, fakat İtalyan medeni kanununun 115 inci maddesinde yer alan kanunlar ihtilâfı kaidesine istinat eder.

ğinden "müktesep haklar teorisi" kendi içerisinde çelişkiye düşmektedir. Zira yetkili hukuk nizamına göre kazanılmış olan bir hak **müktesep (kazanılmış) hak** olabilir. Yabancı ülkede kazanılmış bir hakkın tanınması zarureti, aynı zamanda yabancı kanunun tanınması mecburiyetini de ifade eder[11].

Aslında, pozitif kanunlar ihtilafı kaidelerine karşı ortaya atılmış bulunan "müktesep haklar teorisi", bugünkü devletler hususî hukuku sisteminde yer alamaz. Böyle bir teoriye ihtiyaç da yoktur[12]. Yabancı ülkelerde elde edilmiş hakların himayesi, normal kanunlar ihtilafı hukuku çerçevesinde yeterli olarak temin edilmektedir[13]. Pozitif kanunlar ihtilafı kaidelerine dayanan **Türk devletler hususî hukuku** sisteminde de kazanılmış haklar teorisine yer olmadığı gibi, ihtiyaç da[14] bulunmamaktadır.

cc) Devletler hususî hukuku kaideleri *iç hukuk* kaideleridir. Her devlet kendine ait bir devletler hususî hukukuna sahiptir. *Devletler hukukuna ait bir devletler hususî hukuku yoktur.* Türk devletler hususî hukuku, Alman devletler hususî hukuku, Fransız devletler hususî hukuku veya İngiliz devletler hususî hukuku vardır. Gerçi kanunlar ihtilafı hukukunun devletler üstü genel prensiplere sahip olduğu veya istikbalde bu gibi prensiplerin oluşacağı düşünülebilir veya beklenebilirse de[15], bugün devletler hususî hukuku alanında bu nevi prensiplerin pek rolü olmadığı muhakkaktır.

Gerçekten de devletler hususî hukukuna ait kaidelerin yer aldığı milletlerarası sözleşmeler yapılmıştır. Ancak bu **sözleşmelerde** kararlaştırılan kaideler önce sadece bir model niteliğindedir. Bunların "iç hukuk" olarak şekillenmesi gerekir.

Hukukî prensiplerin ve bu arada devletler hususî hukuku kaidelerinin de yer aldığı milletlerarası sözleşmelere **"law making treaties" (traités - lois)** denmektedir.

---

11) MAKAROV Grundriss 20.

12 Mahallî hâkimce yabancı hukuk kaidelerinin tatbik edilemiyeceği sonucuna varan diğer bir hukukî görüş **İtalyan** ve Amerikan doktrininde yer almıştır. İtalya'da yabancı bir hukuk kaidesinin mahallî hakim için alelâde bir **vakıa** olduğu ve hukukî yönden bir kıymet ifade etmediği iddia edilmiştir. Bununla beraber mahallî kanunlar ihtilâfı kaidesi yabancı hukuk hükmünü "ithal eder"; böyle bir ithal yabancı hukuk kaidesinin "millî" hukuk nizamı için de hukukî bir mana kazanması sonucunu hasıl eder. İtalyan doktrininde sadece şekli bir ithali kabul edenler olduğu gibi, maddî bir ithali de savunanlar vardır (bkz. MAKAROV Grundriss 21 n. 4). Yabancı hukuku **ithal prensibine** dayanılarak, **Amerika Birleşik Devletlerinde** "local law theory" tesis edilmiştir (COOK The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws 1949; bkz. KEGEL IPR 92). Bu teoriye göre de, yabancı sübjektif bir hakkın tanınması söz konusu olamaz, buna mukabil kendi hukuk nizamımız tarafından yabancı hukuk kaidesi model alınarak tesis edilen bir hak vardır. Ancak birçok hukuklar gibi bizzat İtalyan hukuku da, yabancı hukuk hükümlerinin temyiz edilmezliğini kabul etmekle, "ithal edilmiş" yabancı hukuk hükümlerini mahallî hukuk kaidesi olarak görmediğini ortaya koymaktadır.

13) Bkz. NEUHAUS Grundbegriffe 1976 170 vd. (174); Kropholler[2] 132.

14) Farklı görüş için bkz. SEVİĞ 164 vd.; ayrıca bkz. ÇELİKEL[4] 138 vd..

15) Bu konuda bkz. KEGEL IPR 5 vd..

Ekseriyetle milletlerarası sözleşmeler, hukuku veya devletler hususî hukukunu sadece **âkit devletler arasındaki** ilişkilerde değiştirir.

Milletlerarası sözleşmeler âkit devletleri devletler hususî hukuklarını veya maddî hukuklarını **bütünü** ile değiştirmekle de mükellef kılabilir. O zaman bir **"loi uniforme"** söz konusu olur. Meselâ milletlerarası poliçe ve çek hukuku hakkındaki 1930 ve 1931 tarihli Cenevre Sözleşmeleri bu nevidendir.

"Supranational" hukuk için durum farklıdır. Şöyle ki, meselâ AET - Antlaşması ve bu Antlaşmaya dayanılarak tesis edilen AET - Hukuku, ister daha önce isterse daha sonra kabul edilmiş olsun, üye devletlerin hukuku karşısında önceliğe sahiptir.

Milletlerarası sözleşmeler yanında **yazılı olmayan devletler hukuku** da vardır. Ancak yazılı olmayan devletler hukukunun devletler hususî hukuku için kaidelere sahip olup olmadığı ihtilaflıdır. Bu konuda çoğu kerre sözü edilen, "bir devletin daima ve sadece kendi hukukunu tatbik edemiyeceği" veya "diğer devletlerin hususî hukuklarını keyfî olarak tatbikten vazgeçemiyeceği" kaidesinin pek önemi yoktur. Zira bu şekilde hareket eden bir devlete rastlanmamaktadır. "Yabancıların tazminatsız istimlâke tâbi tutulmasını" yasakladığı iddia edilen kaide de aslında milletlerarası istimlâk hukukuna değil, fakat maddî istimlâk hukukuna (ve hususî hukuka değil, idare hukukuna) ait olabilir. Yine mevcudiyeti iddia edilen "yabancı ülkelerdeki maddelerin istimlâki" yasağı ise şüphesiz milletlerarası istimlâk hukukunu ilgilendirir. Fakat taşıdığı önem azdır. Çünkü muhtemelen devletler hukukuna aykırı olarak alınan böyle bir istimlâk kararı yabancı ülke tarafından ya devletler hukukuna aykırılık sebebiyle ya da kendi istimlâk hukukunun gereği olarak tanınma şansına sahip olmayacaktır. Bütün bunlar, devletler hukukunun yazılı olmayan kaidelerinin devletler hususî hukuku alanı için fazla etkili olamayacağını göstermektedir[16]. Bununla beraber çok nadir dahi olsa devletlerin diğer devletlerin devletler hukukuna aykırı devletler hususî hukuku uygulamaları hakkında şikâyetlerine rastlanmıştır[17].

Devletlerin ayrı ayrı sahip oldukları devletler hususî hukuku kaideleri de genellikle birbirlerine pek uygun düşmemektedir.

Misal : İkametgâhı Kopenhag'da bulunan bir Türk vatandaşı öldüğünde menkul terekeye Türk hâkimi Türk hukukunu tatbik eder (MÖHUK m. 22 I : "milli kanun" prensibi). Buna mukabil Danimarka hâkimi Danimarka miras hukukunu uygular (mirasta "ikametgâh kanunu" prensibi). Bu uygunsuzluğun sonucu olarak ilgililerin kendilerine en müsait kabul ettikleri maddî hukuk kaidelerinin tatbikini temin edebilecekleri bir ülke mahkemesinde dava açma imkânları ("forum shopping") doğar.

dd) Devletler hususî hukukunun bizzat iç hukuk olması yanında, devletler hususî hukuku kaidelerinin uygulanmasını emrettiği hukuk da iç hukuktur.

16) KEGEL IPR 7.

17) Misaller için bkz. RABEL The Conflict of Laws I 1958 127 n. 64; NIEDERER Einführung 137 n. 10.

Yani devletler hususî hukuku kaideleri ya kendi hususî hukukunun veya yabancı bir devlete ait hususî hukukun uygulanmasından söz eder.

Devletler hususî hukuku belirli bir mahal (yer) hukukunun (meselâ hukukî muamelelerin şekli için yapıldıkları yer hukukunun, haksız fiiller için haksız fiilin ika edildiği yer hukukunun, eşya üzerindeki haklar için o şeyin bulunduğu yer hukukunun) uygulanmasını söylüyorsa ve bu mahal de **devletsiz bir bölgede** (meselâ Kuzey veya Güney Kutbunda, açık denizlerde, açık denizler üzerindeki hava alanında, açık denizler altındaki deniz dibi alanlarında) bulunuyorsa, bu mahal yerine diğer bir bağlanma noktası seçilmek gerekir. Tabiî hukuk veya hukuksuzluk söz konusu olmaz.

Misaller[18] : İngiliz ve İsveçliler Güney Kutbunda ortak bir araştırma grubu olarak çalıştıkları sırada bir İngilizin bir İsveçliyi yaralaması olayında, tazminat talebi zarar verenin hukuku olarak (millî hukuk) İngiliz hukukuna tâbi tutulmuştur. Bir İsveçli bir İngilize pusula âletini devir ve teslim ettiğinde mülkiyetin intikali malikin veya zilyedin millî hukuku olarak İsveç hukukuna tâbi olmuştur. Açık denizlerde yapılan evliliklerde evliliğin şekline bayrak hukuku hâkimdir (ancak bu kaide kazazedeleri taşıyan bir kurtarma sandalı için geçerli değildir). Keza açık denizlerde bir gemide ika edilen haksız fiiller için bayrak hukuku karar verir. Ve yine açık denizler üzerindeki bir uçaktaki haksız fiilde uçağın ait bulunduğu devletin hukuku söz sahibidir. Devletsiz bölgeler ile devlete ait ülkeler arasında kalan mahallerde meydana gelen olaylar daha çok tereddüt uyandırır; karasuları, ülkelerin üzerindeki hava alanı, ülke toprağı altında kalan arz toprağı bunlara misal teşkil eder. Bu bölgelerin yanında, üzerinde veya altında meydana gelen olaylar için behemahal bunların sahibi bulunan devletin hukukunun uygulanacağından söz edilemez. Meselâ uçağın kalkışından sonra ve inmesinden önce uçakta vukubulan ve sonuçlarını meydana getiren bir haksız fiil, üzerinden uçulan ülkelerin hukuklarına değil, o uçağın ait bulunduğu devletin hukukuna tâbidir.

Deniz limanları ülke toprağı sayılmak gerekir. Bir Türk gemisi New York limanında bulunuyorsa, Türk hukukuna değil, New York hukukuna tâbidir. Aynı esas, uçakların kalkış ve inişleri de dahil olmak üzere hava limanlarında bulunan hava gemileri için de geçerlidir.

Haricezmemleket (ülke dışılık) kaidesi milletlerarası kaza hakkı bakımından önem taşır. Bu sebeple meselâ elçilik binalarında vuku bulan haksız fiillerde, elçiliğin bulunduğu ülkenin hukuku söz sahibidir. Bunun istisnası elçiliklerde yapılan evliliklerin şekil bakımından tâbi olduğu hukukda görülür.

Devletler hususî hukuku kaideleri bir devletin iç hukukunun uygulanmasını emrettiğinde, bu iç hukuka yalnız o devletin kanun koyucusunca konulmuş hususî hukuk normları değil, fakat ayni zamanda o *devlet ülkesinde fiilen uygulanmakta olan tekmil hususî hukuk kaideleri* de dahildir.

18) Bkz. KEGEL IPR 9.

Bu sebeple (eskiden Avusturya ve Polonya'da) bugün Yunanistan ve İspanya'da, müslüman ülkelerde ve Hindistan'da olduğu gibi *dinî* hukuk kaideleri de bir ülkenin iç hukukunu teşkil ediyorsa, devletler hususî hukuku kaidelerinin uygulanmasını emrettiği iç hukuk kaideleri kabul edilir[19]. Eğer iç hukuk olarak şekillenmiş ise devletler hukuku kaideleri de o devletin iç hukukunun bir parçası haline gelir. Burada şüphesiz yazılı olmayan devletler hukuku fazla önem taşımamaktadır. Sözü edilen, milletlerarası sözleşmelerdir. Meselâ, Poliçe ve Çek Hukukunun Birleştirilmesine ilişkin 7.6.1930 ve 19.3.1931 tarihli Cenevre Sözleşmeleri Türk hukukunda olduğu gibi birçok hukukların maddî hukukuna esas teşkil etmiştir. AET gibi "supranational" toplulukların hususî hukukları da buraya dahildir. Prensip olarak *devletler hukukuna aykırı* hususî hukuklar da uygulanır.

ee) Devletler hususî hukuku *özel hukuktur*[20], kamu hukuku değildir. Aslında, özel hukuk - kamu hukuku ayırımı *maddî hukuka* ait bir ayırımdır. Devletler hususî hukuku ise, hangi devletin maddî hukukunun tatbik edilmesi lâzım geldiği konusunu düzenler. Bu bakımdan uygulanacak hukuku gösteren bir hukuktur veya bir kanunlar ihtilâfı hukukudur. Bununla beraber maddî özel hukuk gibi, devletler hususî hukuku da kişiler arasındaki özel hayat ilişkilerini düzenlemek maksadıyla hareket eder. Bu düzenlemeyi doğrudan doğruya üzerine almamış olması onun özel hukuk niteliğini etkilemez. Kişilerin menfaatine hizmet etmesi sebebiyle özel hukuka dahil kabul edilir.

Devletler hususî hukuku kaideleri çeşitli **menfaatleri** dikkate alarak kişiler arasındaki özel hayat ilişkilerini düzenlemeye çalışır. Bu menfaatler arasında kamu hukukuna ait olanlar da vardır. Ancak devletler hususî hukuku hangi menfaatleri dikkate alırsa alsın, sonuçta **devletler hususî hukuku hakkaniyetini** tesis gayesiyle hareket eder. Kaldı ki, menfaatler arasında kamu hukukuna ait menfaatlerin de yer alması özel maddî hukuk için de varit olabilir.

Burada devletler hususî hukuku kaidelerine hakim olan hukuk politikasının ne olduğu meselesi ortaya çıkmaktadır. Şu halde, devletler hususî hukukunun hangi **menfaatlere** hizmet ettiğinin bilinmesi gerekir:

(1) Devletler hususî hukuku hakkaniyeti:

Maddî özel hukuk gibi devletler hususî hukuku da fertler arasındaki hakkaniyeti (adaleti) tesis etmeye hizmet eder. Eğer kendi maddî özel hukukumuzun **her nevi** hayat ilişkisinde en haklı hukuk kaidelerine sahip olduğunu iddia edebilseydik, yabancı bir hukukun da tatbikini emreden bir devletler hususî hukukuna gerek kalmazdı. Devletlerin hukukları birbirinden farklı oldukları sü-

19) Bu manada, Yar. 2. HD., 15.10.1966 (YAZICI / ATASOY 791-793).

20) Devletler hususî hukukunun özel hukuk olduğu **hâkim** fikirdir; bkz. meselâ WOLFF IPR 5; RAAPE / STRUM IPR I 6; NEUHAUS Grundbegriffe 1976 5; KEGEL IPR 12.

rece, belirli bir hayat ilişkisinde haklı sonuca varmak, şu veya bu hukukun muhtevaca âdil bulunan maddî hukuk hükmünü tatbik etmekle temin edilemez. O hayat ilişkisinin, en sıkı şekilde bağlı bulunduğu hukuk nizamına tâbi tutulmasıyla ancak hakkaniyete ulaşılabilir. Bu, **devletler hususî hukuku hakkaniyetidir** ve maddî özel hukuk hakkaniyetinden önde gelir. Maddî özel hukukta hukukun muhtevasında, devletler hususî hukukunda ise –muhtevası ne olursa olsun– bir hukuk nizamının tatbikinde hakkaniyet söz konusudur. Maddî özel hukukta, meselâ bir kadının kocası ile eşit haklara sahip olması şu veya bu şekilde düzenlenebilir. Devletler hususî hukuku maddî özel hukukun karı koca arasındaki hak eşitliğini düzenleme şekliyle, yani onun muhtevasıyla ilgilenmez. Maddî özel hukukun düzenlemeleri bir yana, devletler hususî hukuku için "karı ile kocanın eşit haklara sahip olması" önemlidir; şu halde kadının koca karşısında eşit haklara sahip olma menfaati onun kocanın hukukuna tâbi olmaması, aksine kendi hukukuna veya "tarafsız" bir hukuka tâbi olmasını gerektirebilir. Halbuki maddî düzenlemelerde kocanın hukukunun karı koca arasında hak eşitliğinden hareket etmiş olması, buna mukabil kadının hukukunun veya tarafsız hukukun kocanın hâkimiyetini tesis etmiş olması muhtemeldir. Bu sebeple elde edilen "sonuç" sadece devletler hususî hukukuna aittir: uygulanması en haklı olan hukuk –muhtevası dikkate alınmaksızın– tatbik edilmelidir. Bu şekilde devletler hususî hukuku hakkaniyeti temin edildikten sonra tatbik edilecek hukuk alanında mümkün olan en haklı sonuç, yani **maddî özel hukuk hakkaniyeti** elde edilecektir[21].

(2) Devletler hususî hukukuna ait menfaatler:

Devletler hususî hukuku hakkaniyetinin teşekkülünde, yani bir devletler hususî hukuku kaidesinin tesisinde çeşitli **menfaatler** rol oynar[22]. Bazı hayat ilişkilerinde bu menfaatlerden sadece birisi söz sahibi olurken bazılarında birden fazla menfaat çeşitli ölçüde tesir sahibi olabilmekte ve birinin diğerlerine tercih edilmesi gerekmektedir. Bu menfaatlerin en önemlileri:

Taraf menfaati : Her şahsın **sıkıca bağlı** bulunduğu bir hukuka tâbi olmasında menfaati vardır. Bu hukuk ya o şahsın vatandaşı bulunduğu devletin hukukudur veya ülkesinde oturmakta olduğu devletin hukukudur. İnsanlar kaideten devamlı olarak hayat ilişkilerini içerisinde kurdukları hukuk nizamını tercih ederler. Bu hukuk nizamı da ya ait bulundukarı devletin hukuku veya oturdukları devletin hukuku olmaktadır. Devletler hususî hukukunda tarafın **şahsî (kişisel) durumunu** yakından ilgilendiren meselelerde, prensip olarak tarafın sıkıca bağlı bulunduğu bir hukukun tercih edilmesi taraf menfaatini dikkate almaktadır. Türk devletler hususî hukukunda, şahsi statü, yani kişinin hal ve ehliyetini ilgilendiren meselelerle menkul tereke ihtilaflarında **millî hukuk** tatbik edilir (MÖHUK m. 8 ve 22). Aile hukuku meselelerinde olduğu gibi, birden fazla taraf karşı karşıya gelir ve bir menfaat çatışması doğarsa, çeşitli çözümlere gitmek imkânı vardır. Meselâ, taraflardan her birine kendi hukuku tatbik edilir veya taraflardan birinin menfaati diğerinden daha fazla korunmaya

21) Bu konuda geniş bilgi için bkz. NEUHAUS Grundbegriffe 1976 41 vd.; KEGEL IPR 54 vd..

22) KEGEL IPR 56 vd..

lâyık görülerek devletler hususî hukuku bakımından diğeri aradan çıkarılır. Ve nihayet çelişkili menfaatleri ortadan kaldırmak maksadıyla yeni bir hukuka, meselâ farklı vatandaşlıkta olanların müşterek ikametgâhları hukukuna baş vurulabilir.

İşlem (muamele) menfaati : Kolay ve güvenli olduğu ölçüde işlem menfaatinden söz edilebilir. Hukukî muamelelerin yapıldıkları yer kanununa tâbi olmaları kolaylığı temin eder. Bu dolayısıyla taraf menfaatine hizmet etmektir. Diğer taraftan, muameleden güven duyulması için muamelenin muhtevaca tâbi olduğu hukuk bakımından (lex causae) da geçerliliği göz önünde tutulmalıdır. Bu sebeple hukukî muamelenin yapıldığı yerin ve onunla birlikte lex cauase'nin şekil hükümlerine yetki veren bir kanunlar ihtilafı kaidesi hem kolaylık, hem de güven temin etmekle işlem menfaatine hizmet etmiş olur. Böyle bir kaide meydana çıkabilecek şekle bağlı itirazları da bertaraf etmekle taraf menfaatine olarak **işlem (muamele) güvenliğini** de gerçekleştirmiş olmaktadır. Hukukî muamele ehliyetini millî kanuna tâbi tutmakla beraber, mahallî hukuka göre ehil sayılan bir şahsın yaptığı hukukî muameleyi de geçerli kabul eden kanunlar ihtilafı kaidesi (MÖHUK m. 8 II) işlem güvenliğini veya işlem menfaatini taraf menfaatine tercih etmiş olur. Menkul ve gayrimenkul eşyanın aynına ilişkin muamelelerin şeyin bulunduğu yer hukukuna tâbi kılınması (lex rei sitae) da işlem menfaatine hizmet eder. Aynı şey haksız fiilleri haksız fiilin yapıldığı yer hukukuna tâbi tutan kaide (lex loci delicti) için de söylenebilir.

Düzen (nizam) menfaati : Hukuk bir bütündür. Hukukun kaideleri birbirine uymak zorundadır. Bir hukuk nizamının işleyebilirliği böyle bir uygunluğu şart kılar. Bu, tekmil hukuklar için olduğu gibi devletler hususî hukuku için de böyledir. Ancak devletler hususî hukukunda bunu temin etmek, bütünü ile işlerliği olan bir hukuk nizamına ulaşmak kolay değildir.

Devletler hususî hukuku bir "ülke içi" hukuktur. Bu sebeple, farklı devletler hususî hukuku düzenlemeleri çeşitli ve farklı maddî hukuk kaidelerinin aynı konu üzerinde hâkim olmalarını mümkün kılar. Sonuç **"topal hukukî muamelelerin"** doğmasıdır.

Misal : Bir katolik İspanyol, (10.8.1981 tarihine kadar yürürlükte kalan) İspanyol hukukuna göre ancak katolik kilise hukukuna uygun olarak dinî nikâh ile evlilik yapabilirdi. Türkiye'de Türk evlendirme memuru önünde bir katolik İspanyol vatandaşının yaptığı evlilik Türk hukukuna göre muteberken İspanyol hukuku için böyle bir evlilik mevcut değildi. Bu İspanyol Türkiye'de evli bir kişidir. İspanya'da bekâr bir şahıstır. Bu evlilikten doğan çocuklar Türk hukukunda evlilik içi, İspanyol hukukunda evlilik dışı çocuklardır. Bu İspanyolun eşi ve çocukları Türk hukukunda kanunî mirasçılardır, İspanyol hukukunda mirasçılıkları söz konusu değildir.

Topal hukukî muameleler **milletlerarası karar ahengini (dış karar ahengi)** bozan işlemlerdir. Ancak devletler hususî hukuku birleştirilemediği sürece topal hukukî muameleler de mevcut olacaktır. Bununla beraber milletlerarası ortak bir uygulamaya ulaşmış ilişkilerde milletlerarası karar ahengi temin edilebilmektedir. Meselâ eşyanın aynına ilişkin hukukî münasebetlerde lex rei si-

tae'nin, hukukî muamelelerin şeklinde yapıldığı yer hukukunun (locus regit actum) ve haksız fiillerde fiil yeri hukukunun (lex loci delicti) hâkim kılınması, milletlerarası karar ahengine yardımcı olmaktadır. Milletlerarası şahıs, aile ve miras hukuku ilişkilerinde millî hukuka bağlanma, millî hukuka bağlanan hukuk nizamları arasında da bir karar ahengi temin etmiş olmaktadır. Aslında devletler hususî hukuku daha çok ve mümkün olduğu ölçüde kendi hukuk nizamı içerisinde bir karar ahengine, yani **millî karar ahengine (iç karar ahengi)** dikkat etmektedir.

Misal : Bir Yunan ortodoks çifti Fransa'da sadece resmî evlendirme memuru önünde evlenmişse, bu evlilikleri Türk devletler hususî hukukuna göre geçerlidir. Bu evlilikten doğan çocukların ana ve babaya karşı nafaka taleplerinde (esas mesele), Türk hukuku bu evliliğin geçerliliğinden (önmesele) hareket edecek (millî karar ahenginin temini), yani meselâ eski Yunan hukukunun bu evliliği hükümsüz saymasını dikate almıyacaktır.

(3) Maddî hususî hukuk menfaatleri:

Devetler hususî hukukunun benimsediği ve koruduğu menfaatler **maddî hususî hukuk hakkaniyetinin** dokunulmaz kabul ettiği menfaatler karşısında geri çekilmek mecburiyetinde kalabilir. Burada maddî hukuka ait hakkaniyet devletler hususî hukuku hakkaniyetine tercih edilmektedir.

Böyle bir durum devletler hususî hukukuna göre yabancı hususî hukukun tatbik edilmesi gerektiğinde ortaya çıkabilir. Kendi hususî hukukumuzu tatbik etmek durumundaysak maddî hukuk hakkaniyeti zaten bizim anlayışımızı ifade eder.

Yabancı hususî hukukun tatbik edilmesi halinde, bu hukuka ait maddî hukuk hakkaniyetinin gerçekleşmesi kabul edilmektedir. Ancak bunun alanı kendi maddî hukuk hakkaniyetimizin dokunulmaz kabul edilen menfaatleri ile sınırlı olmak zorundadır. Bu sınır kesin bir çizgiye sahip değildir. O kadar ki, hukukî olay Türk hukuk hayatına uzak olduğu ölçüde, bu sınır da alabildiğine ortadan kalkar. Şu halde yabancı maddî hukuk hakkaniyetinin uygulanma alanı, olaydan olaya farklılık göstermektedir. Yabancı maddî hukuka ait hakkaniyet alanının bu değişkenliği ve yabancı maddî hukukun muhtevasına bağlı olarak belirsizliği bu konuda **esnek** bir kaidenin getirilmesi zorunluluğunu ortaya çıkarmıştır. Bu esnek ve aynı zamanda istisnaî nitelikteki kaide **kamu düzeni** kavramı ile belirli hale gelmektedir. Kamu düzeni kaidesi tekmil ülkelerde devletler hususî hukukunun yazılı veya yazılı olmayan bir parçasını teşkil eder. Ancak genel prensip odur ki, devletler hususî hukukuna ait menfaatler maddî hukuka ait menfaatler karşısında kaideten daha kuvvetlidirler ve bu sebeple tercih edilirler.

Misaller : (Almanya'dan) : Türk motorlu yatı "Nimet Allah" için Alman tayfalar tutulmuştu Yat Kiel'de inşa edilmiş ve Türkiye'ye gelmekteydi. Pire limanında Alman bayrağı yerine yata Türk bayrağı çekildi. Ve bu sırada Alman tayfalarla yat sahibi arasında ihtilaf çıktı. Ancak Alman tayfalar tehdit ile taleplerinden feragat ettirildiler. Tehdit sebebiyle yapılan feragatın geçersizliği meselesi üzerinde Almanya'da durulmadı. Çünkü bu konuda Türk maddî hukuku da

tatbik edilmiş olsa, tehdit yoluyla yapılan feragate geçerlilik tanıyabilecek bir yabancı maddî hukukun Almanya'da uygulanması Alman kamu düzeninin müdahalesiyle (EGBGB [eski] m. 30) karşılaşacaktı. Alman hukukunda serbest irade beyanının korunması devletler hususî hukuku hakkaniyetine tercih edilmek durumundaydı[23].

(Fransa'dan) : Bir Liechtenstein şirketi yine bir Liechtenstein şirketine Hollanda'da bulunan takriben 155.000 dolarlık harb silahını Cenevre'de sattı. Bakiye satış bedeli için alıcı bir senet verdi. Buna dayanarak alacaklı şirketin açtığı dava Fransa'da reddedildi. Çünkü harb silahlarının özel teşebbüs için ticaret konusu olması Fransız kamu düzenine aykırıydı[24].

(Amerika Birleşik Devletleri'nden) : Devletçe müsaadeli Puerto Rico'daki bir kumarhanenin sahibi bir müşterisine mahallî hukuka göre geçerli şekilde bir çek ve yazılı bir borç ikrarı karşılığı kumar oynamak üzere 12.000 dolar veriyor. Kumar borçlarını hükümsüz kabul eden New York'da dava edilmesine rağmen borçlu mahkûm edildi. Çünkü New York "public policy" ihlâl edilmemiş kabul edildi[25].

(Norveç'den) : Bir Norveçli öğrenci Greifswald'da (Almanya) sık sık bir lokantaya (Gasthaus) gitmekte, orada yiyip içmekte ve lokanta sahibine borç senedi vermekteydi. Sonra ortadan kayboldu. Alacaklı Norveç'te dava ikame etti. Öğrenci borç senetlerini sarhoşken verdiğini söyledi ve içki borçlarının dava edilmezliğini söyleyen bir Norveç kanununu ileri sürdü. Hâkim Alman hukukuna göre hükmetti. Hâkime göre kamu düzeninin ihlâli yoktu: Norveç kanunu sadece Norveç'te kredili alkol satışlarını önlemek istiyordu[26].

(4) Otoriteye ait menfaatler :

Devletlerin maddî hususî hukukları kendi **kamu hukukları** ile de sınırlanmıştır. Meselâ mülkiyet kamu hukukuna ait mükellefiyet ve külfetlerle, akit yapma serbestisi ihracat ve ithalat yasakları, kartel kurma yasakları veya düşman ile ticaret yapma yasaklarıyla, para talepleri ve kıymetli metaller üzerindeki tasarruf serbestisi döviz hukukuyla, para taleplerinin miktarı para değerinin düşürülmesiyle, haklar üzerindeki tasarruf yetkisi istimlâklerle kısıtlanmaktadır. Hangi devletin kamu hukukunun uygulanacağını **milletlerarası kamu hukuku** tayin eder. Milletlerarası kamu hukukunun kaideleri devletler hususî hukukundakilere nisbetle çok farklıdır. Çünkü maddî hususî hukuk fertler arasındaki hakkaniyete hizmet eder, buna mukabil kamu hukukunda devletin politik ve ekonomik - politik sebeplerle hususî hukuk alanına müdahalesi söz konusudur. Hususî hukuk alanına **devlet müdahalesi, devlet otoritesi** ile karşı karşıya kalınma anlamına gelir. Ve hiçbir devlet kaideten diğer bir devletin otoritesini yürütmek istemez. Bu sebeple, otoriteye ait menfaatler hususî hukuk hayatına yapılan devlet müdahalelerini tanımayı zorlaştırır. Diğer taraftan

23) Olay için bkz. KEGEL IPR 63.

24) Olay için bkz. Cour d'appel de Paris; Rev. crit. dr. i.p. 1966, 264.

25) Olay için bkz. Intercontinental Hotels Corp. v. Golden, 15 N. Y. 2d 9. 203.

26) Bkz. HAMBRO IntRDipl. 1957, 321 vd..

yine her devlet diğeri ile barış içinde yaşamak ve özellikle ticarî ilişkilerde bulunmak durumundadır. Bu itibarla hususî hukuk alanına yapılan yabancı devlet müdahalesi **milletlerarası düzen menfaati** gereği tanınmayı gerektirir.

Önceleri yabancı devlet otoritesinin müdahalesinin yer aldığı hukuklar, eğer yabancı devlet kendi otorite alanını aşmış ise, kamu düzeni yardımıyla bertaraf ediliyordu. Ve devlet otoritemizin müdahalesinin bulunduğu kendi hukukumuz da ayni gerekçeyle, yani kamu düzeni sebebiyle uygulanıyordu. Aslında bu nitelikteki kendi hukukumuzun uygulanması ekseriya ilgili kanunun doğrudan doğruya gayesinin bir gereği olmaktaydı[27]. Ancak tedricen bu konuda kamu düzeninin kullanılması azalmıştır. Bugün devlet otoritesinin hususî hukuk alanına müdahale ettiği alanlar için oldukça kesin **kanunlar ihtilafı normları** oluşmuştur. **Milletlerarası istimlâk hukukunda** sınır şöyle çizilmiştir : yabancı devlet kendi otorite alanı içerisinde kalmış ve meselâ sadece kendi ülkesinde bulunan şeyleri istimlâk etmiş ise, bu yabancı devletin istimlâkleri tanınmaktadır. Ve yine prensip olarak **milletlerarası kambiyo ve döviz hukuku** sınırları aşmaktadır. Aynı durum ihracat ve ithalat yasakları, kartel kurma yasakları, borç akitlerinin yapılması ve yerine getirilmesini önleyen **diğer devlet müdahaleleri** için de geçerlidir[28]. Fakat derhal belirtelim ki, hususî hukuk alanına devlet otoritesinin müdahalesi milletlerarası kamu hukukunun (veya milletlerarası idare hukukunun) sözünü ettiğimiz kanunlar ihtilafı normlarıyla tanınma imkânına ulaşmış bulunsalar da, bu konularda kamu düzeninin kendine ait bir müdahale alanının mevcut olduğu unutulmamalıdır[29].

d) İsim

"Devletler hususî hukuku" (**"Private international law** = milletlerarası özel hukuk") adı ilk olarak Amerikalı *Joseph Story* tarafından kullanıldı[30]. Bu ad daha sonraları zamanla Avrupa'da yerleşmeye başladı **(Internationales Privatrecht, droit international privé, dritto internazionale privato, derecho internacional privado)**. Son zamanlarda İngiliz ve Amerikan hukukunda da kullanılmaktadır **(private international law)**.

Yine eskiden kullanılan **"conflit de lois"** adı ise gittikçe ortadan çekilmektedir. Buna mukabil bu adın anglo-sakson hukuk alanında karşılığını teşkil eden **"conflict of laws"** deyimi eskisi gibi kullanılmaktadır.

Devletler hususî hukuku deyiminin tatmin edici olmadığı genellikle kabul edilmektedir. Çünkü gerçekte "milletlerarası" değil, fakat *millî (ülke içi)* bir hukuk söz konusudur. Ve ayrıca maddî bir hususî hukuk değil, fakat bir *kanunlar ihtilafı* hukuku mevcuttur. Bununla beraber bugün için bu ismin değiştirilmesine lüzum yoktur. Teklif edilen isimler ya ifade bakımından güzel bu-

27) Bu konuda bkz. SOERGEL - KEGEL Vorbem. 279-291 vor Art. 7, 132-135.

28) Buna ilişkin misaller için bkz. KEGEL IPR 66 vd..

29) Buna ait misaller için bkz. SOERGEL - KEGEL Vorbem. 574 vor Art. 7 n. 12, 254-255.

30) STORY Commentaires of the Conflict of Laws 1934 9.

lunmamış veya konuyu yeterli derecede açıklayıcı görülmemişlerdir[31]. Böylece "devletler hususî hukuku" deyimi zamanla yerleşen ve kullanılması mutad olan bir isim olmuştur. Ancak isimde yer alan "devletler" *(milletlerarası)* kelimesinin bu hukukun kaynağını değil, sadece konusunu belirttiğini unutmamak gerekir. Çünkü bir yabancılık (milletlerarası) unsuru taşıyan, yani yabancı ülke veya ülkelerle ilişkili hukukî olaylar, kısaca "milletlerarası özel hukuk olayları" bu hukukun konusunu teşkil etmektedir.

Kanunlar ihtilafı hukuku *(law af the conflict of laws)* deyimi ise, özellikle anglo-amerikan hukukunda sıkça kullanılmakla beraber, bugün tekmil hukuk alanlarında devletler hususî hukukunu da içerisine alan bir *üst kavram* olarak hizmet görmektedir.

Bazı hukuk sistemlerinde "Devletler Hususî Hukuku" ismi altında devletler hususî hukuku kavramını kısmen taşan bahisler de yer almaktadır. Bu taşkın kısımlara komşu alanlar da denebilir.

İngiltere ve Amerika Birleşik Devletlerinde özellikle ders kitapları devletler hususî hukuku **(choice of law)** yanında milletlerarası yetki **(jurisdiction)** konusuna da yer vermektedir.

Fransa'da ders kitaplarında ilk önce Fransız vatandaşlık hukuku **(nationalité)** yer almakta, bunu Fransız yabancılar hukuku, yani yabancılar için özel hükümler getiren maddî hukuk **(condition des étrangers)** takip etmektedir. Daha sonra devletler hususî hukuku **(conflit de lois)** ve en sonra da milletlerarası yetki **(conflit de juridictions)** gelmektedir.

2. Bölgelerarası Hususî Hukuk

Hususî hukuk nizamlarının yürürlük alanlarının sınırları her zaman ülke sınırları ile aynı olmaz. Aynı devlet içerisinde de bölgesel esasa dayanan birden çok hukuk nizamı yürürlükte olabilir.

Aynı devletin belirli bölgelerinde yürürlükte bulunan hukuk nizamlarına *kısmî hukuk nizamları* adı verilebilir. Ve birden çok kısmî hukuk nizamı ile temas halinde bulunan bir hayat ilişkisi söz konusu olduğunda, aynı ülkenin sınırları içerisinde de kanunlar ihtilafı hukukuna ait bir problem ortaya çıkmış olur. Böylece, bir devletin birden çok kısmî hukuk nizamlarından hangisinin yetkili bulunduğunu tayin eden kanunlar ihtilafı kaideleri *bölgelerarası (interlocal)*[32] hususî hukuk adını alır. Burada yabancı bir devletin maddî hukuk

31) "Zwischenstaatliches Privatrecht" (Reichsgericht), "Zwischenprivatrecht" (ZITELMANN), "Grenzrecht" (FRANKENSTEIN) ve "Aussenprivatrecht" (SCHNITZER) gibi çeşitli teklifler için bkz. BEITZKE - COING / WEICK - FIRSCHING - KORKISCH Internationales Privatrecht I/1 6 vd.

32) Veya "interregional" veya "interterritorial".

kaidelerine değil, fakat aynı devletin kısmî hukuk nizamarından birine yetki veren kanunlar ihtilafı kaideleri söz konusudur. Şu halde bölgelerarası hususî hukuk, birden fazla devlet arasındaki ilişkilerde devletler hususî hukukuna düşen görevi, aynı devlet içerisinde *aynen* yapar[33].

1. Bölgelerarası hususî hukuk *çok hukuklu* bir devleti şart kılar. Tek bir hukuk nizamına sahip, meselâ Türkiye, Fransa, Danimarka gibi devletler için bir bölgelerarası hususî hukuk söz konusu olamaz. Birden çok hukuk nizamı basit devlet tiplerine nisbetle, federal devletlerde daha çok görülür.

18. Yüzyıldan bu yana devletlerin iç hukuklarının kodifikasyonu yoluyla hukukun birleştirilmesinde önemli gelişmeler kaydedilmiştir. Asrımızda bu birleştirme devletler hususî hukuku alanında yapılma yolundadır. Daha önce, bölgeler itibariyle farklı hususî hukuklara sahip bulunan birçok devletin bugün sadece tek hususî hukuk nizamları mevcuttur.

Bugün Kara Avrupasında önemli bölgesel hukuk farklılıkları gösteren yegâne[34] devlet **İspanya**'dır. 1889 tarihli Codigo civil yanında, daha sonraları birkaç bölgede birleştirilmiş olan eski teamül hukukunu (fueros) esas alan, birkaç bölgesel hukuk ("darecho foral") kuzey-doğu ve batı İspanya'da yürürlüktedir[34a].

Anglo-sakson hukuk alanında da hususî hukuk giderek birleştirilmektedir. Kısmen farklı hususî hukuklar **Birleşik Krallıkda** (United Kingdom) vardır. Birleşik Krallık Büyük Britanya'yı (Great Britain) teşkil eden İngiltere, Galler ve İskoçya ile ayrıca Kuzey İrlanda'dan teşekkül etmektedir. Britanya Adaları de-

33) Bu bakımdan bölgelerarası hususî hukuk ile devletler hususî hukuku aynı hukukî niteliğe sahiptir; bkz. KEGEL IPR 14.

34) 1945 yılından, Doğu Almanya ile Batı Almanya'nın birleştiği 1990 yılına kadarki dönemde **Almanya** kendisine has bir özellik taşımaktaydı. İki Almanya arasındaki siyasî sınır aslında her iki ülkedeki hukuk için kısmen bir ayırım meydana getirmişti. Başlangıçta Batı Almanya ile Doğu Almanya'da, kanunlar ve mahkeme kararları ile bozulmadığı sürece, ortak bir hukukun yürürlükte olduğu kabul edilebilmekteydi (bkz. MAKAROV Grundriss 24). Ancak 1945'den sonra Doğu Bloku Devletlerinde Sovyet hukukunu örnek tutarak hukukun birleştirilmesi şeklinde kendini gösteren gelişme Doğu Almanya ve Doğu Berlin'de de etkisini gösterdi. Özellikle 1975 ilâ 1976 yıllarında hususî hukuk ve medenî usul hukuku yapılan acele kodifikasyon hareketleriyle temelinden değişikliğe uğradı (Bu değişiklikler için bkz. KEGEL IPR 15). Ancak önemli olan, iki Almanya'nın hukukları arasındaki bu çatışmanın **(Interzonales Recht)**, aslında bölgelerarası hususî hukuk çatışması niteliğinden uzak olması idi. Bununla beraber, gerçekte bir faraziyeden de ibaret olsa, "tek" bir Alman vatandaşlığı kavramına dayanılarak, Batı Alman hâkimleri Doğu Almanya'da fiilen yürürlükte olan hukuku, bölgelerarası hususî hukuk prensiplerine göre, özellikle şahsî statüde bağlanma noktası olarak mutad mesken kavramından istifade ile, tatbik etmekteydiler; DÖLLE IPR 13; ve ayrıca bk *i.* MAKAROV Grundriss 24 n. 24. Bu iki Almanya birleşme kararı aldıklarında, aralarında akteddikleri 31.8.1990 tarihli Uyum Sözleşmesinde (Einigungsvertrag), Federal Almanya Cumhuriyeti hukukunun —böylece devletler hususî hukukunun da—, birleşmenin yürürlüğe girmesiyle, eski Demokratik Almanya Cumhuriyeti topraklarında da geçerli olacağını kabul ettiler. Doğu Almanya'nın Batı Almanya'ya iltihakının 3.10.1990 tarihinde gerçekleşmesiyle, hukuk birliği de temin edilmiş oldu.

34a) Geniş bilgi için bkz. JAYME, Rechtsspaltung im spanischen Privatrecht und deutsche Praxis: RabelsZ 55 (1991) 303 vd.

nen adalar (Britsh Isles) ile dominyonlar da Birleşik Krallığa tâbidir. **Kanada** da 10 Province mevcuttur. Bunlardan Quebec'de 1866'da bir Code haline getirilen Fransız hukuku yürürlüktedir. Diğer dokuzunda ise hususî hukuklar İngiliz common law'a dayanır. **Güney Afrika ve Avustralya** (eski altı İngiliz kolonisine uygun olarak 6 devlet) da, farklı bölgesel hususî hukuklara sahiptir. Diğer taraftan Birleşik Krallık, Kanada, Avustralya ve diğer (daha önceleri "dominyonlar" diye tanımlanan) devletler İngiliz Commonwealth Topluluğunu (Britsh Commonwealt of Nations) meydana getirir. Her üye devletin vatandaşlığı üstünde bir "British nationality" veya "Commonwealth citizenship" mevcut olmasına rağmen, bu Topluluk bir devlet değildir.

50 devlet ve birçok diğer, kısmen deniz aşırı ülkelerle (Başkent Washington'un içerisinde yer aldığı District of Columbia, Puerto Rico ve diğerleri) birlikte **Amerika Birleşik Devletlerinde**, her bir Devletin hususî hukuku common law'a dayanır; yalnız Louisiana'da Franız hukuku (Code Civil) yürürlüktedir. Hususî hukukun bazı kısımları federal hukuktur (federal law); bunun dışında çeşitli devletlerde ortak kanunlar (Uniform Acts) geçerlidir[35].

Meksika'da da Federal Mıntıka ve 28 Federe Devlet ile 3 ülke mevcuttur.

Litvanya, Estonya ve Letonya'nın bağımsızlıklarını elde etmesiyle 1991 yılı sonunda dağılma sürecine giren ve varlığı 8.12.1991'de sona eren **Sovyetler Birliğinde**, hususî hukuk önemli ölçüde birleştirilmişti. Mevcut 15 Cumhuriyet kendi medenî kanunlarına ve hususî hukuka ait özel kanunlara sahipti. Ancak bütün bunlar başkenti Moskova olan Rus Sovyet Sosyalist Birleşik Cumhuriyetin hukukunu örnek almışlardı. Bütün bu cumhuriyetlerin hukukları böylece muhtevaca geniş ölçüde kesin hatlar içinde aynı kalıba sokulmuştu. Bunun dışında, aile hukukunun ve miras hukukunun bazı kısımları için de federal hukuk geçerliydi.

Önceleri birden fazla hukuk nizamına sahip basit devlet tipinin en klasik misalini iki Dünya Savası arasındaki **Polonya** teşkil ederdi. İkinci Dünya Savaşından sonra geniş ölçüde medenî hukukun birleştirilmesi mümkün olmuştur. Fakat İkinci Dünya Savaşından önce, bölgelerarası hususî hukuka ait kaideler Polonya'da günlük hukuk tatbikatında büyük bir öneme sahipti. Birinci Dünya Savaşından sonra yeniden doğan Polonya'ya bırakılan topraklarda eski medenî hukuk nizamları yürürlükte kaldı[36]. Yugoslavya'da da evvela Sırb, Hırvat ve Sloven krallığını, daha sonra Yugoslavya'yı teşkil etmek üzere, Birinci Dünya Savaşından sonra Sırbistan'a ilhak edilen toprak parçalarında yürürlükte olan kısmî hukuk nizamları bu yürürlüklerini muhafaza etmişlerdi. 1945 yılından sonraki politik gelişme **Yugoslavya**'da da, diğer Doğu Bloku Devletleri anlayışında, hukukun geniş ölçüde birleştirilmesini temin etti. 1881 tarihli Borçlar Kanunu (OR) ve 1907 tarihli Medenî Kanun (ZGB) ile 22

35) Bkz. KEGEL IPR 16 vd..

36) Polonya'nın 1815 Viyana Kongresinde çizilen sınırları içerisinde (Kongre-Polonya-sında) Code Napoléon'dan esinlenen Kongre-Polonyasına ait medenî hukuk; evvelki Rus topraklarında (doğu Polonya'da) Rus medenî kanunu, evvelki Alman topraklarında BGB ve evvelki Avusturya topraklarında ABGB.

Kanton ve 6 Yarı-Kantonun hususî hukuklarının tamamen birleştirilmesinden bu yana **İsviçre**'de sadece usul hukuku alanında kanton hukukları yürürlüklerini muhafaza etmektedirler.

Basit devlet tiplerinde bölgelerarası hususî hukuka ait kaideler ekseriya ancak zamanla sınırlı olarak önem taşıyabilmiştir. Diğer devletlere ait toprak parçalarında, Polonya ve Yugoslavya misallerinde olduğu üzere, yeni bir devletin kurulmasında bu zaman oldukça kısa olmakta, buna mukabil zaten mevcut bir devlete diğer bir devlete ait toprakların ilhak edilmesinde ilhak edilen toprak üzerinde mer'i hukuk nizamının yaşaması nisbeten daha uzun süre devam etmektedir. Öyle ki, ya bu hukuk ilhak eden devletin hususî hukuk nizamı bu topraklara teşmil edilinceye[37] veya tekmil ülke için yeni kanunların hazırlanmasına kadar[38] yürürlükte kalmaktadır. Böylece ilhak edilen topraklarda, daha önce mer'i bulunan hukuk kaidelerinin ancak nisbeten kısa bir süre yürürlükte kalması halinde Fransız literatürü **conflits d'annexion**'dan söz ediyor.

Avrupa hukuk tarihi normal bir hukukî durum olması sebebiyle yüzyıl boyunca varlığını devam ettirmiş olan kısmî hukuk nizamlarına ilişkin bir misale de sahiptir. İhtilal öncesi Rus Devletinde, XVIII. asır boyunca ve XIX. asır başlarına kadar ilhak edimiş olan tekmil batı sınır bölgelerinde özel hususî hukuk nizamları var olmuştur. Bu batı sınır bölgeleri güneyden kuzeye sayılacak olursa[39]: Roma-Bizans hukukunun mer'i olduğu Besarabya; temeli Code Napoléon'a dayanan Kongre-Polonyasına ait hukukun mer'i olduğu Kongre-Polonyası (1815 Viyana Kongresinde tayin edilen hudutlara göre Polonya); 1864 tarihinde birleştirilen hususî hukukun mer'î oduğu Baltık Eyaletleri ve aslını 1734 tarihli İsveç kanunnamesinin teşkil ettiği, Finlandiya kanun koyucusunun çıkardığı kanunlarla bazı medenî hukuk hükümleri tâdil edilmiş bir hukukun mer'i olduğu Finlandiya.

1938 ilâ 1945 yıllarında Almanya'da da hususî hukuka ait kısmî hukuk nizamları mevcut idi. Avusturya'nın ilhakından ("Anschluss") sonra Avusturya'da, Rayh hukukunca (Reichsrecht) değişiklik getirilmediği sürece, ABGB yürürlükte kaldı.

2. Çok hukuklu devletlerde kısmî hukuk nizamlarının yanyana ve bir arada bulunması yabancı devletleri de ilgilendirir. Şöyle ki, meselâ bir Türk hâkimi devletler hususî hukuku kaidesi gereği meselâ bir İspanyolun veya Amerikalının menkul terekesi hakkında İspanyol hukukunu veya Amerikan hukukunu tatbik mecburiyetinde ise, İspanyol veya Amerikan kısmî hukuklarından hangisinin nazara alınacağı problemi ortaya çıkar. Şu halde ilk bağlan-

37) Meselâ Alman BGB'si Alzas-Loren'de Birinci Dünya Savaşından sonra 1.1.1925 tarihine kadar Fransız kısmî hukuku olarak yürürlükte kaldı.

38) Meselâ Alman BGB'sinin Alzas-Loren'de yürürlükte kalan hukuk kaideleri Fransız Code civil'in genel reformuna intibak ettirildi.

39) Bkz. MAKAROV Das interregionale Privatrecht des vorrevolutionären Russland: ZvglRW 44 (1941) 249 vd..

madan, yani İspanyol veya Amerikan hukukunun tatbiki tesbit edildikten sonra ikinci bir bağlanmaya, yani tatbiki gerekli kısmî hukuk nizamına ulaşmaya ihtiyaç vardır.

Yabancı çok hukuklu devletin tatbiki gerekli kısmî hukuk nizamını belirten birleştirilmiş bir bölgelerarası hususî hukuku varsa[40] buna göre hareket edilir.

> **Misal:** Province Gerona'da doğmuş ve Türkiye'de menkul terekesi bulunan bir İspanyol ölür; geride karısı ve çocukları kalmıştır. Bir Türk mahkemesi menkul terekeyi MÖHUK m. 22 uyarınca İspanyol hukukuna göre hükme bağlamak zorundadır. İspanyol bölgelerarası hususî hukuku Katalonya'da, 1860'dan beri birleştirilmiş bir hukuk anlayışıyla tatbik edilen foral hukukunun uygulanacağını söyler. Bu kısmî hukuk nizamına göre terekenin 1/2'sine sahip olan çocukların yanında sağ kalan eş terekenin yarısı üzerinde intifa hakkı sahibi olur; bkz. Codigo civil esponal m. 10 II, 14, 15, 931, 834 ve Compilliacion delderecho civil especal de Cataluna (CDC) m. 248, 250 I. Türk hâkimi İspanyol bölgelerarası hususî hukukuna riayet edecektir.

Fakat çok hukuklu devlette bölgelerarası hususî hukuk kaideleri birleştirilmemiş, yani her bir kısmî hukuk nizamında farklı bölgelerarası hukuk kaideleri tatbik ediliyor ise, hâkimin prensip olarak devletler hususî hukuku esaslarından hareket etmekten başka çaresi kalmamakla beraber, ihtilafın esasta aynı ve tek devletin kısmî hukuk nizamları arasında bulunması gözönüne alınarak işin *niteliğine* uygun bir bağlanmaya gitmek bazen daha doğru ve mantıkî olmaktadır. Böylece vatandaşlığa bağlanma devre dışı kaldığında, bölgelerarası hukukun niteliğine uygun olan ikametgâh veya mutad mesken bağlantıları önem kazanmaktadır.

> **Misal :** Bir Türk mahkemesi New York doğumlu bir Amerikan vatandaşının menkul terekesi hakkında karar vermek durumunda ise MÖHUK m. 22 uyarınca Amerikan hukukunu tatbik etmek mecburiyetindedir. Amerika Birleşik Devletleri'nde tatbik edilecek kısmî hukuku belirleyen tek bir bölgelerarası hususî hukuk yoktur; her eyaletin kendine has maddî ve milletlerarası özel hukuku mevcuttur. Bununla beraber tekmil eyaletlerin kanunlar ihtilafı hukuklarında bir Amerikalının menkul terekesinde miras bırakanın son ikametgâhı esas alındığından, Türk mahkemesi de Amerika'daki son ikametgâh hukukuna bağlanacaktır[41].

40) Bölgelerarası hususî hukuka ait kaideler nadiren birleştirilmiştir. Böyle bir birleştirmenin tipik misalini "İç Özel İlişkilere Uygulanacak Hukuk Hakkındaki" 2 Ağustos 1926 tarihli **Polonya** kanunu teşkil eder. Bu Kanun, daha önce de sözü edildiği üzere, o devrin günlük tatbikatında çok büyük öneme sahipti. Ancak İkinci Dünya Savaşından sonra Polonya'da hususî hukukun çok büyük ölçüde birleştirilmesi ile bu Kanun tatbik kıymetini hemen hemen tamamen kaybetti; bkz. NEUHAUS Grundbegriffe 1962 214.

41) Farklı gerekçelerle (bkz. NEUHAUS Grundbegriffe 1962 214; RAAPE IPR 150; SOERGEL - KEGEL Vorbem 113 vor Art. 7; KEGEL IPR 69; MAKAROV Grundriss 23; FERID IPR 40) **Alman** hukukunda da aynı sonuca varılmaktadır; BGHZ 27, 42, 51.

3. Çok *çeşitli tipte* çok hukuklu devletlerin olabileceğine dikkat edilmelidir. Amerika Birleşik Devletleri, Kanada ve Büyük Britanya gibi ülkelerde olduğu gibi çoğunlukla ne tek bir devletler hususî hukuku ne de tek bir bölgelerarası hususî hukuk vardır. Aksine bu ülkelerde her kısmî hukuk bölgesinde ayrı bir devletler hususî hukuku ve ayrı bir bölgelerarası hususî hukuk yer alır. Veya bu neviden kanunlar ihtilafı kaideleri hiç yoktur. Eğer bizim kanunlar ihtilafı kaidemiz belirli bir yer hukukuna (meselâ ikametgâha, şirket merkezine, bir şeyin bulunma yerine veya haksız fiilin ika yerine) bağlanıyorsa, bu devletlerde tatbiki gerekli kısmî hukuk nizamını bulmak nisbeten kolaylaşır. Çünkü böyle durumlarda söz konusu yerde yürürlükte olan kısmî hukuku tatbik edebiliriz. Ancak meselâ menkul tereke ihtilaflarında olduğu gibi çok hukuklu devlete vatandaşlık gereği bağlanmak güçlük hasıl etmektedir. O takdirde milletlerarası (dış) karar ahengini temin gayesiyle yabancı hâkimin nasıl bir bağlanmaya gittiğinin tesbit edilmesi tavsiye edilmektedir. Bu tesbit edilemezse, söz konusu şahsın mutad mesken hukukuna, yardımcı nitelikte olarak bulunduğu yer ve nihayet başkent hukukuna bağlanması mümkündür[42].

Misal : Mutad meskeni Montreal'de olan bir Kanadalının reşit olup olmadığı meselesini Türk hâkimi cevaplandırmak durumunda kalırsa, MÖHUK m. 8 uyarınca Kanada hukukunun tatbiki gerekir. Ancak Kanada'nın hangi kısmî hukuku? Kanunlar ihtilafına ait bir hukuk birliği yoktur. Bu sebeple mutad mesken hukuku, yani Montreal'de yürürlükte olan hukukun tatbikine gidilir.

3. Şahıslararası Hususî Hukuk

Bazı devletlerde hususî hukuk ve hatta kısmen kamu hukuku *şahıs gruplarına* göre farklılıklar gösterir. Aynı devlette *çeşitli şahıs grupları* için *farklı hukuk nizamları* yürürlükte olunca, hangi şahıs grubuna ait hukuk nizamının uygulanması lâzım geldiği ve ne ölçüde uygulanacağının bilinmesi gerekebilir. Özellikle farklı gruplara mensup olanların birbiriyle hukukî ilişkilere girmesi halinde hangi grup veya gruplara ait hukuk nizamlarının tatbik edileceği hususî hukuk bakımından önem kazanır. İşte bir devlette çeşitli şahıs grupları için yürürlükte olan farklı hukuk nizamlarının tatbik alanlarını *şahıslararası (interpersonal) hususî hukuk* tayin eder.

Genellikle belirli bir sosyal duruma sahip şahıslar veya belirli bir soydan gelen şahıslar[43] veya belirli bir dine mensup olan şahıslar ayrı hukuk nizamlarına tâbi şahıs gruplarını meydana getirmiştir.

42) Bu çözüm, "olayla en yakın ilişki içerisinde bulunan kısmî hukuk nizamının tatbikini" emreden hükmün (EGBGB m. 4 III) kabulünden önce, **Alman** hukukunda görülmüştür; DÖLLE IPR 13.

43) Soylulararası (intergentil) hukuk adı da verilen, buna ilişkin kanunlar ihtilâfı kaideleri yakın zamanlara kadar sömürgelerde geçerli olmuştur. Ancak kendi hukuklarına tâbi soylara aldiyet orta çağların başlangıcında üzerinde durulacak bir öneme sahip olmuştur. Bu konuda bkz. WENGLER The General Principles of Private International Law: Rec. des cours 101 (1961 - III) 289 vd..

Farklı mezheplere mensup şahıs gruplarına ilişkin kanunlar ihtilafı kaideleri, yani *mezheplerarası (interkonfessionall) hukuk* zamanımızda da oldukça önem taşımaktadır. Çünkü özellikle şahsî statü meselelerinde, ilgili şahsın mensubu bulunduğu mezhebin hukukunu tatbik eden devletler bugün de[44] mevcuttur.

> Bazı islâm ülkelerinde hususî hukuk şahıs gruplarına göre farklılık göstermektedir. Meselâ Suriye, Lübnan ve İran'da, aynı ölçüde olmamakla beraber, özellikle şahıs, aile ve miras hukukunda müslümanlar, hıristiyanlar ve yahudiler için farklı hususî hukuklar yürürlüktedir. Benzer durum Libya ve İsrail'de de vardır. Fas'da islâm hukuku, daha yumuşatılmış şekliyle hıristiyanlar için de uygulanır. Tunus, Mısır ve Irak ise farklı ölçülerde hukuklarını birleştirmiş durumdadırlar.
>
> Hinduların çoğunlukta olduğu Hindistan ile islâm hukukunun hâkim bulunduğu **Bangla Deş ve Pakistan**'da mensup olunan dine göre farklı hukuklar, özellikle farklı aile ve miras hukuku yürürlüktedir. Hindû grupları içerisinde hususî hukuk kastlara, soylara ve hatta ailelere göre ayrılır; ayrıca bölgeler bakımından da bir ayırım görülür. Buna ilâve olarak, bilhassa borçlar ve aynî haklar alanında İngiliz kökenli bir hukuk da etkilidir.

Şahıslararası hususî hukuk belirli hayat ilişkilerinde aynı devlet içerisinde yürürlükte olan genel hukuk nizamının veya özel bir hukuk nizamının tatbikini düzenleyen hukuk kaidelerinden ibarettir. Bu sebeple burada da genel anlamıyla kanunlar ihtilafı kaideleri söz konusudur. Ancak belirli bir devletin hukuk nizamının tatbiki gerekeceği tesbit edildikten sonra, o hukuk nizamı içerisinde uygulanacak maddî hukuk kaidelerini göstermek şahıslararası hukukun görevi olmaktadır. Bu bakımdan, şahıslararası hususî hukuk *"milletlerarası"* bir niteliğe sahip değildir[45].

> **Misal :** Musevî dinine mensup bir İranlı Türkiye'de menkul mallar bırakarak ölüyor. Türk devletler hususî hukukuna göre (MÖHUK m. 22), Türk mahkemesi menkul tereke hakkında İran hukukunu tatbik edecektir. İran hukuku "ekalliyet mezheplerinden birine bağlı bir şahsın" menkul terekesini özel hükümlere, yani o mezhebe mensup olanlar için geçerli hukuk nizamına tâbi tutar (İran Medenî Kanununa EK Kanun). Musevî İranlının İran hukukunda özel bir statüye tâbi tutulup tutulmayacağı İran hukuku tarafından (şahıslararası hususî hukukça) cevaplandırılmaktadır[46].

---

44) Türk Anayasa Mahkemesi, 16.01.1998 tarihli Kararında (E.1997/1-K.1998/1: RG. 22.02.1998-23266), "bireylerin inançları nedeniyle farklı hukuka bağlı olmalarına yol açacak *çok hukukluluğun* dinî ayırımcılığa neden olacağı, akıl ve çağdaş bilime dayalı lâik düzeni sarsacağı", bu sebeple Türk Anayasasının laiklik prensibiyle bağdaşmadığı görüşünü ifade etmiştir.

45) Ayrıca bkz. NEUHAUS Grundbegriffe 1976 318 vd..

46) Yar. 2. HD., 15.10.1968 (YAZICI / ATASOY 791-793).

4. Zamanlararası Hususî Hukuk

Devletler hususî hukuku ile bölgelerarası hususî hukukta aynı zaman içerisinde yan yana yürürlükte bulunan hukuk nizamları söz konusudur. Buna mukabil zamanlararası hususî hukukta aynı ülke içerisinde birbirini *takiben* yürürlüğe girmiş olan eski ve yeni hukuk nizamları arasında kanunlar ihtilafı ortaya çıkmaktadır. Şu halde birbirini takiben yürürlüğe girmiş olan eski ve yeni hukuk nizamlarından hangisinin tatbik edileceğini tesbit eden kaideler *zamanlararası (intertemporal) hususî hukuku* teşkil eder. Bu kaideler de *"intikal hükümleri"* olarak, hayat ilişkisini doğrudan doğruya hükme bağlamazlar, fakat hükme bağlayacak eski veya yeni maddî hukuk kaidelerini gösterirler.

Misal : Medenî Kanunun yürürlüğe girmesinden önce, şer'i hükümlerin mer'i olduğu devirde nikâh dışı doğan bir çocuğun Medenî Kanunun yürürlüğü sırasında baba aleyhine açtığı babalık davasında tatbik edilecek hukuku Medenî Kanunun tatbik şekli hakkındaki Kanun hükümleri (intikal hükümleri veya zamanlararası hususî hukuk kaideleri) gösterir. Bu hükümlere göre nikâhsız doğan çocuk, eski kanunun tanıdığı davaları ikame edebileceğinden (m. 14) ve eski hukukta babalık davası tanınmadığından davanın reddi gerekir[47].

Ayrıca, kanunlar ihtilafı kaidelerinde kullanılan bağlanma noktalarını belirli bir zamana bağlayan bir hüküm de "intikal hükmü" niteliğindedir. Bu bakımdan yetkili hukukun vatandaşlık, ikametgâh veya mutad mesken esaslarına göre tayin edildiği hallerde aksine hüküm olmadıkça **dava tarihindeki** vatandaşlığı, ikametgâhı veya mutad meskeni esas alan hüküm de (MÖHUK m. 3) bir intikal hükmüdür. Aynı şekilde, kanunlar ihtilafı kaideleri aynı zamanda istisnaî nitelikteki intikal hükümlerine sahip olabilirler. Meselâ MÖHUK m. 12 I, m. 14 I, m. 15, m. 16 I, m. 18 I ve m. 22 V'de yer alan hükümler bu niteliktedir.

Devletler hususî hukuku kaidelerimize göre yabancı *hukukun* tatbiki gerekiyor ve hayat ilişkisi bu yabancı hukukun hem yeni hem de eski hukuku ile irtibata sahip ise, yeni yabancı hukukun mu yoksa eski yabancı hukukun mu tatbik edileceği yabancı zamanlararası hukuk kaidelerine göre tesbit edilecektir[48].

Zaman içerisinde birbirini takiben kanunlar ihtilafı kaideleri de değişebilir. O takdirde eski kanunlar ihtilafı kaidesinin mi yoksa yeni kanunlar ihtilafı kaidesinin mi tatbik edileceğini öncelikle halletmek gerekebilir. Böyle durumlarda özel intikal hükümleri[48a] yoksa, umumî zamanlararası hukukun kaideleri kıyasen uygulanır. **Türk hukukunda** kanunlar ihtilafına ilişkin özel intikal hükümleri mevcut olmadığına göre, genel nitelikteki intikal hükümleri, yani 864 sayılı Tatbikat Kanunu (Kanunu Medeninin Sureti Mer'iyet ve Şekli Tatbiki Hak-

47) Yar. 2. HD., 26.11.1970 (RKD 2/1971 13 vd.); bak. Yar.HGK., 30.6.1993 (İKİD 394/1993 9821).

48) Bu sonuç doktrinde münakaşa edilmektedir; bkz. MAKAROV Grundriss 90 vd..

48a) Meselâ Alman hukukunda (EGBGB m. 220); İsviçre hukukunda (IPRG m. 196-199).

kında Kanun) yürürlükten kalkmış bulunan Muvakkat Kanun ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkındaki Kanunun tatbikat alanlarını belirleyecektir. Buna göre (m. 1), yeni Kanunun yürürlüğünden önce tamamlanmış olan olaylara, meselâ evlenme aktine veya boşanmaya, bu yeni Kanunun tatbiki söz konusu olamaz. Buna mukabil **devamlı ilişkilerde** ilişkinin meydana gelişi ile muhtevası birbirinden ayrı düşünülmek gerekir. Yeni Kanunun yürürlüğünden önce yapılmış olan bir evliliğin geçerli olup olmadığı şüphesiz eski Kanunun yani Muvakkat Kanununun hükümlerine göre tesbit edilir. Ancak eşlerin karşılıklı hak ve mükellefiyetleri, meselâ bakım borcu, yeni Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yeni Kanunun hükümlerine tâbi olur. Diğer yandan yine Tatbikat Kanunu gereği (m. 3 ve m. 4), yeni Kanunun yürürlüğünden önce meydana gelmiş olsalar dahi tarafların iradelerine bırakılmamış konular, daha önce bir önmesele olarak karara bağlanmıyacaklar ise, yeni Kanunun yürürlüğünden sonra yeni Kanuna tâbi olarak çözüme bağlanırlar. Meselâ yeni Kanunun yürürlüğünden sonra ikame edilen bir babalık davasında uygulanacak hukuku yeni Kanunun hükümleri tayin edecektir. Kadın ve erkek arasındaki evliliğin geçerliliği ise eski Kanunun gösterdiği hukuka göre önmesele olarak halledilecektir. **Milletlerarası Usul Hukuku alanında** da aynı esas geçerli olur[48b]. Şu halde, zamanlararası hukuka ait hükümler önce uygulanması gereken kanunlar ihtilafı kaidelerini tayin ediyorlar, bu tayinden sonra da yetkili kanunlar ihtilafı kaidelerince tatbiki gerekli maddî hukuk kaideleri tesbit ediliyor.

Hakkında hüküm verilecek olan bir hayat ilişkisi hem devletler hususî hukuku kaidelerinin hem de zamanlararası hukuk kaidelerinin dikkate alınmasını gerektirebilir. Böyle durumlarda hâkim görüş, prensip olarak, zamanlararası düzenlemeye öncelik verilmesi gerektiği fikrindedir. Gerekçe olarak, diğer hal şeklinin, yani ilk olarak devletler hususî hukuku kaidelerinin dikkate alınmasının haksız ve uygun olmayan sonuçlara sebebiyet vereceği ileri sürülmektedir[49].

Eski ve yeni hukuktan hangisinin tatbik edileceği devletler hususî hukuku alanında da ortaya çıkabilir. Çünkü devletler hususî hukukunun bağlanma noktaları çoğunlukla **değişkendir.** Meselâ şeyler üzerindeki haklar şeyin o anda bulunduğu yer hukukuna tâbidir. Bir şey bir ülkeden diğerine geçtiğinde, yeni bir hukuka tâbi olur. Bu, eski ve yeni hukukun birbirini takiben yürürlüğe girmesiyle ortaya çıkan durumun tamamen aynısıdır. Devletler hususî hukukunun bu nev'i **statü değişiklikleri ("conflit mobile")** de zamana bağlı çözümleri gerektirmektedir.

5. Statü Değişikliği ("conflit mobile")

1. *Statü değişikliği* tatbiki gerekli maddî hukuk nizamının değişmesini ifade eder. Statü değişikliğine, genellikle, kanunlar ihtilafı kaidesince yetkili

48b) Bkz. ileride s. 385 n. 237.

49) Buna ilişkin misaller için bkz. DÖLLE IPR 8 vd..

hukuk nizamının tayini için kullanılmakta olan bağlanma noktalarının, meselâ menkul bir şeyin *bulunduğu yerin* veya *şahsın vatandaşlığının* veya *ikametgâhının* değişmesi sebep olur.

Misal : Menkul bir şeyin aynına ilişkin haklar, o şeyin bulunduğu ülke kanunlarına göre elde edilir. Almanya'da bulunan bir şey Türkiye'ye getirilirse, o zamana kadar tatbik edilmekte olan Alman hukuku yerine Türk hukuku geçer. Böylece o şeyin tâbi olduğu hukuk (statü) değişmiş olur.

Statü değişikliğinde ortaya çıkan mesele, belirli hayat ilişkisine, değişiklikten sonra hangi hukuk nizamının, hangi ölçüde hâkim olacağıdır. Değişiklikten *önce*, tâbi bulunduğu hukuka uygun olarak hükme bağlanmış olay ve ilişkiler konusunda bir güçlük yoktur. Olay veya ilişkinin meydana geldiği anda o olay veya ilişkiye hâkim olan hukuk nazara alınır.

Misal : Fransa'da bulunan bir tablonun mülkiyeti satış akdi yoluyla alıcıya intikal ettiriliyor. Tablo daha sonra Türkiye'ye getiriliyor. Türk mahkemesi mülkiyetin alıcıya geçip geçmediği hakkında karar vermek durumunda kalırsa, temlik muamelesi Fransız hukukuna göre hükme bağlanacaktır.

2. Henüz hukuken tamamlanmamış olan olay veya ilişkilerde durum farklıdır. Statü değişikliğinin söz konusu olduğu olay veya ilişkide zaman içerisinde tekrardan hukukî durumlar, özellikle haklar ve borçlar doğuran, yani *devamlılık* gösteren bir münasebet mevcut ise *yeni statü* kendiliğinden (ex nunc) tatbik hakkına sahip olur.

Misal : Yabancı karı koca Türk vatandaşlığına geçmişlerse, Türk vatandaşlığını kazandıkları andan itibaren aralarındaki şahsî-hukukî münasebetler Türk hukukuna tâbi olur.

Menkul mülkiyetinin zamanaşımı ile iktisabında da, statü değişikliğinin etkisi prensip olarak aynı esaslara tâbidir[49a].

3. Bir hukukî ilişki statü değişikliğinden önce belirli hukukî neticeler hasıl etmiş, ancak statü değişikliğinden sonra *diğer* hukukî sonuçlar ortaya çıkmış ise, genel kaide eskilerin önceki hukuka, yenilerin de yeni hukuka göre halledilmesidir.

Misal : Bir yabancı bir vasiyetname tanzim etmiş ve daha sonra tabiiyetini değiştirmiş ise, bu vasiyetname tanzim tarihinde hâkim olan hukuka mı yoksa ölüm anında yürürlükte olan hukuka mı tâbi olacaktır? Vasiyetnamenin muteberliği, tanzim edildiği tarihte tâbi olduğu hukuka göre tesbit edilmek, buna mukabil vasiyetnamenin hukukî sonuçları (muhtevası - hükümleri) "yeni" miras hukukuna tâbi kılınmak gerekir.

Bu genel kaide değişikliklere uğrayabilir. Bu değişikliğe ya pozitif hu-

49a) Bkz. ileride s. 253 vd..

kuk veya kamu düzeninin müdahalesi sebep olur. Meselâ bir hukuk nizamı geçmişte meydana çıkmış olan olay veya ilişkilerin, eski statüye göre düzenlenmesinin âdil olmıyacağı görüşüyle, yeni statüye uygun olarak hükme bağlanacağını söyleyebilir. Veya karışık bir hukukî ilişki için hukukî güvenliği sağlamak üzere belirli bir bağlanma anının tekmil durumlar için gerekli olduğundan hareket edebileceği gibi eski statünün değişmezliğini de kabul edebilir.

Misaller : Yetkili hukukun vatandaşlık, ikametgâh veya mutad mesken esaslarına göre tayin edildiği hallerde, aksine hüküm olmadıkça, dava tarihindeki vatandaşlık, ikametgâh veya mutad mesken esas alınır (MÖHUK m. 3; ve ayrıca m. 12 I, m. 14 I, m. 15, m. 16 I, m. 18 I, m. 22 V).

Kişinin millî kanunu ile kazandığı rüşt hali vatandaşlığın değişmesi ile sona ermez (MÖHUK m. 8 III). Bununla beraber böyle bir düzenlemede genel kaidenin teyidi de görülebilir; geçmişte meydana gelmiş hukukî bir durum için eski statünün değişmezliği esas alınmıştır.

Genel kaidenin tatbiki kamu düzenini ihlâl edici bir sonuç hasıl ediyor ise bundan vazgeçilir.

Misal : Millî hukukuna göre çok evlilik içerisinde yaşayan bir şahıs daha sonra Türk hukukunun hâkimiyeti altına geçerse, önceki statüsüne göre meydana gelmiş olan ve çok evliliğin gereği şahsî - hukukî hükümler Türkiye'de tatbik edilmeyebilir.

§ 2. DEVLETLER HUSUSÎ HUKUKUNUN KOMŞU ALANLARI

I. KAMU HUKUKUNA GİREN KOMŞU ALANLAR

1. Milletlerarası Medenî Usul Hukuku[50]

1. Yabancı unsurlu olay ve ilişkiler, uygulanması gerekli maddî hukuka ait problemler yanında, usul hukukuna ait problemlerin de ortaya çıkmasına sebep olurlar: milletlerarası bağlantıları bulunan hukukî ihtilaflarda Türk mahkemelerinin davaya bakma yetkisi var mıdır? Yabancı davacı dava masrafları için teminat gösterecek midir? Veya adlî yardım yabancılar için de söz konusu olabilir mi? Yabancı devlet vatandaşlarının dava ehliyeti veya taraf olma ehliyeti hangi hukuka göre tayin edilecektir? Yabancı bir kanun Türk mahkemelerinde tatbik edilebilir mi, edilebilme imkânı varsa nasıl ve hangi usul içerisinde ele alınır? Yabancı bir mahkeme kararı Türkiye'de tanınabilir ve icra edilebilir mi? İşte bu gibi dava taraflarına veya yabancı ülkeyle irtibatlı olay ve ilişkilere ait olarak ortaya çıkan medenî usul hukuku meselelerini çözümleyen usul kaidelerinin bütünü *milletlerarası medenî usul hukuku* olarak isimlendirilir. Devletler hususî hukuku tatbik edilecek hukuk problemlerini kendisine konu alırken, milletlerarası medenî usul hukuku özellikle mahkemelerin yetkisi meseleleri, yabancı mahkeme kararlarının tanınma ve tenfizi meseleleri, mahallî mahkemelerde yabancıların hukukî durumuna ait meseleler ve nihayet milletlerarası adlî yardım konuları ile meşgul olmaktadır. Kısaca[51], devletler hususî hukuku çeşitli hukuk nizamlarının yan yana bulunmasından, milletlerarası medenî usul hukuku ise çeşitli mahkeme teşkilâtlarının yan yana bulunmasından doğan meseleleri halleder.

---

50) Milletlerarası medenî usul hukuku ile birlikte milletlerarası iflâs hukuku ve milletlerarası ceza usul hukuku **milletlerarası usul hukukunu** oluşturur.

51) NEUHAUS Internationales Zivilprozessrecht und Internationales Privatrecht: RabelsZ 20 (1955) 203. Ayrıca bkz. RIEZLER I vd.

Tatbikatta devletler hususî hukuku ile milletlerarası medenî usul hukuku arasında çok sıkı bir bağlantı mevcuttur. Mahkemenin yetkisine ilişkin mesele devletler hususî hukukuna ait bir ihtilafın halledilebilmesi için öncelikle çözümlenmelidir. Türk mahkemesine arzedilmiş olan yabancılar arasındaki bir boşanma davasında karara varabilmek önce Türk mahkemesinin bu boşanma davasında yetkili olmasına bağlıdır. Mahkeme kendisini milletlerarası medenî usul kaidelerine göre yetkili gördükten sonra devletler hususî hukuku kaidelerine göre bu boşanma davasında tatbik edilecek hukuku tesbit edecektir.

2. Milletlerarası medenî usul hukukunda *ihtilafsız kaza* özel bir yere sahiptir. İhtilafsız kaza, kendisine tâbi kılınan hayat ilişkilerinin mahkemenin müdahalesiyle yeni şekiller alması veya farklı bir düzenlemeye uğraması ile de[52] belirlenir. Misal olarak terekenin muhafazası ve hak sahiplerine ulaşmasını temin için hâkimin alacağı tedbirler (MK m. 531), veraset senedi verilmesi, vesayet altında bulunanın kanunî temsilcisi sıfatıyla vasî tarafından yapılan hukukî muameleler için vesayet mahkemelerinin izni (MK m. 405, 406) zikredilebilir[52a]. Ve meselâ yabancı hukukun tatbikini gerektiren yabancıya ait bir menkul tereke veya vesayet altında bulunan bir yabancı söz konusu olduğunda Türk hâkimi ihtilafsız kaza konusuna giren ve yabancı hukuka tâbi tutulmuş bulunan birtakım tedbirleri almak durumundadır. Burada güçlüklerin doğması normaldir. İhtilafsız kaza hukukuna ait tedbirlerde işin mahiyetine uygun olarak şeklî hukuk ile maddî hukuk arasında çok sıkı bir irtibat mevcuttur. Bu bakımdan eğer Türk hâkiminin tâbi olduğu usul hukuku, yabancı maddî hukukun hizmetine verilirse, birçok aksaklıklar meydana gelir. Çünkü bu usul hukuku yabancı bir maddî hukuk için düzenlenmiş değildir.

Misal : Türkiye'de bulunan menkul tereke ölenin millî hukukuna tâbidir. Eğer ölen İngiliz vatandaşı ise, mirasın mirasçılara intikali İngiliz hukukuna göre olacaktır. İngiliz hukukuna göre intikal mirasçılara doğrudan doğruya olmaz, önce tereke hâkimi tarafından terekenin tasfiyesi ve kalanı mirasçılara taksim etmek üzere bir terekeyi idare memurunun tayini gerekir. Şimdi, veraset senedi nasıl formüle edilecektir? Türk hâkimi Türkiye'de bulunan menkul tereke bakımından maddî hukukunun tanımadığı ve bu sebeple usulünü de düzenlemediği bir müessese karşısında ne yapabilecek, yani terekeyi idare memuru tayin edebilecek midir?

İhtilâfsız kaza devletler hususî hukuku alanında şimdiye kadar teferruatlı ve sistematik bir incelemeye tâbi tutulmamıştır. Yabancı hukuklarda henüz birkaç temel problemin izahı yapılabilmiştir. Türk devletler hususî hukuku ise bundan da mahrumdur.

52) İhtilâfsız kazayı belirleyen diğer kıstaslar için bkz. KURU Nizasız Kaza 1961 15 vd..

52a) Diğerleri için bkz. KURU Freiwillige Gerichtsbarkeit im türkischen Recht, Fadıl H. Sur'un Anısına Armağan 1983 401 vd..

İhtilafsız kazada en önemli konu **milletlerarası yetki** meselesidir. Bu yetki mahallî mahkeme veya makamların ihtilâfsız kazaya ait bulunan bir işi ele alıp alamıyacaklarını ve ne zaman ele alabileceklerini gösterir[53]. Genellikle bu konuda sarih, genel bir kanunî düzenleme yoktur. İhtilafsız kazanın kanunî veya milletlerarası sözleşmelere dayanan özel düzenlemelerin bulunmadığı bazı alanlarında teamül hukukuna ait kanunlar ihtilafı kaideleri gelişmiştir[54]. Prensip olarak hâkimin alması gerektiği tedbirler yabancı hukuka göre hükmedilmesi gereken bir işe ait bulunuyor ve maddî hukuk ile usul hukukunun **paralelliği**, yani birbirinden ayrılmazlığı işe hâkim ise, sadece, maddî hukuku tatbik edilmesi gereken devletin mahkeme veya makamlarının yetkili olacağı kabul edilmektedir[55]. Zira bu işlerde maddî hukuk ve yetki birbirinden ayrılamamaktadır. Bunun dışında meselâ İngiliz hukukuna göre "tereke idare memuru" tayini gibi hâkimin kendi hukukunun tanımadığı ve "özü itibariyle yabancı" bir iş söz konusu olduğunda da yine aynı prensip geçerli olmaktadır. İhtilafsız kaza hukukuna ait mahkeme karar ve tedbirlerinin tanınması ise genel olarak yabancı mahkeme kararlarının tanınması bahsinde tetkik edilmektedir.

2. Diğerleri

1. Türk hâkimi hiçbir zaman yabancı bir ceza hukukunu tatbik edemiyeceğinden, bir *milletlerarası ceza hukukundan* da bahsetmek doğru değildir. Gerçi ceza hukuku alanında da kanunlar ihtilafı kaideleri mevcut olabilir. Ve bu kaideler ceza hukukuna ait maddî kaidelerin tatbik alanını tayin edebilirler. Meselâ Türk Ceza Kanununda olduğu gibi, Türk ceza hukukunun tatbiki, yabancı memlekette işlenmiş bir fiilin o memleket kanunlarına göre de cezayı gerektirmiş olması şartına bağlı kılınabilir (m. 5 III). Veya yabancı memlekette işlenmiş bir fiile Türk Ceza Kanununun ne zaman tatbik edileceği gösterilebilir (m. 5 I ve II). Veya işlenmiş bir suça ceza tayininde yabancı ceza hukukundaki ceza miktarları dikkate alınabilir (m. 10a). Bütün bu kaideler ceza hukukuna ait tipik kanunlar ihtilafı kaideleridir. Çünkü işlenen fiili doğrudan doğruya cezalandırmamakta, ceza hukukuna ait maddî kaidelerin tatbik alanlarını tayin etmektedirler. Ancak dikkatten kaçırılmaması gereken şudur ki, bütün bu nevi hükümler sadece mahallî ceza kanunlarının tatbik şartlarını veya alanlarını tayin ederler. Halbuki gerçek ve fiili bir "milletlerarası ceza

53) DÖLLE IPR 19.

54) FIRSCHING Einführung 1981 108.

55) Bkz. NOMER İhtilâfsız Kaza 545 vd. İtalyan pasaport hukuku, çocuk sahibi eşler arasında ihtilaf çıkması halinde, pasaport alma iznini vesâyet mahkemelerinin yetkisine verdiği için, Alman vesâyet mahkemesi de, bir İtalyana bu izni verme hususunda -hem de yabancı bir ülkenin kamu hukukuna ait böyle bir konuda- kendisini yetkili kabul edebilmiştir (AG Weinheim, 25.1.1994: IPRax 5/1994 371).

hukukunun" ortaya çıkması, mahkemelerin yabancı memleketlerde ika edilen fiilleri yabancı ceza hukukuna göre cezalandırabilmelerine bağlıdır.

2. İdare hukuku alanında da milletlerarası bağlantılara sahip olay ve ilişkilerde idare hukuku hükümlerinin tatbik alanı hakkında tereddütler doğabilir. Bu tereddütleri kaldıran kaideler de *milletlerarası idare hukukunun*[56] kanunlar ihtilafı kaideleridir. Meselâ Türkiye'de bulunan yabancı çocukların ilköğretim mecburiyetine[57] tâbi olup olmıyacağı meselesi hukuk kaidelerinin, yani idare hukukuna ait hükümlerin tatbik alanına ilişkin bir meseledir. Bunu halleden kaideler de idare hukukuna ait kanunlar ihtilafı kaideleri niteliğindedir.

3. *Vatandaşlık hukuku* devletler hususî hukuku için büyük öneme sahiptir, zira bir şahsın şahsî hukukunun tatbiki çoğu kere onun vatandaşlığına bağlıdır. Ancak bir şahsın belli bir devletin vatandaşı olup olmadığı meselesi devletler hususî hukukunun cevaplandıracağı meselelerden değildir. Bir şahsın vatandaşlığını tayin, vatandaşlığı söz konusu olan devletin hukukuna ait bir yetkidir. Bu prensip belirli bir olayda vatandaşlık hakkında hangi devlet hukukunun tatbik edileceğini göstermesi bakımından kanunlar ihtilafı hukukuna ait bir kaide niteliğindedir[58].

4. Vergi kanunlarının tatbik alanını gösteren hukuk kaideleri dikkate alınırsa *milletlerarası malî hukuktan* da sözedilebilir. Meselâ Gelir Vergisi Kanunu Türkiye'de yerleşmiş olanların veya belirli şartlarla yabancı memleketlerde oturan Türk vatandaşlarının gelir vergisi kanununa tâbi olduğuna dair bir hüküm (m. 3) getirmiş ise, bununla kendi hükümlerinin tatbik alanını tayin etmiş olmaktadır.

5. Ve nihayet devletler hususî hukuku alanına giren hukukî münasebetlere *devletin politik ve ekonomik müdahalesi* (döviz mevzuatı, milletlerarası istimlâk hukuku, dış ticaret hukuku, milletlerarası kartel hukuku) gittikçe büyüyen bir önem kazanmıştır. Bu nevi hukukî münasebetleri hükme bağlamak durumunda olan hâkimin yabancı devlete ait tedbirleri hiç dikkate almaması mümkün değildir; zira eğer milletlerarası nizam gözönünde bulundurulmak isteniyorsa, yabancı devlet müdahalelerinin belirli bir ölçüde kabul edilmesi de gerekmektedir[59]. Bu bakımdan müdahale teşkil eden yabancı devlet tedbir-

56) Bkz. NEUMEYER Internationales Verwaltungsrecht 1936 IV 1 vd.; VOGEL Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm 1965.

57) 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu m. 2.

58) NOMER Vatandaşlık Hukuku[12] 1999 24 vd.. Ve bu prensibin kanunlar ihtilâfı hukuku karakteri hakkında özellikle MAKAROV Allgemeine Lehren des Staatsangehörigkeitsrechts 1962 164 vd..

59) DÖLLE IPR 5.

leri için özel ihtilaf kaideleri gelişme yolundadır. Meselâ milletlerarası istimlâklerde, herşeyden önce, yabancı devletin yetkisi içerisinde kalıp kalmadığı, yani kendi ülkesinde bulunan şeylerin istimlâk edilmiş olup olmadığı üzerinde durulur[60].

Görülüyor ki, hususî hukuka ait kanunlar ihtilafı kaideleri yanında kamu hukukuna ait kanunlar ihtilafı kaideleri de vardır. Ancak ikisi arasındaki çok önemli bir farkı daima hatırda tutmak gerekir. Devletler hususî hukuku kaideleri daha önce de belirtildiği üzere, hem mahallî hukukun hem de yabancı hukukun tatbikini emretmektedir. Böylece devletler hususî hukuku kaideleri yalnız kendi hukukunun değil, aynı zamanda bir bakıma muhtemelen yabancı hukukun da tatbik alanını çizmiş olmaktadır. Eğer bir şahsın ehliyetinin millî hukukuna göre tayin edileceği hükmü (MÖHUK m. 8) getirilmiş ise, bir Alman söz konusu olduğunda Alman hukukunun da tatbik alanı gösterilmiş olmaktadır. Diğer bir söyleyişle hususî hukuka ait kanunlar ihtilafı kaideleri yalnız tek taraflı olmamakta, bazen de çok taraflı olabilmektedir.

Buna mukabil kamu hukukuna ait kanunlar ihtilafı kaideleri **kaideten**[61] kendi hukukunun tatbik alanını çizer, yabancı hukukla ilgilenmez. Şu halde kamu hukukunun kanunlar ihtilafı kaideleri kaideten tek taraflı kanunlar ihtilafı kaideleridir.

II. YABANCILAR HUKUKU

Yabancılar hukuku ile yabancıları özel muameleye tâbi tutan hukuk kaidelerinin bütünü anlaşılır. Özel bir muamelenin tesis edilmediği diğer hususlarda *genellikle* yabancılar ile yerliler arasında bir fark yaratılmamıştır. Yabancılar hukuku bir kanunlar ihtilafı hukuku değildir. Doğrudan doğruya yabancıların hukukî durumunu düzenler, meselâ yabancının gayrimenkul iktisabını yerlilerden farklı şartlara tâbi kılar, bu sebeple maddî hukuk kaideleridir-

60) Kartel hukuku alanında millî maddî hukukun rekabet tahditlerine tatbik edilip edilemiyeceği bir mesele teşkil eder. Bu yönde Alman hukukunda Rekabet Tahditlerine İlişkin 27.7.1957 tarihli Kanunda şu hüküm yer almaktadır (§ 98): "Bu Kanun, bu Kanunun yürürlük alanı dışında meydana gelmiş olsa dahi, bu Kanunun yürürlük alanında tesirini gösteren tekmil rekabet takyitlerine tatbik edilir.".

61) Mevcut milletlerarası ceza hukukuna ait kaidelerin dahi mutlaka tek taraflı olabileceğini iddia etmek doğru değildir. Meselâ 21.12.1937 tarihli İsviçre Federal Ceza Kanunu şu hükme sahiptir (m. 5) : "Yabancı ülkede bir İsviçreliye karşı bir suç işleyen kimse, fiilin işlendiği yerde de cezayı müstelzim olması şartıyla, İsviçre'de bulunması ve yabancı ülkeye iade edilmemesi veya bu fiil sebebiyle İsviçre'ye gönderilmesi halinde, İsviçre kanununa tâbi olur. Daha az ceza veriliyor ise, fiilin işlendiği yer hukuku tatbik edilir". Bu, bu konuda verilebilecek tek misali teşkil etmemektedir. Benzer misaller için bkz. STAUBACH Die Anwendung ausländischen Strafrecht durch den inländischen Richter 1964, 121 vd.. Kamu hukukuna ait kanunlar ihtilâfı kaidelerinin tek taraflılığı prensibinin vatandaşlık hukuku bakımından bir istisnası da, vatandaşlığı tayin eden hukukun vatandaşlığı söz konusu olan devletin hukuku olması kaidesi ile ortaya çıkmaktadır; bkz. NOMER Vatandaşlık Hukuku[12] 1999 22 vd..

ler. Şu halde yabancılar hukukuna ait kaidelerin tatbiki öncelikle mahallî hukukun tatbik edilmesi şartına bağlı kalır.

Yabancılar hukukuna ait hükümler çeşitli hukuk alanlarına, meselâ hususî hukuka, usul hukukuna, idare hukukuna ait olabilir. Yabancının taraf olduğu veya iştirak ettiği hukukî bir münasebete, evvelâ tatbik edilecek maddî hukuk kanunlar ihtilafı kaideleri yardımıyla tayin edilir. Ancak bundan sonra ve bundan tamamen bağımsız olarak hâkim için yabancılar hukukuna ait maddî hükümlerin dikkate alınıp alınmıyacağı meselesi ortaya çıkar. Ve bu meseleyi de ekseriya sözü edilen yabancılar hukukuna ait maddî kaideler bizzat halleder.

Misal : Türkiye'de ikamet eden bir Alman vatandaşı köy dışında kalan müstakil bir çiftlik satın almak istiyor. Önce hangi hukukun bu satım akdine tatbik edileceği meselesinin halli gerekir. Cevabı Türk hukuku olarak verdikten sonra yabancılar hukukuna ilişkin Türk maddî hukuk hükümlerinin tatbiki söz konusu olur. Tapu Kanununun 36 ncı maddesinin yabancılar için aradığı Bakanlar Kurulunun **İzni** bir yabancılar hukuku kaidesi olarak nazara alınır.

Kanunlar ihtilafı kaidelerinin yabancı bir hukukun tatbikini emretmesi hallerinde de mahallî yabancılar hukukuna ait hükümler himaye ettikleri kamu menfaatleri sebebiyle ekseriya yine tatbik edilmektedirler. Bunun sonucu tatbikatta devletler hususî hukukuna ait meseleler ile yabancılar hukukuna ait meseleler arasında sıkı bir temas hali gözükmektedir.

Misal : Yabancı hükmî şahısların hukukî durumlarının tesbitinde önce bir hükmî şahsın hakka ehil olup olmadığını tayin etmek gerekir. Bu hükmî şahsın hakka ehil olup olmadığını gösteren hukuku bildirmek ise kanunlar ihtilafı kaidesinin görevidir. Kanunlar ihtilafı kaidesinin bildirdiği hukuk bir yabancı hukuk olabilir. Diğer taraftan mahallî hukuk yabancı hükmî şahısların ekonomik faaliyetlerini kısıtlayıcı hükümlere sahip olabilir. Bunlar da mahallî yabancılar hukukuna ait kaidelerdir ve kamu menfaati gereği (veya doğrudan doğruya uygulanan maddî hukuk kaideleri olarak) tatbik edilirler. Böyle olunca yabancı hükmî şahsın, meselâ bir ticaret şirketinin hak ehliyeti bir yandan kanunlar ihtilafı kaidesi ve bunun tayin ettiği yabancı bir hukukun maddî kaidelerine öte yandan hükmî şahısların faaliyeti hakkındaki mahallî yabancı hukuk kaidelerine tâbi olurlar. Ancak teorik olarak bu iki çeşit hukuk kaidelerini birbirine katiyen karıştırmamak gerekir[62].

III. DEVLETLER HUKUKU

Devletler hususî hukuku *milletlerarası* bir hukuk değildir, bir ülke içi hukuktur. Bir devletin kendi devletler hususî hukukunu milletlerarası sözleş-

62) Bu bakımdan da yabancılar hukukunu vatandaşlık hukuku ile birlikte devletler hususî hukuku içerisinde mütalâa eden Fransız hukukunun anlayışı doğru değildir; bkz. yukarıda s. 7, n. 8.

melere dayanarak tesis etmesi veya bir kanunlar ihtilafı kaidesinin muhtevaca doğrudan doğruya devletler hukukunun genel kaidelerinden elde edilmesi[63] devletler hususî hukukunun iç hukuk olma durumunu değiştirmez. Her devlet kendi devletler hususî hukuku kaidelerini, bu kaideler ister kanun koyucu tarafından konulsun isterse teamül hukuku olarak ortaya çıksın, bizzat tesbit eder. Yabancı hukuk nizamlarıyla belirli ilişkilere sahip bulunan tekmil hukuk kaidelerinde olduğu gibi, devletler hususî hukuku için de devletler hukuku ile temas halinde bulunmasından doğan problemler mevcuttur. Fakat bunun dışında devletler hususî hukuku devletler hukuku ile diğer hukuk alanları için söz konusu olmayan bazı *özel ilişkilere* sahiptir.

1. Devletler Hukuku ile Devletler Hususî Hukuku Arasındaki Sınır İlişkisi

Devletler hukukunun devletler hususî hukukuna bir sınır çizip çizmediği konusunda fikir birliği yoktur.

> Bazıları böyle bir sınırın mevcudiyetini tamamen reddetmektedirler. Bunlara göre, bir iç hukuk olan devletler hususî hukukuna ait kaidelerin konmasında her devletin sınırsız bir yetkisi vardır[64].
>
> Buna mukabil, kanunlar ihtilafı hukukunun milletlerarası niteliğini savunan fikrin kurucusu olarak **Savigny** gösterilir. Onun meşhur eserinde yaptığı izahlardan[65], kanunlar ihtilafı kaidelerinin muhtevalarının "devletler hukuku topluluğu" anlayışından hareketle tayin edileceği ve her devletin devletler hususî hukukunu bu topluluk ruhu içerisinde meydana getirmesi gerekeceği sonucuna ulaşılmaktadır. Burada ayrıca devletler hukukuna ait bulunan ülke ve şahıs üzerindeki hâkimiyet prensiplerinden, devletler hususî hukukunu tüm ayrıntılarıyla düzenleyen bir sistem oluşturmak isteyen *Zitelmann doktrini*[66] ile devletler hususî hukukunu yerine getirdiği milletlerarası görevi itibariyle milletlerarası hukuk nizamının bir parçası olarak mütalâa eden *Anzilotti*[67] ve *Scelle*[68] *doktrini* de zikredilmelidir.

63) Hatta devletler hukukunun genel kaidelerini federal hukukun bir parçası olarak kabul eden Alman Anayasası hükmüne (m. 25) rağmen Alman hukuku için de aynı görüş geçerlidir; DÖLLE IPR 15. Türk hukuku bakımından bkz. Anayasa m. 90 V.

64) FISCHER Die Methode der Rechtsfindung im internationalen Recht: Jherings Jahrbücher 65 (1915) 125 vd.; RUNDSTEIN La structure, du droit international privé et ses rapports avec le droit des gens: Revue de droit international et de législation comparée 63 (1936) 318 vd..

65) von SAVIGNY System des heutigen Römischen Rechts VIII 1949 27 (yeni baskı : 1956).

66) ZITELMANN IPR I 71 vd.

67) ANZILOTTI Ctudi critici di diritto internazionale privato 1897 140.

68) SCELLE (bkz. Carabiber, Les juridictions internationales de droit privé 1947 için Préface).

Bir devletin yabancı bir hukuku veya devletler hukuku topluluğuna dahil bir devletin hukukunu hiç tatbik etmemek prensibinden hareket etmesi veya kendi hukuk nizamı ile hiçbir ilişkisi bulunmayan bir hukukî münasebete kendi hukukunu tatbik etmesi veya hukukî münasebetin münhasıran içerisinde bulunduğu yabancı hukuk nizamını dikkate almaması devletler hukukuna aykırı bir davranış olarak manalandırılmaktadır[69]. Aslında bunu böylece tesbit etmek fazla pratik bir öneme sahip gözükmeyebilir. Çünkü bu nevi bir aykırılığın meydana çıkması imkânsız olmamakla beraber pek muhtemel olduğu da söylenemez. Ancak böyle bir tesbitin asıl önemi devletler hususî hukuku bakımından taşıdığı manada kendisini gösterir. Devletler hususî hukuku yabancı hukuku dikkate alan bir sistemdir. Ve devletler hukuku bakımından da *yabancı hukuk nizamlarının tanınması esasına bağlanmış* olmaktadır. Daha da cesurane bir söyleyişle, bu tanıma devletler hukukunun getirdiği bir *mükellefiyet* haline girmektedir. Bunun dışında, devletler hususî hukukunun düzenlenmesinde devletlerin devletler hukukuna ait bir mükellefiyetle karşı karşıya bulunduğunu[70] söyliyebilmek kolay değildir. Zira devletler hukukunda hâlâ her şey oluş halindedir ve devletlerin davranışları çoğu kere pratik sonuçlara varılmasını mümkün kılmamaktadır.

Yabancı bir hukukun tatbik edilebilmesi şüphesiz önce yabancı hukukun **tanınmasını** gerektirir. Bu bir devletler hukuku mükellefiyeti olarak kabul edildiğine göre, yabancı devletin devletler hukuku bakımından tanınmaması halinde ona ait yabancı hukukun tatbiki mümkün müdür? Bugünkü hâkim fikir[71], **buna rağmen yabancı hukukun tatbik edileceği** görüşündedir. Yabancı devletin tanınmamış olması yabancı hukukun da tanınmamasını gerektirmez. Kanunlar ihtilafı kaidesi yabancı bir hukukun maddî hukuk kaidesini yetkili kabul ediyorsa, bununla somut bir olayda yabancı hukukun tatbiki şartı olarak sadece **yürürlükte** olan bir hukuku aramaktadır. Yabancı ülkede, hukuk kaidesi olarak kabul edilmiş ve fiilen uygulanmakta bulunmak kanunlar ihtilafı kaidesi için yeterlidir. Bu hukukun yürürlükte bulunduğu devletin devletler hu-

69) Meselâ DÖLLE IPR 15; ve bkz. MAKAROV Grundriss 33.

70) Kanunlar ihtilâfı kaidesi devletler hukukuna aykırı yabancı bir maddî hukuk kaidesinin tatbikini gerektiriyorsa, bu maddî hukuk kaidesinin tatbikini önlemek her zaman mümkün değildir. Eğer devletler hukuku mahallî hukukun sistemi gereği hâkim tarafından doğrudan doğruya bağlayıcı ülke üstü hukuk olarak nazara alınıyorsa (meselâ Alman Anayasası m. 25'de olduğu gibi) devletler hukukuna dayanılarak ve eğer devletler hukuku ile iç hukuk arasındaki ilişkide ikici (dualist) anlayış hâkim ise ancak "kamu düzeninin" ihlâli varsa devletler hukukuna aykırı yabancı maddî hukuk kaidesinin tatbiki önlenebilir. Meselâ diğer bir devletin vatandaşlığını düzenleyen yabancı tabiiyet hükümleri devletler hukukuna aykırı olarak mütalâa edilebilir.

71) KEGEL IPR 10; NEUHAUS Grundbegriffe 1976 232; RAAPE 17 vd.; WOLFF IPR 85 vd.; DÖLLE IPR 17; KUNZ Internationales Privatrecht, 1993 57; KROPHOLLER[2] 52 vd., *American Restatement*'de şu satırlar yer almaktadır (§ 3): "As used in the Restatement of this Subject, the word, 'state' denotes a territorial unit with a distinct general body of law". Ve fakat, farklı ve politik(!) bir Alman mahkemesi kararı (AG Neumünster, 16.12.1986) hakkında DEUMELAND: Rpfleger 1987 311-312.

kuku yönünden tanınmamış olması bu bakımdan önem taşımaz. Ayrıca tanınmamış bir devletin veya tanınmamış bir hükümetin kanunlarının kamu düzeninin müdahalesine uğrayacağı da söylenemez.

Şu halde, devletler hususî hukuku uygulanacak bir "devlet hukukundan" söz ettiğinde, devletler hukuku anlamında bir "devlet" kavramından hareket etmez. Fiilen yürürlükte olan bir hukuk düzeninin bulunduğu bir ülkenin (toprak parçasının) varlığı devletler hususî hukuku için yeterlidir. Devletin veya diplomatik ilişkilerin kurulması yoluyla hükümetin devletler hukuku anlamında "tanınması" milletlerarası politikaya ilişkin tasarruflar olup, bir devlette fiilen yürürlükte olan bir hukuk nizamının varlığına etkili değildir.

Misaller : Sovyetler Birliği uzun süre İsviçre tarafından tanınmamış olmasına rağmen İsviçre mahkemeleri İsviçre kanunlar ihtilafı kaidelerinin Sovyet Rusya hukukunu yetkili kıldığı durumlarda daima Sovyet Rusya hukukunu tatbik etmişlerdir. Batı Almanya Doğu Almanya'yı tanımamasına rağmen onun hukukunu —bölgelerarası hukuk olarak kabul edilmiş olsa dahi— daima tatbik ede gelmiştir.

Devletler hukuku bakımından bir devletin tanınması veya tanınmaması politik gayelere hizmet eder. Halbuki şu veya bu hususî hukukunun uygulanması politikanın dışında kalır. Önemli olan tanınmış olsun veya olmasın bir devletin ülkesinde fiilen yürürlükte olan hususî hukukun tatbik edilmesidir.

Ancak bir devlet, hususî hukukunu **geriye etkili** olarak değiştirirse, **intertemporal** (intikal) mes'eleleri ortaya çıkar. Buna uyulmak gerekir. Yani fiilen yürürlükte olmadığı bir zamana bağlı olarak yeni hukuk tatbik edilir.

Misal[72] :İkametgâhları Polonya'da bulunan Polonyalı bir çift 1945 Mayısında Kitzbühel'de (Avusturya) dinî bir evlilik yapmışlardır. Eşler henüz Avusturya'da iken 1945 Haziranında böyle bir evliliğin evlilik siciline (re'sen) tescil edilmesi şartıyla geriye etkili olarak geçerlilik kazanacağı kabul edilmiştir. Eşler 1946 yılında İngiltere'ye gelmişler ve orada 1947 yılında ayrılmışlardır. Bir hata sonucu 1949 yılında evlilik Avusturya'da evlilik siciline tescil edilmiştir. Aynı yıl kadının başka bir Polonyalıdan bir çocuğu olmuş ve bu Polonyalıyla evlenmiştir. Yeni evlilik ikinci bir evlilik (bigame) ise, İngiliz hukukuna göre mevcut olmayan bir evlilik olacak ve çocuğun nesebi evlenme ile tashih edilememiş hale mi gelecektir? Court of Appeal ve House of Lords (Lordlar Kamarası) oy birliği ile ilk evliliğin geriye etkili şekilde sıhhate kavuşmasını kabul etmişler ve çocuğun evlenme yoluyla nesebinin tashihini reddetmişlerdir.

2. Devletler Hukuku ile Devletler Hususî Hukuku Arasındaki "Özel" İlişkiler

1. Her devlet devletler hukuku topluluğuna dahil olduğunu dikkatten kaçırmayarak, devletler hususî hukukunu bir *toplum ruhu* içerisinde oluşturma-

72) Bu ve diğer misaller için bkz. KEGEL IPR 11 vd..

ya ve her türlü hukukî taassuptan uzak olarak diğer devletlerin kanunlar ihtilafı kaideleriyle mümkün olduğu nisbette bir ahenk tesis etmeye gayret sarfetmek zorundadır. Bu zaruret, aslında devletin zorla veya kendi hâkimlerinin rahatı için, hükme bağlanması gereken hukukî münasebete tatbiki icap eden yabancı hukukun bertaraf edilmemesi manasına gelir. Bu en azından devletler hususî hukuku kaidelerinin gayesine ulaşabilmesi için lüzumlu bir "direktifi"[73] ifade eder.

2. Hiçbir devlet kendi devletler hususî hukukunu yabancılara devletler hukukuna aykırı olarak zarar verecek şekilde düzenleyemez. Özellikle yabancı ülkelerde *kazanılmış olan ("müktesep") haklar* saygıyla karşılanmalıdır.

> **Misal :** Fransa'da bulunan menkul bir şeyin mülkiyeti satım akdi yoluyla intikal ettiriliyor. Daha sonra bu menkul şey Türkiye'ye getiriliyor. Türk hukukuna göre mülkiyetin intikali için satım akdi yeterli olmamakla beraber, burada fransız hukukuna göre mülkiyetin kazanıldığını kabul etmek gerekir (lex rei sitae). Bunu bizim hukukumuz saygıyla karşılamazsa, devletler hukukunu dikkate almamış olurdu.

Ve yine hiçbir devlet yabancıların haklarını *tazminatsız* istimlâk edemez. Gerçi meselâ gayrimenkullerin istimlâkinde devletin istimlâk mevzuatı bakımından yetkisi ihtilaf konusu yapılamazsa da, her devlet yabancıların haklarını saygıyla karşılamak ve ancak tazminat karşılığı istimlâk etmekle devletler hukukuna göre mükellef tutulmuştur[74].

> Hemen hemen bütün ülkelerde uygulanan gayrimenkullere ilişkin aynî hakların lex rei sitae uyarınca hükme bağlanması prensibi bir devletler hukuku kaidesi haline henüz gelememiştir. Muhtemelen bu prensip müşterek teamül hukuku olarak nitelendirilebilir. Devletler hususî hukukunun bu nitelikte başka kaideleri de bulunabilir.

IV. ANAYASA HUKUKU

Anayasa hukukunun devletler hususî hukuku üzerindeki etkisini ortaya koyabilmek için bir ayırım yapılmalıdır. Kanunlar ihtilafı kaideleri de millî hukukun bir parçası olarak şüphesiz Anayasaya *uygun* olacaklardır. Bunun yanında kanunlar ihtilafı kaideleri tarafından yetkilendirilen yabancı hukuk kaidelerinin de Anayasaya uygunluğunun aranıp aranmıyacağı farklı bir mesele teşkil eder.

---

73) DÖLLE IPR 16 vd..

74) Bu hususta bir devletler hukuku kaidesinin mevcut olmadığını iddia eden yazarlar azınlıktadır; bu konuda özellikle bkz. TOLUNER Millîleştirme ve Milletlerarası Hukuk 1968 89 vd. (90).

1. *Bazı kanunlar ihtilafı kaidelerinin Anayasaya uygunluğu "temel haklar"* bakımından tereddüt uyandırabilmektedir. Özellikle aynı hukukî ilişkinin taraflarını farklı kanunlara tâbi tutan kanunlar ihtilafı kaidelerinin Anayasanın "eşitlik" prensibini bozduğu düşüncesi doğabilmektedir. Bunun yanında aile hukukunda kanunlar ihtilafı kaidelerinin karı veya kocanın hukukunu tercih etmeleri de aynı düşünceye sebep olabilmektedir.

> **Misal :** Evlenme akdinde taraflar farklı vatandaşlıkta ise, evlenmeye ehliyet ve şartlarını taraflardan her birinin millî hukukuna tâbi tutan kanunlar ihtilafı kaidesi (MÖHUK m. 12 I) veya boşanmada boşanma sebepleri bakımından meselâ davacının millî kanununu yetkili kabul eden kanunlar ihtilafı kaidesi Anayasanın **eşitlik** prensibine (Anayasa m. 10) aykırı mıdır?

Aynı hukukî ilişkinin, meselâ evlenme akdinde tarafların evlenme ehliyet ve şartları bakımından farklı kanunlara tâbi tutulmasında Anayasanın eşitlik prensibine bir aykırılık görülmemektedir. Gerek Anayasanın eşitlik prensibi, gerekse aileyi Türk toplumunun temeli kabul eden Anayasa hükmü (m. 41 I) nişanlıların evlenme akdinin şartları bakımından mutlaka aynı hukuka tâbi kılınmasını gerektirmez. Tam aksine, tarafların menfaati ve evlenmenin millî devlette de teminat altına alınması gereği "millî hukuka" bağlanmayı haklı kılar[75]. Belirli bir hukukî ilişkide karı veya kocanın hukukunu tercih ise, aslında ne karıyı koca karşısında ne de kocayı karı karşısında tercih etmek manasına gelir. Burada sadece devletler hususî hukukunun gayesine uygun olarak, bağlantılar arasında "teknik" bir tercih vardır.

2. Kanunlar ihtilafı kaidesince yetkili kabul edilen *yabancı hukuk*, mahallî hukuk gibi *temel haklara uygunluk* bakımından kontrol edilecek midir?

> **Misal :** Önceki evliliği boşanma ile son bulmuş olan bir Türk vatandaşı ile bir İspanyol, Türkiye'de evlenmek istemektedirler. Evlenme ehliyeti bakımından İspanyol için nazara alınan İspanyol kanunu, bir İspanyolun boşanmış bir şahıs ile evlenemiyeceği hükmünü(*) taşımaktadır. Bu hükmün gerek İspanyol gerekse Türk vatandaşı bakımından, Anayasada yer alan evlenme temel hakkına uygunluğu kontrol edilebilir mi?
>
> **Alman** hukukunda[76] hâkim görüş, yabancı kanunun tatbikine sadece kamu düzeninin müdahale imkânıyla mani olunabileceğini kabul etmekteydi. Kanunlar ihtilafı kaideleri yeri bakımından Anayasa kaidelerinin altında bulunmalarına rağmen, Anayasa hukukunun yer ve şahıs itibariyle yürürlük alanını çizerler. Yabancı hukukun tatbiki gerekli olduğu hallerde, bu hukukun maddî hükümleri de Anayasanın temel haklarına uydurulmak istenirse, bu, meselâ

75) Alman Federal Anayasa Mahkemesinin 4.5.1971 tarihli kararı: RabelsZ 36 (1972) 145 vd.

(*) 10.8.1981 tarihine kadar yürürlükte kalmıştır.

76) Bkz. NOMER Anayasa 553 vd.: Türk hukukunda: DAYINLARLI Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni: Yaşar Karayalçın'a 65 inci Yaş Armağanı 1988 665.

Türk Anayasasında yer alan temel hakların uygulama alanının genişletilmesi veya Türk temel haklar anlayışının dünyaya hâkim kılınması manasına gelirdi[77]. Şu halde kanunlar ihtilafı kaidelerine göre tatbiki gerekli yabancı maddî hükümlerin temel haklara göre kıymetlendirilmesi mümkün değildir, ancak belirli bir olayda kamu düzeninin müdahalesiyle yabancı maddî hukukun tatbiki önlenebilir. Unutmamak gerekir ki, yabancı maddî hukukun Türk hukukundakinden farklı düzenleme getirmesi otomatik olarak kamu düzeninin müdahalesini temin edemez.

Buna mukabil Alman Federal Anayasa Mahkemesinin de iltihak ettiği azınlığın görüşüne göre, yabancı maddî hukuk hükmünün Anayasaya aykırılığı tetkik edilecektir. Burada yabancı bir maddî hükmün, ülke içi ilişkili bir hukukî münasebete tatbikinde bir temel hak ihlâlinin olup olmadığını tesbit söz konusudur. Aslında Anayasa hükmünün yürürlük alanını bizzat Anayasa hükmünden çıkarmak gerekir. Bir Anayasa kaidesinin lâfız, mana ve gayesi itibariyle ülke içerisinde hâkimiyetin her çeşit uygulaması bakımından geçerli olmak isteyip istemediği veya yabancı ülke ilişkili münasebetler için bir farklılığı kabul edip etmediği veya böyle bir farklılığı gerekli görüp görmediği o Anayasa kaidesinin yorumu yoluyla tesbit edilmelidir.

Türk hukukunda, Türk mahkemesinde görülmekte olan bir davada, "uygulanacak bir kanun hükmü" Anayasaya aykırı görülürse, bu hususta Anayasa Mahkemesi karar vermek durumundadır (Anayasa m. 152 I). Uygulanacak kanunun yabancı kanun olmasının Anayasa Mahkemesinin bu görev ve yetkisinde bir değişiklik yapmayacağından hareket edilebilirse[78], Anayasa mahkemesinin yabancı kanunu Anayasaya aykırı görmesi halinde verebileceği karar o *yabancı kanunun* iptali olamıyacağına göre, sadece yabancı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığını ve muhtemelen "olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı" olarak tesbitten ibaret kalacaktır. Şüphesiz bu Anayasa yolunun işleyebilmesi, her şeyden önce, yabancı kanunların da Anayasaya uygunluk bakımından denetlenebileceği fikrinin kabulüne bağlıdır. Eğer Anayasa Mahkemesi işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde karar vermezse, mahkeme davayı yabancı kanun hükmüne göre sonuçlandıracaktır (Anayasa m. 152 III).

Buna mukabil yabancı bir kanun hükmünün Türk Anayasasına aykırılığı bakımından Anayasa Mahkemesince kontrol edilemiyeceği fikrinden hareket edilirse, yabancı bir kanun hükmünü tatbik durumunda olan mahkemenin "Anayasaya uygun" karar vermek mecburiyeti (Anayasa m. 138 I), onun yabancı kanun hükmünü Anayasa bakımından kontrol etmesi gereğini ortaya çıkarabilecektir.

77) FERİD IPR 42.

78) Bkz. NOMER Anayasa 564 vd.; ayrıca bkz. TEZİÇ Anayasa Hukuku[3], 1996, 204, n.168.

V. KARŞILAŞTIRMALI HUKUK

Devletler hususî hukuku gerektiğinde yabancı maddî hukuk kaidelerinin tatbiki maksadıyla mahallî hukuk nizamının sınırlarını aşar. *Karşılaştırmalı hukuk* (mukayeseli hukuk) da, millî bir hukuk nizamının hudutları dışına çıkar. Ancak her iki hukuk yaptıkları görev bakımından birbirinden tamamen farklıdırlar. Son yıllar içerisinde hukuk ilminin bağımsız bir disiplini olabilme imkânına da kavuştuğu iddia edilen[79] karşılaştırmalı hukuk öteden beri bir *hukuku araştırma usulü* olarak varlığını sürdürmektedir. Bu usul belirli bir hukuk nizamının hukuk kaidelerinin diğer bir veya birden çok hukuk nizamının aynı hukukî meseleyi düzenleyen hukuk kaideleriyle birlikte incelenmesidir. İlgili hukuk kaideleri mukayese edilir ve bunların muhtevaca ne ölçüde aynı oldukları ne ölçüde birbirinden farklı bulundukları tesbit edilir. Mukayeseli hukuk usulü tekmil hukuk alanlarında ve özellikle devletler hususî hukukunda uygulanabilir. Daha önce de belirtildiği üzere, devletler hususî hukuku kaideleri ülke içi hukuk kaideleridir. Gerek bu kaidelerin gerekse maddî hukuk kaidelerinin mukayesesi devletler hususî hukuku için faydalı ve hatta gerekli olabilir.

1. Çeşitli devletlerin devletler hususî hukuku kaideleri mukayese edilir. Bu mukayese daha çok bilimsel maksatlarla yapılır. Temin edilen bilgiler özellikle yeni kanunların hazırlanmasında kullanılır. Şüphesiz karşılaştırmalı hukukun bu maksatla kullanılması devletler hususî hukukunun kanunlaşması döneminden sonra söz konusu olabilmiştir.

> İlk kanunlaştırma hareketleri 18. yüzyılda başlamıştır[80]. Bu kanunlaştırma hareketlerine gelinceye kadar devletler hususî hukuku alanında çeşitli kanunlar ihtilafı hukukuna ait problemlerin bazı üniversal çözümlerini konu alan teorik fikirlerin mukayesesi imkânı mevcut idi. Devletler hususî hukuku alanında mukayeseli hukuk usulünü ilk olarak **Foelix** ilk baskısını 1843'de yaptığı "Traité de droit international privé" adlı eserinde kullandı. 20. yüzyılda kanunlar ihtilafı hukukunun mukayesesi gerek kaynak kitaplarında gerekse monografik çalışmalarda önemli bir yer tutmaya başladı. Bununla beraber devletler hususî hukukunun bütünü ile mukayesesini ilk **Ernst Rabel** 1945-1958 yıllarında Amerika Birleşik Devletleri'nde dört cilt halinde yayınlanan "The Conflict of Laws" adlı eserinde vermiştir.

Karşılaştırmalı hukuka kanunlar ihtilafı kaidelerinin yorumunda ve uygulanmasında da çok önemli bir rol verilmek istenilmektedir. İleride sözü edilecek olan "vasıflandırma" probleminin[81] çözümünde karşılaştırmalı hukuk-

79) Bkz. ÖZSUNAY Karşılaştırmalı Hukuka Giriş 1976 19.

80) Bkz. ileride s. 58 vd..

81) Bkz. ileride s. 88 vd..

tan istifade edilerek kanunlar ihtilafı kaidelerinin kullandığı kavramların yorumu ve manalandırılması teklif edilmektedir.

2. Devletler hususî hukukunun yetkili kabul ettiği yabancı maddî hukuk kaideleri[82], mahallî hukuktakilerden muhtevaca ve manaca farklı olabileceğinden, öğrenilmek ve tam anlamıyla tatbik edilebilmek için mukayese edilmeyi gerektirebilir.

> **Misaller :** Fransız hukukuna göre menkul bir şeyin mülkiyeti satım akdiyle alıcıya intikal eder, bir teslime gerek yoktur. Eğer Fransız hukukunun bu hükmü tatbik edilecekse, bu hükmün anlaşılabilmesi için düzenlemenin teorik gerekçeleri, pratik sonuçları, dayandığı hukuk politikası ve de lege lata araştırılması icap eder.
>
> Bir hukukî muamelenin şeklinin hangi hukuka göre tayin edileceği hakkında kanunlar ihtilafı kaideleri bazı hükümler getirmiş olabilir. Ancak bir hukukî muamelede "şeklin" neyi ifade ettiği çoğu kere şüpheli kalmaktadır. Şeklin belirli bir hukukî muamelede neyi ifade ettiğini tesbit edebilmemiz için ilgili hukuk nizamları arasında mukayese yapmak zarureti vardır. Öyle ki, bu mukayese sonucu elde edilen "muhteva" bizi kanunlar ihtilafı kaidemizin tatbikinde "şeklin" hangi anlama geldiğini tayinde etkili olabilecektir.

Özet olarak söylemek gerekirse, devletler hususî hukuku birçok olayda *karşılaştırmalı hukuktan istifade etmeksizin* yürütülme imkânına sahip değildir. Devletler hususî hukukunun "boşlukta"[83] kalmaması için karşılaştırmalı hukukun yardımı gerekmektedir. Buna mukabil, karşılaştırmalı hukukun kendini kabul ettirebilme sebeplerinden biri de devletler hususî hukukunun yarattığı imkân olmaktadır.

3. Karşılaştırmalı *hukuk, hukukun birleştirilmesinde* taşıdığı büyük önem nisbetinde de devletler hususî hukukuna yardımcı olmaktadır.

> Devletler hususî hukuku **hakkaniyetinin** yapıcı unsurlarından biri olarak **dış karar ahengi** üzerinde durulacak olursa, devletler hususî hukukunun nihaî gayesinin tam ve etkili "müşterek bir dünya hususî hukuku" ("droit commun de l'humanité") temin etmek olduğu söylenebilir. Bugün böyle bir hukuk mevcut olmadığı gibi istikbalde de olacağına dair belirti gözükmemektedir. Bununla beraber bugün için devletlerin sınırlarını gerek konu gerekse alanı itibariyle çok sınırlı şekilde aşan müşterek bir hususî hukuktan söz edilebilmektedir. Bu hukuk dört grupta toplanabilmektedir[84]:

---

82) Eğer bizim kanunlar ihtilâfı kaidemiz sadece yabancı maddî hukuk kaidelerini değil de, ayni zamanda yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kaidelerini de yetkili kabul etmekte ise (yani, "iade" veya "devam eden" atfın kabulü), yabancı hukukun bu yönden kanunlar ihtilâfı kaideleri de karşılaştırmalı hukukun konusu olabilecektir.

83) DÖLLE IPR 7; FIRSCHING Einführung in das IPR 1981 27.

84) FIRSCHING Einführung 1974 21 vd.; NEUHAUS Grundbegriffe 1962 22 vd.; NEUHAUS Neue Wege im europäischen Internationalen Privatrecht: RabelsZ 35 (1971) 401.

(1) Birçok devlet **lois uniformes (uniform laws)** denen model kanunlara göre kanunlarını hazırlamaktadır. Böylece müşterek bir hukuk doğmaktadır. Alanı Avrupa'da milletlerarası iş ilişkileridir. **Misaller** : Çek ve poliçe hukuku; sinaî hakların korunması; satım hukuku (1.7.1964 tarihli menkul şeylerin milletlerarası satımı hakkında müşterek bir kanunun tatbikine ilişkin La Haye Sözleşmesi ve bununla ilişkili olarak 1.7.1964 tarihli menkul şeylere ait milletlerarası satım akitlerinin inikadı hakkında müşterek bir kanunun tatbikine ilişkin La Haye Sözleşmesi); iş hukuku; deniz, hava, demiryolu ve kara yolu trafiği hukuku.

(2) Bazı milletlerarası teşkilâtların "supranational" hukukları. Âkit devletler hâkimiyet haklarının bir kısmını bu teşkilâtlara devretmektedirler ve bunların belirli alanda hukuk yapma otoritesini de tanımaktadırlar. Bunların belirli alanda yaptıkları kanunlar âkit devletlerin vatandaşlarını doğrudan doğruya bağlayabilmektedir. **Misal** : Avrupa Topluluklarının (Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu - Avrupa Ekonomik Topluluğu - Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu) hususî hukuku.

(3) Milletlerarası ticaret alanında, devlet dışı organların, meselâ genel iş şartları şeklinde[85], bağımsız hukuk yapmaları yoluyla müşterek hukuk kaideleri gelişmiştir. **Misaller :** New York Milletlerarası Ticaret Odası ile Paris'teki Milletlerarası Ticaret Odasının ticarî şartları (incoterms)[85a] ve (meselâ fob-cif kaydı) – International Law Association'ın Kaideleri (Rules) – Londra Corn Trade Association'in genel iş şartları. Bunların yanında belirli kesimlerdeki (banka, sigorta ve ulaştırma işlerinde) teamüller. Bu sahada özel hakem veya hakem mahkemelerinin hakem kararlarıyla gelişen hukuk da akla gelmektedir[86].

(4) Milletlerarası mahkemelerin (**Misal :** La Haye'deki Adalet Divanı) kararlarına dayanan milletlerarası teamül hukuku; genel hukuk prensiplerinin tesbiti; ve karşılaştırmalı hukuk.

Bugüne kadar elde edilen bu gelişmeler hukukun birleştirilmesinden, devletler hususî hukukunun bir komşu alanı olarak söz edilmesini de mümkün kılmaktadır.

Ancak hukukun birleştirilmesi bir bilim olmayıp, bir *reformdur.* Bu reform hareketiyle 18'inci yüzyılda başlamış bulunan ve 20'nci yüzyılda devletlerin sınırlarını aşma yolunda olan büyük kodifikasyon hamlesi tamamlanmaya çalışılmaktadır. Diğer taraftan devletler hususî hukukunun sonu olabilecek bir "dünya hususî hukuku" meydana getirme gayesi henüz çok uzaklardadır. Özellikle *Kara Avrupası hukukları* (yani Orta ve Güney Amerika'daki code civil'in etkisinde kalan hukuklar ile Kara Avrupasının Roma Hukukunun etkisinde kalmış hukukları) ile *anglo-amerikan hukukları*, kısaca **"civil law"** ile

85) Bkz. bu konuda STEINDORFF Sachnormen im IPR 1958.

85a) Bkz. SOMUNCUOĞLU, Bazı Denizaşırı Satım Sözleşmeleri: IBD 7-8-9/1985 623 vd.; ÖZEL, Incoterms - FOB ve CIF Sözleşmeler: Argumentum 26/1992 421 vd.; ERDEM Incoterm'in Uluslararası Satımlarda Uygulanacak Hukuka Etkisi ve Hukukî Niteliği : MHB 1-2/1990 65 vd..

86) FIRSCHING Einführung 1974 22.

"common law" arasındaki anlaşmazlıklar çok büyüktür. Tek bir maddî hususî hukuka ve böylece tekmil olaylar için aynı kararı alma imkânına ulaşılamadığı sürece, en azından tek bir *milletlerarası hususî hukuka* ve dolayısıyla tekmil olaylar için aynı kararlara ulaşmaya çalışılmak gerekir. Ancak şimdiye kadar elde edilen şudur: milletlerarası bir birleştirme, yapılan milletlerarası sözleşmelerle temin edilebilmektedir[87].

IV. AVRUPA HUKUKU

Avrupa Toplulukları hukukunun üye devletlerin devletler hususî hukuklarına etkisi esas itibariyle Avrupa Ekonomik Topluluğunu kuran Andlaşmanın (AET) getirmiş olduğu tabiiyete bağlı "farklı muamele yasağının" (m. 6 I), kanunlar ihtilafı hukuku bakımından tabiiyete bağlanmayı men'edip etmediği noktasında toplanmaktadır. Avrupa Ekonomik Topluluğu gaye olarak Avrupa'nın ekonomik birliğini benimsemiş olduğundan, farklı muamele yasağının şahsın hukuku ile aile hukuku alanındaki ekonomik politika yönünden tarafsız nitelikte olan kanunlar ihtilafı kaidelerine etkili olmadığına muhakkak nazarıyla[88] bakılmaktadır. Bununla beraber gerçek ve tüzel kişilerin hak ehliyetleri ile hukukî muamele ehliyetlerine ilişkin kanunlar ihtilafı kaidelerinin, ekonomik politika yönünden önem taşıdıkları gözönüne alınırsa, Avrupa Ekonomik Topluluğunu kuran Andlaşmaya aykırılığı üzerinde durulmak gerekir. Bu nevi kanunlar ihtilafı kaideleri, meselâ mutad mesken gibi tarafsız bağlantılara bağlanmadığı sürece, yasaklanmış olan farklı muameleyi sürdürme şüphesinden kurtulamayacaklardır.

87) Bu sözleşmeler için özellikle bkz. KEGEL IPR 1985 40 vd..

88) DÖLLE IPR 22.

§ 3. DEVLETLER HUSUSÎ HUKUKUNUN TARİHÇESİ

Ortaçağa gelinceye kadar, görülebildiği kadarıyla, şurada burada tek tük kanunlar ihtilafı kaideleri gelişmiştir. Ancak bir devletler hususî hukuku sisteminden söz etmek mümkün değildir. Hatta orta çağın ilk zamanlarında da müstakil bir devletler hususî hukuku doğmuş değildir. Modern anlamda müstakil bir devletler hususî hukukunun *yukarı İtalya'nın şehir devletlerinde* 11'inci yüzyıldan itibaren geliştirilmiş bulunan kaideler çerçevesinde doğmağa başladığı görülür. Bu şehir devletlerinin kendilerine ait müstakil hukuk kaideleri (*statuta* = şehir hukukları) vardı. Bu kaidelerin üzerinde, şüphesiz genel bir hukuk, yani roma hukuku mevcuttu. Roma hukuku müstakil şehir devletlerinin hukuklarındaki boşlukları doldurmak üzere kullanılıyordu[89]. 11 inci yüzyılda bu şehir devletler kendi örf ve âdet hukuklarını kanunlaştırmaya başlamışlardı. Zamanla bu şehirler arasında önemli ticarî ilişkiler de meydana geldi. Bunun sonucu İtalyan hukukçuları kanunlar ihtilafı olaylarında hangi statülerin tatbik edileceği meselesiyle karşı karşıya kalmaya başladılar. Miras, aile ve muamele hukukuna ilişkin olaylardan hareketle *postglosatörler* meşhur "statüler teorisini" geliştirdiler.

I. STATULER TEORİSİ (1300 - 1800)

a) Kuzey İtalya'nın (Jenova Limanı, Pisa, Milano, Bolonya, Venedik, Florans gibi) şehirlerde geliştirilen ve niteliği itibariyle birbirlerinden farklı bulunan "statüler" şehirden şehre geçişlerde ve yabancı ülkelerle münasebetlerde yetkili mahkemeyi ve tatbik edilecek hukuku tayinde esas teşkil ediyorlardı. *Glosatör* bilimi bir hükümdarın veya bir şehrin kanunlarının sadece teb'ayı bağlayacağı şeklindeki eski anlayıştan kurtulabildi ve bunun yanında

89) GUTZWILLER Le développement historique du droit international privé: Rec. des Cours 29 (1929 - IV) 297 vd..

meselâ fiillerin ika yeri hukukuna göre, şeylere ilişkin hakların lex rei sitae uyarınca hükme bağlanması gibi, genelleştirilebilen hukuk kaidelerine ulaştı.

> Devletler hususî hukukunda ilk neşriyatı **14'üncü yüzyıldan 16'ncı yüzyıla kadar** faaliyette bulunan **postglosatörler (hâşiyeciler)** vermişlerdir. Bunların içerisinde sivrilen iki isim **Bartolus** (1314 - 1357) ve talebesi **Baldus** (1327 - 1400) dur. Bunlar, bir statünün (= kaidenin) ülkede bulunan yabancılar için ve hatta yabancı ülkedeki olaylar için geçerli olup olmayacağı üzerinde durmuşlar ve bunları cevaplandırarak, statüler arasında, bu statülerin şahıslara, şeylere veya fiillere ilişkin olup olmamasına göre önemli ayırımlara ulaşmışlardır:
>
> a) **Şahsa**, meselâ medenî hakları kullanma ehliyetine ilişkin statüler (= kaideler), yani "statuta personalia". Statuta personalia nereye giderse gitsin şahsı daima takip eder; ve Bartholomaeus (1330 - 1412) tarafından belirtildiği üzere menkul şeyleri de kapsar; mobilia sequuntur personam ; mobilia ossibus inhaerent.
>
> b) **Şeye** ilişkin statüler (= kaideler), yani "statuta realia". Statuta realia münhasıran bir ülkede bulunan gayrimenkul şeyler için geçerlidir.
>
> c) **Fiillere**, meselâ akitlere ilişkin statüler (= kaideler), yani "statuta mixta", Statuta mixta fiiller (a) ile (b) düzenlemelerine sokulamayan kategorier için geçerlidir.
>
> Ayrıca Bartolus, akitlerin şekil ve muhtevalarının inikat yeri hukukuna göre, daha sonra çıkan meselâ temerrüt gibi akdin ihlâli durumlarının, üzerinde karara varılmış bulunan ifa yeri hukukuna göre ve yardımcı nitelikte lex fori'ye göre hükme bağlanması gerektiğini bir doktrin haline getirmiştir. O kadar ki, bu doktrin 20'nci yüzyıl ortalarına kadar bazı ülkelerde etkisini göstermiştir.

b) 16 ncı yüzyılda postglosatörlerin statüler doktrininde *Fransız hukukçuları* liderliği ele aldılar. Özellikle *Dumoulin* (1500 - 1566) ve *d'Argentré* (1519 - 1590) başta gelen isimlerdir. *Dumoulin* devletler hususî hukukuna ait çok yönlü fikirlerinin zenginliğiyle, Roma hukuku yerine müşterek bir Fransız teamül hukukunu sahiplenmesiyle ve kralın yanında, feodal hakları azaltma yoluyla feodalizme karşı giriştiği mücadelesiyle önem taşır. Buna mukabil postglosatörlere fazla bir şey ekliyememiştir. Hatta yıllardan beri müdafaa edilen ve milletlerarası akitler hukukunda irade muhtariyetinin kurucusunun *Dumoulin* olduğu şeklindeki inanç da bugün çok sarsılmıştır[90]. Çok önemli bir hukukçu olduğu kabul edilmesine rağmen, *Dumoulin*'in statüler teorisinin gelişmesine bir yardımı olmadığı, buna mukabil bu teoriye *d'Argentré*'nin etkisinin çok büyük olduğu görülmektedir. *Dumoulin*'nin en sert muhalifi ve feodalist düşüncenin en sâdık savunucusu olarak *d'Argentré* tek tek teamülleri tercih eden bir partikülarizmi temsil eder. Onun görüşüne göre, ister hayatta

90) Bkz. GAMILLSCHEG Der Einfluss Dumoulins auf die Entwicklung des Kollisionsrechts 1955 110-121; ayrıca KEGEL IPR 79.

olanlar arasındaki işlemlerde isterse evlilikte mal rejimleri hukuku veya tereke hukukunda söz konusu olsun tekmil gayrimenkuller lex rei sitae'ye tâbidir. Tereddüt halinde de tekmil statüler real statüdürler. *D'Argentré* real statülere bu kadar çok önem vremekle beraber, statuta personalia, realia ve mixta arasındaki ayırım üzerinde de durmuştur. Şahıslara ilişkin kanunlar şahsî statüleri teşkil ederler. Menkullere ilişkin statüler de buraya girer. Şahsî statüde *lex domicilii* uygulanır. Hem gayrimenkulleri hem de şahısları ihata eden statüler statuta mixta'dırlar ve real statüler gibi muamele görürler. *D'Argentré* beş yüz yıl boyunca hâkimiyetini sürdüren "statüler teorisi" için gerçek bir destek teşkil etmiş ve real statü üzerine verdiği ağırlık bugünün Fransız ve anglo-amerikan hukukunda dahi rağbet görmüştür.

> **D'Argentré**'nin doktrini özellikle **Hollanda**'da 17 nci yüzyıl boyunca gelişimine devam etti. Hollanda doktrini özelikle yabancı bir hukukun tatbikinin nasıl olabileceği üzerinde durdu. Hükümdarların sadece kendi ülkelerinde hükmetmek yetkisine sahip olduğundan hareketle, yabancı hukukun tatbikinin bir hukukî mükellefiyet olmadığı sonucuna varıldı. Yabancı hukukun tatbikine **"comitas"**, yani mücamele (lütûf) eseri olarak müsaade edilir. Paul **Voet** (1619 - 1667), oğlu Johennes Voet (1647 - 1714) ve Uricus **Huber** (1636 - 1694) tarafından temsil edilen bu doktrin anglo-amerikan anlayışına da temel teşkil etmiştir. 18'inci yüzyılın Hollanda üniversitelerinde tahsilde bulunan birçok İskoçyalı hukukçu Hollanda doktrinini, özellikle Huber'in formüle ettiği şekilde İngiltere'de tanıttılar; o kadar ki comitas - prensibi son zamanlara kadar anglo-amerikan hukukunda kendini hissettirdi. Ancak son zamanlarda comity kavramı politik bir kavramdan bir hukukî kavrama dönüşmek suretiyle değişmiş oldu.
>
> 16 ve 17 nci yüzyıllarda **Alman** hukukçuları da statüler doktrinine bağlı kaldılar ve bu teoriyi ancak teferruatta zenginleştirebildiler. Bunlardan Johann Nikolaus **Hert** (1651 - 1710) yabancı hukukun tatbik gerekçesi olarak comitas'ın kullanılmasına karşı çıktığı nisbette zikre değer. Heinrich **v. Corcejl** (1644 - 1719) de kanunlar ihtilafı hukukuna ait önemli fikirler ileri sürmüştür[91].

c) Tam beş asır *statüler teorisi* çeşitli kalıplar içerisinde devletler hususî hukukunun gelişimine hâkim olmuştur. Bu teori maddî kaidelerden (statülerden) hareket etmiş ve bunların geçerlilik alanını şahıslara, eşyaya veya fiillere ilişkin olmasına, yani bir statutum personale, reale veya mixtum'un söz konusu olmasına göre tayin etmiştir. Şöyle ki:

> Olay bir şahsa ilişkin ise kaideten ikametgâh hukuku **(statuta personalia)**; olay bir şeye ilişkin ise bulunduğu yer hukuku **(lex rei sitae - statuta realia)** ve olay bir fiile ve saireye ilişkin ise fiilin ika yeri hukuku **(statuta mixta)** tatbik edilir.

91) Bkz. HERMANN Johann Nikolaus Hert und die deutsche Statutenlehre 1963.

Statü nevileri arasında çizilen sınırların kesin olmaması ve hem şahıslara hem de eşya ve fiillere ilişkin hayat ilişkilerinin çok fazla bulunması statüler teorisinin bir olaya uygulanacak statüyü kesinlikle belirtememesine sebep olmuştur. Bununla beraber statüler teorisi 19'uncu yüzyıla kadar mahkeme tatbikatına hâkim olmuş ve Kara Avrupasında bir ilim mahsulü ve devletler üstü bir hukuk ideali olarak gelişmiştir.

d) *Bugünkü* devletler hususî hukukunda "statü" tabiri, bir hayat ilişkisine kanunlar ihtilafı hukuku kaideleri gereğince nihaî olarak uygulanacak hukuk nizamını ifade eder.

> **Misal** : Bir Fransız İstanbul'da gayrimenkul miras bırakarak ölüyor. Bu gayrimenkul tereke hangi hukuka tâbidir? Türk kanunlar ihtilafı kaidelerine göre Türk hukukuna. Şu halde bu gayrimenkul terekede Türk hukuku **miras statüsü** olmaktadır.

Bu çeşit birçok statüden söz edilmektedir. Meselâ borç statüsü (borç ilişkisi için uygulanan hukuk), akit statüsü (akit için uygulanan hukuk) ve evlilikte mal rejimleri statüsü (mal rejimi için uygulanan hukuk) gibi.

Ayrıca *maddî statü* (maddî hukuk meselesi için uygulanan hukuk) ve *hüküm statüsü* (lex causae, hukukî ilişkinin bir bütün olarak tâbi olduğu hukuk) kavramları da mevcuttur.

Modern devletler hususî hukukunda kullanılan iki tabir önem taşır: *şahsî statü - real statü*. Şahsî statü bir şahıs vasıtasıyla kazanılan hukuk nizamıdır; ya tabiiyete veya ikametgâha bağlanır. Real statü ise şey vasıtasıyla kazanılan hukuk nizamı (= lex rei sitae)'dir.

> Bu arada meselâ Alman hukukunda **genel statü** (Gesamtstatut) ile **özel statü** (Einzelstatut) arasında bir ayırım yapılmaktadır. Genel statü birçok konuyu ihata eden bir kavramdır; meselâ miras statüsü, evlilikte mal rejimleri statüsü, vesayet statüsü genel statülerdir. Özel statü ise meselâ gayrimenkul gibi tek bir konuyu kapsar. Prensip olarak genel statü özel statüden önce gelir. Bununla beraber istisnaî hallerde özel statü genel statüyü ihlâl eder (EGBGB [eski] m. 28).

Ve nihayet iç maddî hukukta statü bir hükmî şahsın nizamnamesi (= kendine has hukuku) manasına gelir.

II. İLK KANUNLAŞTIRMA HAREKETLERİ

18'inci yüzyılda ve 19'uncu yüzyıl başlarında yapılan kanunlar statüler teorisinin etkisi altındadırlar.

> Baviyera'da 1756 tarihli **Codex Maximilllaneus Bavaricus civilis** (Teil I

Kap. 2 § 17), 1794 tarihli Prusya **Allgemeine Landrecht** (Einleitung § 22-44) ve 1804 tarihli **Code civil** (m. 3) statüler teorisini benimsemişlerdir. Ancak **Code civil** kanunların ayırımını konularına göre (Fransız kamu hukukunun tatbiki, fıkra I; Fransız gayrimenkul hukukunun tatbiki –statuta realia–, fıkra II; Fransız şahsın hukukunun tatbiki –statuta personalia–, fıkra III) yapmakla beraber, o zamana dek hükmünü sürdüren lex domicilii yerine **tabilyetl** ikame etmekle yeni bir çığırın öncülüğünü yapmıştır. Bu konuda onu pek açık olmamakla beraber 1811 tarihli **Avsuturya Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch** (§4, 34-37, 300) takip etmiştir.

III. DEVLETLER HUSUSÎ HUKUKUNUN MODERN ÇAĞI

a) Devletler hususî hukukunun *modern çağının* Friedrich Carl *von Savigny* (1779 - 1861) ile başladığını söylemek yanlış olmaz. Bununla beraber *Savigny* kendisine yolu açan bir öncüye sahip olmuştur. Çeşitli devletlerin hususî hukuk kanunlarının çatışmasına ilişkin meşhur makalesinde[92] Carl Georg *v. Wächter* (1797 - 1880) statüler teorisinin kanunlar ihtilafı hukukunun problemlerini çözmeye yeterli olmadığını açıklık ve kesinlikle ortaya koymuştu.

Bu arada Amerika'da büyük hukukçu Joseph **Story** (1779 - 1845) 1834 tarihli "Commentaires on the Conflict of Laws" adlı eserinde, önceden belirli prensipleri tespit etmeksizin, mahkeme kararlarından temin edilecek materyalin kullanılmasıyla yaşayan hukukun nasıl meydana çıkarılabileceğini göstermişti. Ayrıca **Stroy**'nin maddeyi statülere göre değil, fakat hukukî muamele ehliyeti, borç akitleri, mülkiyet, evlenme, boşanma gibi maddî alanlara göre ayırıma tâbi tutması ve bu yoldaki çalışma tarzı tarihi hukuk mektebini bilen ve hukukun tarihi oluşumunu yakından tanıyan **Savigny**'yi de etkilemekten geri kalmamıştır[93].

"Bugünkü Roma Hukukunun Sistemi" adlı eserinin 1849 tarihli 8'inci cildinin[94] büyük bir kısmında *Savingy* "hukukî muamelelere ilişkin hukuk kaidelerinin yer itibariyle yürürlük sınırlarını" ortaya koymaya çalışmıştır. Ve bu çalışmasıyla da devletler hususî hukuku tarihinde yeni bir çağın yaratıcısı olmuştur. Çünkü *Savigny* statüler teorisinin aksine artık bir hukuk kaidesinin muhtevasından değil, fakat belirli hukukî münasebetlerden hareket etmiştir.

Savigny doktrininde temel şudur: "Her hukukî münasebette, o hukukî münasebetin niteliği itibariyle ait bulunduğu ve içerisinde yer aldığı hukuk

92) von WAECHTER Über die Kollision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten: Acp 24 (1841) 230 vd. ve 25 (1842) 1 vd..

93) Bu konuda ZWEIGERT Die Gestalt Joseph Storys: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 105 (1948/49) 950 vd..

94) von SAVIGNY System des heutigen Römischen Rechts VIII 1949 (yeni baskı: 1956).

alanı araştırılmalıdır." O halde hukuk kaidelerinin şahıslara, eşyaya veya fiillere ilişkin olup olmadığına göre sınıflandırılması söz konusu değildir. Bunun tam aksine, hukukî münasebetin niteliği itibariyle içerisinde yer aldığı, *Savigny*'nin tabiriyle oturmakta olduğu yere ("Sitz") göre şu veya bu hukuk nizamına ait olup olmamasına göre sınıflandırılması yapılmaktadır. Bu *Savigny*'yi tek tek hak ehliyeti ve fiil ehliyeti meselelerini (bunlar için aslında ikametgâhı kesin bir ölçü olarak kabul etmekte idi), eşya hukuku, borçlar, miras hukuku ve evlenme gibi meseleleri açıklamaya sevketti.

> Statüler teorisi hukuk kaidelerinden hareket etmekte ve bunların hangi vakıalara hâkim olduğunu sormaktaydı; **Savigny** ise vakıalardan hareket etmekte ve bunların hangi hukuk kaidelerine tâbi olduğunu sormaktadır. Onun bu şekilde irtibat noktasını objektif hukukta değil de, hukukî münasebette araması bir yana, özellikle takip ettiği **metod** işin temelini teşkil eder. Bunda, mücerret prensipler konmamakta, aksine belirli bir hukuk nizamına aidiyeti ihtilaf konusu olan hayat ilişkileri şahsîleştirilerek ele alınmaktadır. Böylece tümden gelim metodu yerine tüme varım metoduna geçilmiş olmaktadır. Aslında bu metodla varılan şu olmaktadır: her hukukî münasebet için, o hukukî münasebetin niteliğine ve hukukî özelliğine göre, en uygun hukuk nizamını bulmak. Burada **Savigny** hukukî muamelenin oturduğu yerden ("Sitz") söz etmiş, onu takiben aynı şey "ağırlık noktası" (Otto von **Gierke**) veya "şeyin karakteri" (von **Bar**) kavramlarıyla ifade edilmiştir.
>
> İşte **Savigny** hukuktaki otorite ve etkisini bu metoda borçludur. Bu metod yeryüzünde sadece kendi hukuk nizamımızın bulunmadığının, aksine bir devletler topluluğu içerisinde yaşandığının bilincine varıldığını isbat etmiştir. Bu metodla **Savigny** kendi hukukumuzu tercih etmek meylinden kurtulmak ve her olayda belirli hayat ilişkisine en âdil hukuku bulmak anlayışıyla hareket etmek fikrini devletler hususî hukukuna getirmiş olmaktadır[95].

b) İtalyan devlet adamı ve hukuk âlimi Pasquale Stanislao *Mancini* (1817 - 1888) devletler hususî hukukunda daha önemli bir gelişmeye önderlik yaptı. 1851 yılında Turin Üniversitesi'nde verdiği "nazionalità come fondamento del diritto della genti" (devletler hukukunun temeli olarak milliyet) konulu meşhur konferansıyla, *Mancini* devletler hususî hukukuna *tabiiyet* prensibini getirmiş oldu. *Mancini* doktrinine göre devletler hukukunun temeli devlet değil, fakat millettir. Gerçekten yaşayan birlikler milletlerdir. Devletler hukukunun en sağlam garantisi her milletin tanınmasında ve bağımsızlığındadır. *Mancini doktrini* İtalyan devletler hususî hukuku teorisinin de temelini teşkil etti: İkametgâha bağlanma, yerini *tabiiyete bağlanmaya* ("tabiiyet prensibi") bıraktı.

---

95) Bkz. GUTZWILLER Der Einfluss Savigny auf die Entwicklung des Internationalprivatrechts 1923 ve NEUHAUS Savigny und die Rechtsfindung aus der Natur der Sache: RabelsZ 15 (1949/50) 364 vd..

İtalyan teorisine göre iki çeşit hukuk kaidesi vardır; bir kısmı şahsın menfaatine diğer kısmı kamu menfaatine hizmet eder. Birinci kısım kaideler şahsın (ikametgahı ile değil) milliyeti ile tayin olunur ve yabancılara kendi millî hukuklarını tatbik etmek bir comitas (lûtûf) gereği olmayıp, bir devletler hukuku mükellefiyetidir. Buna mukabil ikinci çeşit kaideler kamu menfaatine hizmet ettikleri için devletin ülkesinde geçerlidirler ve yabancılara da uygulanırlar. Burada böylece bugün çok önemli rol oynamakta olan **kamu düzeni** (ordre public) kavramıyla da karşılaşılmış olmaktadır. Ve bu kavram İtalyan doktrininde bir istisna olarak değil, bir kaide olarak ele alınmaktadır.

İtalyan doktrini yalnız teoride kalmamış birçok ülkelerin kanunlarına da etkili olmuştur. 1865 tarihli (ve keza 1942 tarihli) İtalyan Codice civile, 1896 tarihli Alman EGBGB, 1898 tarihli kanunların tatbikine ilişkin Japon Kanunu ve 1940 tarihli Yunan Medenî Kanununda yer alan kanunlar ihtilafı kaideleri şahsî statü meselelerinde tabiiyet prensibini esas almışlardır. Sadece Brezilya, 1916'da bu prensibi kabul etmişken, daha sonra 1942 tarihinde ikametgâh prensibine dönmüştür. Hatta La Haye devletler hususî hukuku konferanslarında hazırlanan sözleşmeler veya sözleşme tasarıları 20'nci yüzyılın ortalarına kadar tabiiyet prensibinin etkisi altında kalmıştır.

Mancini doktrini yalnız İtalyan teorist ve hukukçularını değil, fakat aynı zamanda (meselâ Antonie **Pillet** [1857 - 1926] ve öğrencisi J. - P. **Niboyet** [1886 - 1952] gibi) Fransız hukukçularını da etkilemiştir.

c) 19 uncu ve 20 nci yüzyıllarda birçok ülkede devletler hususî hukukunun kanunlaştırılması kanunlar ihtilafı kaidelerinin de yürürlükteki hukuk olarak incelenmesini yaygın hale getirdi. İngiltere, Amerika Birleşik Devletleri ve hatta Fransa gibi, devletler hususî hukukları kanunlaştırılmamış ülkelerde, mahkeme tatbikatı kanunlar ihtilafı kaidelerinin pozitif hukuk olarak belirlenmesine temel teşkil etti. Bununla beraber devletler hususî hukukunun belirli *temel prensiplerden* hareketle geliştirilmesi ve bir sisteme bağlanması çabaları bazı hukukçular tarafından son zamanlara kadar devam ettirildi.

Alman hukukçularından **Zitelmann** (IPR I 1897, II 1912) devletler hukukuna dayalı bir devletler hususî hukuku sistemi geliştirmek istemiş ve devletler hukukunda yer alan şahıs ve ülke üzerindeki hâkimiyet prensiplerinden hareket etmiştir. **Frankenstein** (IPR I 1926, II 1929, III 1934, IV 1935) ise hukukî münasebetin belirli bir hukuk nizamına bağlanmasında şahsın tabiiyetine ve bir şeyin bulunduğu yere bakılması gerektiği şeklinde, güya a priori yürürlükte bulunan bir varsayımdan hareket etmiştir.

Fransız hukukunda **Pillet** doktrini (Traité pratique de droit international privé I 1923, II 1924) tekmil hususî hukuk kaidelerinin aynı zamanda hem "lois générales" hem de "lois permanentes" olduğunu, yani ülkede ikamet eden her şahıs için (territorial) ve ülke dışında da olsa kendi teb'ası için (exterritorial) geçerli olmak istediğini, ancak kanunlar ihtilafı halinde bu isteklerden birinden vazgeçilmesi gerektiğinden hareket eder. Hangi istekten (gayeden) vaz geçileceğine gelince: kanunun hedefi şahsî menfaatleri korumak ise kanun bir loi permanente'dir ve bu sebeple de exterritorial tesire sahiptir; kanunun hedefi

toplumun bir menfaatini himaye ise kanun bir loi générale'dir, o halde territorial etkilidir.

İtalyan hukukunda bugün hâlâ, lex fori'nin bir kanunlar ihtilafı kaidesinden bağımsız olarak tatbik edildiği ve devletler hususî hukukunun yegâne görevinin yabancı hukuka ülkede geçerlilik temin etmek olduğu şeklindeki **Ago**'nun teorisi (Teoria del diritto internazionale privato, 1934) hâkimiyetini sürdürmektedir.

Amerika Birleşik Devletlerindeki hukukçular ise şimdiye kadar kullanılanlardan farklı hareket noktaları aramakta ve hâlen radikal teoriler ileri sürmektedirler[96]. Böylece yabancı hukukun tatbikinin nasıl açıklanacağı meselesini çözümlemeye çalışan önemsiz ve gereksiz düşünceler (**vested rights theory:** yabancı ülkede, ora hukukuna göre doğmuş bulunan hakların ülke içerisinde hukukî himayesi; **local law theory** iç hukukun yabancı hukuk örneğine göre teşkil edilmesi) temelden değişikliğe uğramış olmaktadır. Şöyle ki: temin edilmiş bulunan devletler hususî hukukuna (1934 tarihli Birinci Restatement of the Conflict of Laws) sıkıca sarılmak ve **yeni** kaidelerin pratik teşkili (**Currie, Cavers, Ehrenzweig, Leflar,** 1971 tarihli İkinci Restatement of the Conflict of Laws).

Amerikan hukukçularına göre, gerçek bir kanunlar ihtilafından söz edilebilmesi için, bir olayın çözümlenmesinde dikkate alınan hukuk nizamlarının sonuçta farklılıklara meydan vermesi icap eder. Aksi halde kanunlar ihtilafı normları lüzumsuzdurlar. **Currie** (Selected Essays on the Conflict of Laws 1963), teorisini "govermental interest" üzerine kurar. Hareket noktası kendi maddî hukukudur. Bu hukukun her kaidesi belirli bir gaye (policy) takip eder. Ona göre, devletler hususî hukukunun görevi birbirinden bağımsız, farklı gayelere sahip hukuk politikaları takip eden devletlerin politik menfaatlerini mukayese etmektir. Burada önemli olan hangi menfaatin tercih edileceğidir. Hâkim öncelikle mahkeme devletinin "menfaati" ile hukuku tatbik edilmesi söz konusu devletin "menfaatini" tesbit edecektir. Bu arada, takip edilen hukuk politikaları birbiriyle uyuştuğu takdirde menfaatler arasında sadece görünüşte bir çatışmanın olabileceği gözden kaçırılmamalıdır. Meselâ A ve B devletleri otomobil kiralayanların sorumluluklarını yalnız yerli ahali karşısında düzenlemişlerse, A devletinden bir otomobil kiracısının yine A devleti doğumlu bir yolculuk arkadaşına, B devletinde meydana gelen kaza sonucu zarar vermesinde, gerçek olmayan bir kanunlar ihtilafı (false conflict) ortaya çıkar. Yani burada kazanın sonuçlarını düzenlemede sadece A devleti ilgilidir. Bu sebeple onun hukuk uygulanır. Şu halde sadece yabancı devletin veya sadece mahkeme devletinin menfaatinin bulunduğu durumlarda gerçek manasıyla bir kanunlar ihtilafı yoktur. Eğer mahkeme devleti ile yabancı devlet maddî olayın karara bağlanmasında birlikte menfaate sahipseler, ancak o zaman gerçek bir ka-

96) Bkz. HEINI Neuere Strömungen im amerikanischen internationalen Privatrecht: SchweizjahrbintR XIX (1962) 31-70; KEGEL The Crisis of Conflict of Laws: Recueil des Cours 112 (1964-II) 91-268; VISCHER Die Kritik an der herkömmlichen Methode des IPR: Fschr Germann 1969 287-307; JOERGES Zum Funktionswandel des Kollisionsrecht 1971 39 vd.; JUENGER Zum Wandel des Internationalen Privatrechts 1974 21-34.

nunlar ihtilafı (true conflict) mevcuttur. Böylece yabancı bir devlet olayla ilgileniyorsa, kendi devletimizin, mahallî maddî hukuk kaidesinin gayesini (policy) yürütmekte bir menfaati (governmental interest) olup olmadığı, kendi maddî hukukumuzun tefsiri (construction and interpretation) yoluyla tesbit edilecektir. Daha sonraları **Currie** hâkimin bu yolla kendi maddî hukukuna kıymet hükmü verirken, takdirini yabancı menfaatlerin ışığında ve ihtiyatla kullanmasını istemiştir. Bu sınırlama ile dahi olsa **Currie doktrini** hemen hemen daima lex fori'nin uygulanması sonucuna ulaşmakta ve tarafları dikkate alan bir hakkaniyet anlayışını tamamen bir kenara bırakmaktadır. Ayrıca yabancı hukuk nizamlarının kıymet hükümlerini (policies) isabetli olarak değerlendirmek ve rekabet halinde olan menfaatleri birbirleriyle mukayese etmedeki güçlük de buna eklenmektedir.

Bugün Amerika Birleşik Devletlerinde genellikle paylaşılan bir anlayış vardır: devletler hususî hukukunun görevi, tatbiki gerekli yabancı bir hukuk nizamını, muhtevasına bakmaksızın, bir "kör" gibi yetkilendirmek değildir. Bu fikir ilk olarak **Cavers** (Harward Law Review 47 173 vd.) tarafından ileri sürülmüştür. Ona göre, kanunlar ihtilafı hukuku yabancı unsurlu bir olayın mahallî bir maddî norma nazaran daha iyi hükme bağlanabilip bağlanamıyacağı hususunda bilgi verir ("jurisdiction-selecting approach" karşılığı "rule - selecting"). Mahallî maddî hukuk normları ile yabancı maddî hukuk normları arasındaki tercihte, tarafların menfaati ve rekabet halinde bulunan maddî hukuk kaidelerinin değerlendirilmesi önem taşır. Bu ise her tipik kanunlar ihtilafı bakımından **Cavers**'i hangi kanunun tercih edilmesi gerektiğini gösteren bir kaide koyması sonucuna ulaştırmıştır (The Choice - of - Law - Process 1965). Böylece "en iyi" hukuk tatbik edilmiş olacaktır. Ancak otuz yılı aşkın bir süre geçtikten sonra, **Cavers** milletlerarası haksız fiil hukukuna ait bir misalle, "rule-selecting aproach" kavramının genel prensipler ("principles of proference") yoluyla somutlaştırılması gerektiğini göstermeye çalıştı: her tipik kanunlar ihtilafı için hangi kanunun tercih edilmesi gerektiğini gösteren bir kaide konulmalıdır. Böylece **Cavers** devletler hususî hukukunun klâsik anlayışına yaklaşmaktadır; zira mahkeme devletinin policy'ni doğrudan doğruya tercih etmemekte, aksine her bir olayın özelliğini dikkate alarak, kanunlar ihtilafı hukukuna alt düşüncelere dayanan bir kararı tasvip etmektedir. Diğer bir Amerikan hukukçusu **Ehrenzweig** (A Treatise on the Conflict of Laws 1962; ve Recueil des Cours 124 1968-II 179 vd.) ise temel kaide olarak lex fori'nin tatbikinden hareket eder. Ona göre mahallî hukukun veya yabancı hukukun tatbiki önce kanunlarda ve kararlarda yer almış kaidelerden (formulated rules), sonra kararların yorumu yoluyla istihraç edilen ifade edilmemiş kaidelerden (unformulated rules, evvelce "true" rules) ve nihayet kendi maddî hukukunun "tefsiri" yoluyla elde edilir. Bu üç imkânla da, bir sonuç elde edilemiyorsa, hâkim kendi maddî hukukunu, yani lex fori'yi "residuary rule" (önceleri "bacis rule") olarak uygulayacaktır. Bu noktada hâkim olayın mahkeme (forum) ile ilişkisinn zayıflığı sebebiyle maddî bir karar vermeyi de reddedebilir (forum non conveniens: bkz. **Huber**, Forum non conveniens- The Other Way Round [Irischer Supreme Court]: IPRax 1/96 48 vd.). Kanun veya mahkeme kararlarında yer almış bir kaidenin mevcut olmaması halinde, hâkime verilen maddî normun yürürlük alanını "tefsir" yoluyla bulma vazifesi gerçekte hâkime verilen bir hukuk

yaratma görevidir. Hâkime verilen bu hukuk yaratıcılık görevinde hâkim, **Leflar** (American Confilicts Laws 1968) tarafından konulmuş olan hareket noktalarını ("choice-influencing conciderations") inceleyecektir. Bunlar **Leflar**'a göre beş tanedir: sonucun önceden görülebilirliği, bölgelerarası veya milletlerarası düzenin korunması, hâkimin görevinin basitleştirilmesi, mahkeme devletine ait menfaatlerin ("govermental interests") talepleri ve en iyi maddî normun ("better rule of law") uygulanması.

En iyi maddî normu (better rule veya better law approach) **Juenger** (Zum Wandel des IPR 1974) de tavsiye etmektedir. Alman hukukunda, eğer açık bir kanunlar ihtilafı normu yoksa en iyi hukukun (better law) ikinci derecede karar vermesini **Zweigert** [RabelsZ 37 (1973) 447 vd.] istemektedir.

Amerikan hukukunun bugünkü durumuna bu genel bakış, Amerikan hukukçularının devletler hususî hukukunu yeniden kurmak mecburiyetinde olduklarına dair bir inanca sahip olduklarını göstermektedir. Aslında devletler hususî hukukunda **Kegel**'in söyleyişle[97] bir "devrim" değil, bir "reform" ihtiyacından söz edilebilir. Kaldı ki, Amerika Birleşik Devletlerindeki bu yeni akımlar kısmen Amerikan hukukunun özelliğine bağlı olarak gelişmektedir. Amerikan kanunlar ihtilafı hukuku her şeyden önce "interlocal" bir hususî hukuktur. En geniş ölçüde lex fori'nin tatbiki devletler hususî hukukuna ait düşüncelere ters düşse de, pratik bakımdan Amerika Birleşik Devletleri için tercih edilebilir. Bugünkü **Avrupa hukukunda** ne teoride ne de uygulamada devletler hususî hukukunun dayandığı esaslar üzerinde bir tereddüt vardır[98]. Bununla beraber Amerikan hukukçularında ortak nokta olarak görülen, geçmişin katı dogmatik formülleri yerine tipik menfaat durumlarını değerlendirme yoluyla elde edilen kaideleri ikame etmek çabası önem taşır. Aynı çabayı Alman doktrininde **Kegel**'in eserlerinde de bulmaktayız[99]. Fakat belirtmek gerekir ki, menfaatler teorisi, tek bir menfaati mübalağalandırmak ve hukukî güvenlikte ve hukukun uygulanmasındaki istikrarda yatan genel menfaate zarar vermek karakterine sahiptir.

Kara Avrupa'sında, klasik devletler hususî hukuku anlayışından farklı olarak, uygulanacak maddî hukuku, ilgili maddî hukuk kaidesinin muhtevasına ve uygulanma isteğinin ağırlığına göre tayin etmek isteyen görüşler de gittikçe güçlenmektedir. Bu görüşler, uygulanacak maddî hukuk seçimini, ilgili hukuk nizamlarını aynı uygulanma seviyesinde kabul ederek, olayın tipik ağırlık merkezine veya belirli bir hukuk nizamı ile daha yakın bağlantısına bağlı olarak yapan devletler hususî hukukunun klasik metodunu yetersiz görmektedirler. Özel hukukun **fonksiyonlarında** meydana gelen **değişiklik**, klasik devletler hususî hukuku metodunda da "yapısal" bir değişikliği gerektirmektedir. Özel hukukun birçok alanlarında, artık, eskiden olduğu üzere sırf özel menfaatlerin dengelendirilmesi söz konusu değildir. Bugün özel hukuk devletin sosyal ve

---

97) KEGEL IPR 96.

98) DÖLLE IPR 40.

99) KEGEL Begriffs und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht: Fschr für Hans Lewald 1953 259-288; KEGEL IPR 53 vd..

ekonomik politikasına ait menfaatlerin gerçekleşmesine de hizmet etmektedir. Devletler hususî hukukunun, bu gerçeği göz ardı ederek, bu menfaatleri dikkate almaksızın, düzenlemesini sırf özel hukuk menfaatlerine göre yapması kabul edilemez. Ancak bu görüşlerin sahipleri, bu menfaatlere hizmet eden maddî özel hukuk kaidelerinin ne şekilde dikkate alınacağı hususunda sadece teorik ve pratikliği şüpheye karşılanan fikirler ileri sürmektedirler.

Bu görüşlerin etkisi bugüne kadar Almanca konuşan ülkelerin devletler hususî hukuklarında nisbeten sınırlı kalmış olmakla beraber, maddî hukuk kaidesinin muhtevasına daha çok önem veren bir eğilimin ağırlığını hissettirdiği inkâr edilemez. Bu eğilim çerçevesinde, ilgili hukuk nizamları arasında maddî hukuk ilişkisi için muhtevaca daha uygun olanı tercih (meselâ Türk MÖHUK m. 16; Avusturya IPRG § 8, 20 II, 21, 22, 30 I, 41, 42 II, 44 III; Alman IPRG m. 19 I, 20 I, 21 I, 26 I; İsviçre IPRG m. 56, 73 I, 74; Vasiyet Tasarruflarının Biçimine İlişkin Kanun Uyuşmazlıkları Konusundaki 5.10.1961 tarihli La Haye Sözleşmesi m. 1 ve Evlenme ile Nesebin Düzeltilmesine Dair Sözleşme m. 1) veya sosyal ve ekonomik bakımdan zayıf olan âkit tarafı (tüketiciyi, işçiyi, kiracıyı) **daha fazla korumakta olanı** dikkate alma (meselâ Avusturya IPRG § 41, 44; Alman IPRG m. 29, 30; İsviçre IPRG m. 120, 121) kabul edilmiş düzenlemelerdir.

Kara Avrupası hukukunda, özel hukuktaki fonksiyon değişikliğine bağlı olarak, devletin sosyal ve ekonomik politikasına ait vazifeler yüklenmiş maddî hukuk kaidelerinin **"müdahaleci normlar"** kavramı altında özel bir bağlanmaya tâbi tutulması da zikredilmelidir. Müdahaleci normlar, özel hukuk ilişkilerine etkili, kamu menfaati gözeten emredici hükümler olarak belirlenmektedir. Bunlar kamu hukukuna ait sevk ve idare tedbirlerini ihtiva etmektedirler. Kamu hukukunda yer alması gerekli değildir; kamu menfaati ağırlıklı olması, müdahaleci norm olarak vasıflandırılmanın ölçüsüdür. Döviz ve dış ticaret hukukunda yer alan yasaklar, para ve kartel kanunlarıyla akit yapma serbestisine getirilen sınırlamalar bunların tipik misallerini teşkil eder. Müdahaleci normlar, klasik devletler hususî hukuku kaidelerinden bağımsız olarak, kendi uygulama alanlarını yine bizzat tayin ederler. Bu uygulanma isteği, ya açık bir hüküm ile belirlenir ya da müdahaleci normun hizmet ettiği menfaatten hareketle kendisini belli eder. Özetle, devletler hususî hukukunda, belirli olay veya ilişkinin niteliğinden hareketle, uygulanacak maddî hukuk kaidesi tesbit edilir. Buna mukabil, müdahaleci normlar alanında, bizzat kanun hükmünden hareketle onun uygulama alanı çizilmeye çalışılır. Zamanımızın, özel hukukun sosyalleştirilmesi ve ona kamu menfaati ağırlığı verilmesi politikası devam ettiği sürece, müdaheleci normların miktarı da, şüphesiz saf özel hukuk kaideleri aleyhine artmaya devam edecektir. Ancak bu artışın saf özel hukuk kaidelerini gelecekte hangi ölçüde ortadan kaldırabileceğini söylemek bugün için elbetteki mümkün değildir.

Müdahaleci normlar anlayışında, prensip olarak yabancı hukuka ait müdahaleci normlar da dikkate alınabilirken, aynı anlayışın Fransız hukuk alanında benzerni teşkil eden **doğrudan doğruya uygulanan maddî normlar** ("lois d'application immédiate) teorisi, sadece kendi hukukuna ait maddî hukuk kaidelerinin tatbiki ile yetinmektedir. Bu teori de, devletin sosyal ve ekonomik

politikası ile görevlendirilmiş iç hukuka ait emredici maddî hukuk kaidelerinin, devletler hususî hukuku kaidelerini bertaraf ederek, uygulanma alanlarını bizzat tayin etmesi esasına dayanır.

Uygulanacak maddî hukuk kaidesini, ilgili maddî hukuk kaidesinin muhtevasına ve uygulanma isteğine bağlı olarak tesbit etmeye çalışan bu görüşler, klasik devletler hususî hukukunda **kamu düzeninin olumlu müdahalesi** ("pozitif ordre public") ile elde edilmekte olan sonuca, devletler hususî hukuku kaidelerinden geçmeksizin, doğrudan doğruya ulaşmaya çalışmaktadırlar. Gerçekten de, kamu düzeninin olumlu müdahalesi yoluyla, **lex fori**'ye ait müdahaleci normların uygulanması ancak kısmen temin edilebilme şansına sahiptir. Yabancı kanun hükmünün somut olayda uygulanması halinde, kamu düzeni ihlâl edilmekte ise, bu ihlâl ölçüsünde lex fori'nin kamu düzeninin olumlu müdahalesi ve dolayısıyla mahallî kanun hükümlerinin uygulanması söz konusu olabilir. Gerçi, müdahaleci normlar anlayışında da, belirli olay veya ilişkiye müdahaleci normların uygulanması için, kamu düzeninin müdahalesinde olduğu üzere, ülkeyle belirli bir ilişkisinin bulunması gereklidir. Ancak bu ilişki, mahallî bir normun "müdahaleci" vasfına etkili değildir. Bu bakımdan, müdahaleci normlar, kanunlar ihtilafı kaideleri gereğince olay veya hukukî ilişkiye uygulanacak hukuktan, yani akit statüsünden bağımsız olarak uygulanma alanına girer; yabancı kanunun uygulanması halinde kamu düzeninin ihlâl edilebilmesi konusuyla ilgilenmez. Buna mukabil mahkeme devleti dışında kalan ve hukuku, lex causae olarak da uygulanmayan bir **üçüncü devletin** müdahaleci normlarının uygulanması düşüncesi henüz tatmin edici bir sonuca ulaşmamıştır. Bugüne kadarki uygulamada üçüncü devlete ait bu gibi normlar ya hiç dikkate alınmamakta ya da dolaylı şekilde lex causae'ya dahil edilerek etkili olması sağlanmaktadır[99a]. Milletlerarası sözleşmeler[99b] dışında, nihayet 1989 yılında yürürlüğe giren İsviçre devletler hususî hukuku kanununda buna ilişkin bir hüküm (m. 19) yer almıştır. Ancak bu hüküm de, üçüncü devlete ait müdahaleci normların sadece "dikkate alınabileceğinden" söz etmektedir. Bu gelişme bugün için üçüncü devletlere ait müdahaleci normların dikkate alınabilmesi imkânının teorik ve kanunî gerekçesini oluşturmada yararlı olabilecek niteliktedir.

Sonuç olarak; bu yeni teorilerden hiçbiri henüz devletler hususî hukukunu etkileyecek bir güce sahip değildir. Bugün devletler hususî hukukuna hâkim olan anlayış, genel prensiplere ve fakat çok az formüllere sahip bulunan devletler hususî hukukunun tümden gelim metoduyla geliştirilmesini mümkün görmemektedir. Diğer hukuk dallarında olduğu gibi, devletler hususî hukuku da gelişimini ancak şahsîleşerek ve münferit olayların özellikleri nazara alınarak kanunlardan, mahkemelerin tatbikatından ve toplumun ihtiyaçlarından hareketle temin edebilecektir.

99a) Bkz. KELLER / SIEHR Allgemeine Lehren des IPR 1986 275.

99b) Meselâ 1944 tarihli Milletlerarası Para Fonu hakkında Bretton Woods'da imzalanan Andlaşma m. VIII II b; özellikle 1980 tarihli Akdî Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma AT-Andlaşması m. 7 I (ancak âkit devletlerin çoğunluğu bu hükme çekince koyarak, hukuklarına dahil etmemişlerdir).

Bugün, Kara Avrupasında son yıllarda kabul edilen kanunlarda, klasik devletler hususî hukuku anlayışında görülen tek gelişme[99c], katı bağlanmaların, maddî ilişkinin "daha yakın" irtibat halinde bulunduğu hukuka verilen tercihlerle (meselâ, 1978 t. Avusturya IPRG § 1 I, 18 II, 48 I; Türk MÖHUK m. 24 II, 25 III; 1986 t. Alman IPRG m. 4 III; 1987 t. İsviçre IPRG m. 15 I), kısmen yumuşatılması olmuştur.

d) Devletler hususî hukuku alanında 19. Yüzyıldan bu yana kanunlaşma devrine girildiğini gösteren bir gelişme[99d] vardır.

Fransa'da Code civil (1804) çok az sayıda kanunlar ihtilafına ait kaide getirmiştir. Ancak milliyet prensibi ve ordre public (kamu düzeni) kanunlarının mülkiliği esaslarını getirmesi bakımından çok önemlidir. Code civil örnek alınarak birçok kanunlar yapıldı veya tadillere başvuruldu: **Hollanda** (1829), **Yunanistan** (1856, yenilenmesi 1940), **Romanya** (1865), **İtalya** (1865, yenilenmesi 1942), **İspanya** (1889) ve birçok **Orta ve Güney Amerika** kanunları. Kendine has özellikleri olmakla beraber Avusturya Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (1811) da Code civil'in etkisinde kalmıştır. İsviçre'nin kantonal kanunları kısmen **Avusturya** hukukuna, kısmen code civil'e bağlıdır. **Almanya**'da EGBGB (1896) ve **İsviçre**'de NAG (1981) bir seri kanunlar ihtilafı kaideleri vaz'etmiştir. **Brezilya**'da (1916) önce tabiiyet prensibi benimsenmiş, fakat daha sonra (1942) tekrar ikametgâh prensibine dönülmüştür. Orijinal bir kanunlaştırmayı devletler hususî hukuku ile bölgelerarası hususî hukuka ilişkin iki kanunla **Polonya** (1926, yenileşmesi 1965) meydana getirmiştir. Yenu kanunlaştırmalar **Çekoslovakya** (1963) ve **Arnavutluk**'ta (1964) da mevcuttur. Devletler hususî hukukunun en yeni ve geniş düzenlemesini ise 1.6.1967 tarihinde yürürlüğe giren 1966 tarihli **Portekiz** medenî kanunu ile 1.1.1979 tarihinde yürürlüğe giren **Avusturya** Federal Kanununda ve yürürlüğü 22 Kasım 1982 olan Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkındaki Türk Kanununda ve 1.1.1983 tarihinde yürürlüğe giren **Yugoslav** Devletler Hususî Hukuku Kanununda bulmaktayız. Ve nihayet 1.9.1986 tarihinden beri **Alman** hukukunda yürürlükte olan yeni kısmî düzenleme (25.7.1986 ve 21.5.1999 tarihli IPR-Gesetze) ile 1988 yılında yürürlüğe giren **Japon** devletler hususî hukuku kanunu (Hörei), 1.1.1989 tarihinde yürürlüğe giren 18.12.1987 tarihli **İsviçre** Federal Kanunu, 22.9.1992 tarihli **Romanya** devletler hususi hukukunu düzenleyen Kanun, 31.5.1995 tarihli **İtalyan** devletler hususî hukuku Reform Kanunu, 28.11.1996 tarihli **Liechtenstein,** 6.8.1998 tarihli **Venezuella** ve 27.11.1998 tarihli **Tunus** Devletler Hususî Hukuku Kanunu (CDIP).

Devletler hususî hukukunun kanunlaşması geniş ölçüde yabancı hukukun tatbikini de birlikte getirmektedir. Eski kanunlarda kamu düzenine (ord-

99c) Bkz. LÜDERITZ IPR 19.

99d) Son yıllardaki gelişmeler için özelikle bkz. SIEHR Recent European Developments in Private International Law: Elsa Law Review, Vol III, No. 3, 1993, s. 311-324; Außereuropäische IPR-Gesetze, Hrsg. *Kropholler/Krüger/Riering/Samtleben/Siehr*, 1999.

re public) müsbet bir fonksiyon verilmektedir. Öyle ki, kamu düzeninden kabul edilen hukuk kaideleri ("loi d'ordre public") yabancı hukukun tatbikine mani olmakta ve doğrudan doğruya tatbik edilmektedir. Buna mukabil yeni kanunlarda kamu düzeni, arzu edilmeyen yabancı hukuka karşı savunma vasıtası olarak kullanılmakta ve sadece temel prensipleri ihlâl halinde müdahale eden bir kavram olarak görülmektedir. Bunun sonucu kamu düzeni müstakil bir kanunlar ihtilafı kaidesi şeklinde kabul edilmeyen, menfi fonksiyona sahip bir kavram olarak çıkmaktadır; meselâ *Portekiz* Medenî Kanunu m. 22[100]. Hiç şüphesiz yabancı hukukun tatbikini daha anlayışla karşılayan ve egoistçe düşüncelere dayanarak daima mahallî hukuku tatbik eden davranıştan uzaklaşan bu gelişmeyi takdirle karşılamak gerekir.

Anglo-amerikan hukukunda ve **İskandinav** ülkelerinde devletler hususî hukukunda genel bir kanunlaştırma hareketi görülmemiştir. **Amerikan** Restatement of the Law of Conflict of Laws, özellikle belirtmek gerekir ki, Amerikan Law Institute tarafından meydana getirilmiş özel bir tedvindir.

e) *Milletlerarası sözleşmeler*[101] de belirli bir ölçüde devletler hususî hukukundaki kanunlaşma hareketini tamamlamaktadır.

Anglo-amerikan hukuk alanı içerisinde bulunan devletler şimdiye kadar özellikle çok taraflı milletlerarası sözleşmelerden mümkün olduğu nisbette uzak kalmaya çalışmışlardır. Bu devletler **ikametgâh** (domicile) **prensibinde** ısrarlı oduklarından fiilen de tarafların kabul edebileceği bir sözleşme metni temin edebilmek çok güç gözükmektedir. Hatta böyle bir sözleşme elde edilebilse dahi ilgili devletlerin veya hâkimlerin sözleşme metinlerini farklı tefsir etmeleri ve gerçek hukuk birliğini kuramamaları ihtimali daima mevcut olacaktır. Şüphesiz daha iç hukukta dahi gelişmesini ve bütünlüğünü elde edememiş olan devletler hususî hukukunun devletler üstü bir düzenleme konusu olabilmesi bugün için pek düşünülecek bir şey değildir.

100) Almanca metin için bkz. RabelsZ 32 (1968) 515. Ayrıca bkz. NEUHAUS ve RAU: RabelsZ 32 (1968) 500 vd..

101) Gerek çok taraflı, gerekse iki taraflı milletlerarası sözleşmeler için ileride bkz. s. 62 vd..

§ 4. DEVLETLER HUSUSÎ HUKUKUNUN KAYNAKLARI

I. GENEL OLARAK

Devletler hususî hukukunun ana kaynağını iç hukuk teşkil eder. Devletler hususî hukuku ülke içi bir hukuk olduğundan, aynı nitelikteki diğer hukuk dalları gibi, kanun ve *örf ve âdet hukuku* devletler hususî hukukunun önde gelen kaynaklarıdır. Devletler hususî hukukunun belirli konularında meydana getirilen *sözleşmeler* (meselâ La Haye Sözleşmeleri) ancak iç hukuk haline getirildikçe devletler hususî hukukunun bir kaynağı olma niteliğini kazanırlar[101a].

II. KANUNLAR

a) Devletler hususî hukukunda, daha önce belirtildiği üzere, kanunlaştırma devresine girilmiş olmakla beraber, henüz çok az devlette kanunlar ihtilâfı kaidelerinin tam bir kodifikasyonu meydana getirilebilmiştir. Bununla beraber, hemen hemen tekmil devletlerde çeşitli kanunlarda yer alan münferit kanunlar ihtilâfı kaidelerine rastlamak mümkündür[102].

b) Türk devletler hususî hukukunun ana kaynağı 22.11.1982 tarihine kadar 1330 (1915) tarihli Türkiye'de Bulunan Yabancıların Hukuk ve Vazifeleri hakkında Muvakkat Kanun[103] (MuvK) idi.

MuvK. 18 Eylül 1330 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere "Kavanini Mevcudede Uhudu Atikaya Müstenid Ahkâmın Lağvı Hakkındaki Kanun"[104] ile ka-

101a) Türkiye'nin katıldığı devletler özel hukukuna ilişkin milletlerarası sözleşmeler için bkz. ULUOCAK Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri 1989 230-292; ÖZDEN Türkiye'nin Taraf Olduğu Milletlerarası Özel Hukuk Sözleşmeleri 1991; ALTUĞ/ÖZEL Milletlerarası Özel Hukuk Mevzuatı 1998 478-720; EKŞİ Uluslararası Ticaret Hukukuna İlişkin Mevzuat ve Anlaşmalar 1999.

102) Tekmil devletlerin devletler hususî hukukuna ilişkin kaidelerini bir araya toplamaya çalışan eser: MAKAROV Quellen des IPR I 1953 vd., II 1960 vd.; 3. Aufl., 1978.

103) Düstur, Tertibi Sâni, Cilt: 7, s. 458/459.

104) Düstur, Tertibi Sâni, Cilt: 8, s. 165.

pitülâsyonların kaldırılması üzerine meydana gelen boşluğu doldurmak gayesiyle kabul edilmiştir[105].

Bugün **Türk** devletler hususî hukukunun ana kaynağını, yürürlüğü 22 Kasım 1982 olan, 20.5.1982 tarihli ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun (MÖHUK) teşkil etmektedir.

Bunun yanında Türk hukukunda devletler hususî hukukuna ilişkin çok az sayıda kanun hükümlerine rastlanmaktadır. Meselâ Türk Ticaret Kanunu m. 678-687; m. 731-735; m. 866 ve 1330 tarihli Ecnebi Anonim ve Sermayesi Eshama Münkasim Şirketlerle Ecnebi Sigorta Şirketleri hakkında Muvakkat Kanun m. 13 gibi.

III. ÖRF VE ADET HUKUKU

Devletler hususî hukuku alanında *örf ve âdet* hukuku niteliği itibariyle mahkemelerin uygulamasından doğar. Devletler hususî hukukunun kanunlaştırılmadığı veya çok az sayıda kanunlar ihtilafı hukukuna ilişkin kanun hükümlerinin bulunduğu devletlerde mahkeme tatbikatı özellikle çok büyük önem taşır. Mahkemeler daima kanunların çözümlemediği meseleleri karara bağlamak durumuyla karşı karşıya kalırlar. Ve üzerinde fikir birliğine varılan mahkeme kararlarının çözümleri, hukuku tatbik durumunda bulunanların buna uygun davranışlarıyla örf ve âdet hukukunun oluşumuna yol açar. Diğer bir söyleyişle, mahkeme tatbikatı sabit bir hukuk sistemi yerine, daima gelişmekte olan bir devletler hususî hukukunun doğumuna vasıta olur.

Kanunlar ihtilafı hukukuna ilişkin muhtevaya sahip birkaç kanun bir kenara bırakılacak olursa **İngiltere**'de tekmil devletler hususî hukuku mahkeme tatbikatı üzerine kurulmuştur. **Fransa**'da hukuk tatbikatı, Code civil'in 3 üncü maddesiyle bir kaç kanunlar ihtilafı hukukuna ilişkin hükmünü kendine mesnet yaparak, 19'uncu yüzyıl ve 20'nci yüzyılın ilk yarısı boyunca kendisini kabul ettiren bir devletler hususî hukuku sistemine ulaşmıştır. **Almanya**'da da sadece EGBGB'nin hükümlerinden hareket edilerek, mahkeme tatbikatı üzerinde durulmasaydı, milletlerarası borçlar hukuku ile eşya hukuku sahasında devletler hususî hukuku sistemi kurulamazdı[106].

Bu bakımdan devletler hususî hukuku alanında mahkeme kararlarının yayınlanması diğer hukuk alanlarından çok daha fazla öneme sahiptir. Maalesef Türkiye'de de bu konudaki yayınlar[107] hiçbir şekilde yeterli değildir.

105) Bu konuda bkz. NOMER Ahkâmı Şahsiye 496 vd.

106) MAKAROV Grundriss 50.

107) Bkz. NOMER Yargıtay Kararları 730. Ve sadece birkaç özel derleme: BERKİ / ERGÜNEY Yabancılar Hukuku ve Kanun İhtilâfları İle İlgili Yargıtay Kararlarının Tahlil ve İzahları 1963 ve ÇELİKEL / NOMER Devletler Hususî Hukuku, Örnek Olaylar - Mahkeme Kararları[6] 1997, 257 vd.;

IV. MİLLETLERARASI SÖZLEŞMELER

Devletler hususî hukukunun önemli kaynaklarından biri de, kanunlar ihtilafına ilişkin milletlerarası sözleşmelerdir. Bunlar genellikle doğrudan doğruya uygulanacak hukuku gösterirler ve düzenledikleri konularda millî hukukun önünde gelirler. İkinci Dünya Harbinden bu yana, sayısı ve önemi özellikle Batı Avrupa'da çok artmış bulunan ve âkit devletleri devletler hususî hukukunun belirli alanlarında tek bir hukuk düzenine tâbi tutan milletlerarası sözleşmelerden bazıları, düzenledikleri alanlarda millî hukuklardan daha çok uygulanır hale gelmiştir. Devletler hususî hukukuna ilişkin kanunlarda yer alan bir hükmün uygulanmasından önce, o konuyla ilgili milletlerarası bir sözleşmenin mevcut olup olmadığı araştırılmalıdır. Hukukumuzda da, her münferit olayda, kanunlar ihtilafı kaidesinin uygulanmasından önce, önceki tarihli olsa dahi, ilgili milletlerarası bir sözleşmenin mevcut olup olmadığı tetkik edilerek, varsa öncelikle uygulanması gerekir (MÖHUK m. 1 II). Buna rağmen, özellikle Türk mahkemelerinin uygulamasında milletlerarası sözleşmelerin gözden kaçırıldığı görülmektedir[107a].

Devletler hususî hukukuna ilişkin milletlerarası sözleşmeler de *iki taraflı* ve *çok taraflı* olarak bir ayırıma tâbi tutulabilir.

1. İki Taraflı Sözleşmeler

Devletler hususî hukukuna ait hükümler taşıyan ikili sözleşmeler özellikle *konsolosluk, ticaret ve ikamet anlaşmalarıdır*. Bunlarda genellikle evlenme akitlerini yapabilme, vesayet ve tereke taksimine ilişkin düzenlemele-

---

ÜSTÜNDAĞ/KARSLI Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun², 1999; SAKMAR/EKŞİ/YILMAZ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Mahkeme Kararları² 1999.

107a) Milletlararası bir sözleşme, birbirinden farklı safhalardan geçerek âkit bir devlette **hukukî etkinlik** kazanır. 1° Üzerinde anlaşmaya varılan sözleşme metni, sözleşme çalışmalarına katılmış devletlerce **imzalanmakla**, kesin ve belgelenmiş olarak tesbit edilmiş ve böylece milletlerarası sözleşmenin tarihi de ortaya çıkmış olur. Ancak sözleşme, imzacı devletler için henüz bağlayıcılık kazanmamıştır. 2° Sözleşmenin bağlayıcı olabilmesi için, öncelikle imzacı ilgili devletin bu konuda yetkili kılınmış organı tarafından **kabulü** gerekir. Türk hukukunda, bir sözleşmenin iç hukukumuz alanında kabul edilerek yürürlüğe girebilmesi, prensip olarak, bir kanunla uygun bulunmasına (uygun bulma kanunu) bağlı olarak, Bakanlar Kurulu kararnamesi ile Resmî Gazete'de yayınlanmasıyla (Bakanlar Kurulu onayı) olur (244 s. K. m. 2 I ve m. 3 II). Bununla beraber, gerek uygun bulma kanunu gerekse onaylanma Sözleşmenin milletlerarası hukuk bakımından yürürlüğe girebilmesi ile ilgili değildir. 3∞ Sözleşmenin milletlerarası alanda **yürürlüğe girmesi** ve dolayısıyla hukukî etkinlik kazanması, kaide olarak, sözleşmenin genellikle son maddelerinde tesbit edilmiş bulunan, onay veya katılma belgesinin depozitere tevdiini takiben belirli bir sürenin geçmesiyle olmaktadır. Türkiye'nin yaptığı tekmil milletlerarası sözleşmelerin resmî kaydını tutmak ve belgelerini saklamak görevi ise Dışişleri Bakanlığına verilmiştir (244 s. K. m. 4 II).

re girişebilme bakımından konsoloslukların yetkileri konusunda hükümler vardır[107b]. *Ticaret anlaşmaları daha* çok âkit devletlere ait şirketlerin, özellikle anonim şirketlerin karşılıklı olarak tanınmasına ait önemli meseleleri düzenler. Bundan başka en ziyade müsaadeye mazhar (en fazla gözetilen) millet kaydı da devletler hususî hukuku bakımından önemli olabilir.

2. Çok Taraflı Sözleşmeler

a) Devletler hususî hukukunun kollektif andlaşmalar yoluyla birleştirilmesi fikri ilk **Mancini** tarafından ortaya atıldı. Ancak onun ısrarlı mücadelesi sonucu İtalyan hükümetinin devletler hususî hukukunun birleştirilmesi için milletlerarası konferanslar toplama teşebbüsleri (1874 ve 1881) ise başarılı olmadı. Buna mukabil Hollanda hükümetinin aynı maksatla 1893 yılında La Haye'de tertip ettiği konferans büyük başarıya ulaştı ve konferanslar sonraki tarihlerde de devam etti. Bu konferansların sonucu olarak devletler hususî hukukunun meşhur **La Haye Sözleşmeleri** meydana çıktı; 22.12.1986 tarihindeki durum:

(I) **12.6.1902** tarihli **La Haye** Konferansında:
- a) Evlenmeye İlişkin Sözleşme,
- b) Boşanmaya İlişkin Sözleşme,
- c) Vesâyete İlişkin Sözleşme(*).

17.7.1905 tarihli **La Haye** Konferansında:
- a) Evlenmenin Hükümlerine İlişkin Sözleşme,
- b) Kısıtlamaya (Hacir) İlişkin Sözleşme,
- c) Hukuk Usulüne İlişkin Sözleşme.

(II) 1951 - 1996 [Durum: 15.02.1999] yılları arasındaki dönem:

1) La Haye Devletler Hususî Hukuk Konferansı Statüsü[107c],
2) 1.3.1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair Sözleşme (17.7.1905 tarihli Hukuk Usulüne İlişkin Sözleşmenin Yenilenmesi)[108],
3) 15.6.1955 tarihli Menkul Şeylerin Milletlerarası Satışına Uygulanacak Hukuk Hakkında Sözleşme (Bu Sözleşme "loi uniforme" olarak aktedilmiştir.),
4) 1.6.1956 tarihli Yabancı Şirketlerin, Diğer Şahıs Birliklerinin ve Tesislerin Hukukî Şahsiyetlerinin Tanınması Hakkında Sözleşme (Henüz yürürlüğe girmemiştir.),

---

107b) Bu sözleşmeler için bkz. ÇELİKEL / ŞANLI 19.

(*) 5.10.1981 tarihli Küçüklerin Korunması Alanında Makamların Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Sözleşme bunun yerine geçmiştir (m. 18 I).

107c) Yürürlüğe girişi: 15.7.1955. Türkiye tarafından kabulü: 26.8.1955 (220 UNTS, 121. Reg. No. 2997).

108) Türkiye'nin katılması: RG. 23 Mart 1972 - 14137.

5) 15.6.1955 tarihli Millî Devlet Hukuku ile İkametgâh Devleti Hukuku Arasındaki İhtilafların Düzenlenmesine Dair Sözleşme (Henüz yürürlüğe girmemiştir.),
6) 15.4.1958 tarihli Menkul Şeylerin Milletlerarası Satışlarında Mülkiyetin Kazanılmasına Uygulanacak Hukuk Hakkında Sözleşme ("loi uniforme" olarak; henüz yürürlüğe girmemiştir),
7) 15.4.1958 tarihli Menkul Şeylerin Milletlerarası Satışlarında Akdî Olarak Kararlaştırılan Mahkemenin Yetkisi Hakkında Sözleşme (henüz yürürlüğe girmemiştir.),
8) 24.10.1956 tarihli Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme[109],
9) 15.4.1958 tarihli Çocuklara Karşı Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin Sözleşme[110],
10) 5.10.1961 tarihli Yabancı Resmî Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılması Sözleşmesi[110a],
11) 5.10.1961 tarihli Ölüme Bağlı Tasarrufların Şekline İlişkin Devletler Hususî Hukuku Sözleşmesi[110b],
12) 5.10.1961 tarihli Küçüklerin Korunması Alanında Makamların Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk Hakkında Sözleşme[111],
13) 15.11.1965 tarihli Evlâd Edinme Konusunda Makamların Yetkisi, Uygulanacak Hukuk ve Kararların Tanınması Hakkında Sözleşme,
14) 15.11.1965 tarihli Hukukî ve Ticarî Mevzularda Adlî ve Mahkeme Dışı Evrakın Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Sözleşme[112],
15) 25.11.1965 tarihli Yetkili Mahkeme Anlaşmasının Geçerliliği ve Hükümleri Hakkında Ortak Kaidelere İlişkin Sözleşme (henüz yürürlüğe girmemiştir.),
16) 1.2.1971 tarihli Hukukî ve Ticarî Konularda Yabancı Kararların Tanınması ve Tenfizi Hakkında Sözleşme,
17) ve Ek Protokol,
18) 1.6.1970 tarihli Boşanma ve Ayrılıkların Tanınması Hakkında Sözleşme,
19) 4.5.1971 tarihli Trafik Kazalarına Uygulanacak Hukuk Hakkında Sözleşme,

---

109) Türkiye'nin katılması: RG. 17 Eylül 1971 - 13959 (Sözleşme metni: RG. 24 Aralık 1971 - 14052)..
110) Türkiye'nin katılması: RG. 27 Eylül 1972 - 14319 (Sözleşme metni: RG. 11 Ocak 1973 - 14418).
110a) Türkiye'nin katılması: RG. 16 Eylül 1984 - 18517.
110b) Türkiye'nin katılması: RG. 17 Ocak 1983 - 17931.
111) Türkiye'nin katılması: RG. 21 Şubat 1983 - 17966.
112) Türkiye'nin katılması: RG. 17 Eylül 1971 - 13959 (Sözleşme metni: RG. 17 Haziran 1972 - 14218).

20) 18.3.1970 tarihli Hukukî ve Ticarî Konularda Yabancı Ülkelerde Delil İkamesi Hakkında Sözleşme,

21) 2.10.1973 tarihli Terekenin Milletlerarası İdaresi Hakkında Sözleşme (Henüz yürürlüğe girmemiştir.),

22) 2.10.1973 tarihli İmâlatçının Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk Hakkında Sözleşme,

23) 2.10.1973 tarihli Nafaka Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Sözleşme[112a],

24) 2.10.1973 tarihli Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Hukuk Hakkında Sözleşme[112b],

25) 14.3.1978 tarihli Evlilikte Mal Rejimlerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Sözleşme,

26) 14.3.1978 tarihli Evlenme Akti ve Evlenmenin Geçerliliği Hakkında Sözleşme,

27) 14.3.1978 tarihli Acentalığa Uygulanacak Hukuk Hakkında Sözleşme,

28) 25.10.1980 tarihli Özel Hukuk Açısından Çocukların Kaçırılması hakkında Milletlerarası Sözleşme[112c],

29) 25.10.1980 tarihli Adalete Başvurmayı Kolaylaştırma Hakkında Milletlerarası Sözleşme,

30) 1.7.1985 tarihli Trust'ların Tanınması ve Uygulanacak Hukuka Dair Sözleşme,

31) 20.12.1986 tarihli Milletlerarası Mal Satımlarına Uygulanacak Hukuk Hakkında Sözleşme ("loi uniforme" olarak; henüz yürürlüğe girmemiştir.),

32) 1.8.1989 tarihli Ölen Şahsın Terekesinin İntikaline Uygulanacak Hukuk Hakkında Sözleşme (Henüz yürürlüğe girmemiştir.).

33) 29.5.1993 tarihli Ülkeler Arası Evlâd Edinme'de Çocukların Korunmasına ve İşbirliğine Dair Sözleşme,

34) 19.10.1996 tarihli Çocukların Korunmasına İlişkin Tedbirlere ve Mahkemelerin Yetkisi, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme[113] (Henüz yürürlüğe girmemiştir).

La Haye Konferanslarına ilk önceleri yalnız Kara Avrupası devletleri iştirak etmiştir. Yapılan sözleşmelerde daima tabiiyet prensibi kabul edilmiştir. Bu se-

112a) Türkiye'nin katılması: RG. 16 Şubat 1983 - 17961.

112b) Türkiye'nin katılması: RG. 6 Şubat 1983 - 17951.

112c) Bkz. FİGANMEŞE 58 vd.

113) Bkz. TİRYAKİOĞLU Sözleşme 283 vd.

beple İngiltere gibi ikametgâh prensibini kabul eden Danimarka ve Norveç de bu sözleşmelerden uzak kalmışlardır. Ancak son zamanlarda La Haye Konferanslarına iştirak eden devletlerin alanı genişlemiş ve meselâ Amerika Birleşik Devletleri de bu Konferanslara katılmaya başlamıştır. Bunun sonucu, sözleşmelerde artık tabiiyet prensibi yanında ikametgâh ve mutad mesken gibi bağlanma noktaları da kullanılmaya başlanmıştır (meselâ 1.4.1964 yılından itibaren İngiltere için de yürürlük kazanan Ölüme Bağlı Tasarrufların Şekline İlişkin 5.10.1961 tarihli Devletler Hususî Hukuku Sözleşmesi).

b) 29.2.**1968** tarihinde AET - Ülkeleri **Brüksel**'de "Şirketlerin ve Tüzel Kişilerin Karşılıklı Tanınması Hakkında" bir sözleşme yaptılar. Bu sözleşme 3.6.**1971** tarihli (Avrupa) "Adalet Divanı Tarafından Sözleşme Yorumlanmasına İlişkin **Lüksemburg** Protokolü" ile tamamlanmış olmaktadır (Bunlar henüz yürürlüğe girmemiştir.).

Bunu 27.9.**1968** tarihinde "Medenî ve Ticarî Meselelerde Mahkemelerin Yetkisi ve Yargı Kararlarının Tenfizi Hakkında **Brüksel** Sözleşmesi" takip etti. Bu sözleşme, 3.6.**1971** tarihli (Avrupa) "Adalet Divanı Tarafından Sözleşme Yorumlanmasına ilişkin **Lüksemburg** Protokolü" ile tamamlandı.

Bunların dışında, **AET** tekmil devletler hususî hukukunu birleştirmeyi planlamaktadır: Meselâ 19.6.1980 tarihli Akdî Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Sözleşme[113a]; bu Sözleşme, hemen hemen tekmil akit tipleri için temel teşkil edecek kanunlar ihtilafı normları getirmiş olması bakımından önem taşımaktadır.

14.4.1980 tarihli Milletlerarası Mal Satımı Akitlerine İlişkin Viyana BM - Sözleşmesi[113b] de, yaygın uygulamasıyla burada zikredilmelidir.

c) Devletler hususî hukukuna ait kaidelerin bulunduğu diğer çok taraflı **sözleşmelerden**, meselâ bazıları[113c]:

7.6.**1968** tarihinde Londra'da **Avrupa Konseyi** üyelerince:

a) Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi[114].

b) Diplomatik veya Konsular Temsilcilerce Düzenlenen Belgelerin Tasdikten Muaf Tutulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi[114a].

20.6.**1956** tarihinde New York'da yapılan Nafaka Alacaklarının yabancı Memleketlerde Tahsili ile İlgili Sözleşme[115].

28.7.**1951** tarihli Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Cenevre Sözleşme-

---

113a) International Legal Materials C. 19. N. 6: November, 1980, s. 1492; ayrıca: RabelsZ 46 (1982) 196 vd..

113b) Geniş bilgi için ATAMER ,Y. Birleşmiş Milletler Satım Hukukunun Uluslararası Uygulama Alanı: IBD 10-11-12/1995 251 vd.

113c) Diğerleri için bkz. NOMER / ESKİYURT Avrupa Sözleşmeleri 1975; Cilt II: 1982.

114) Türkiye'nin katılması: RG. 26 Ağustos 1975 - 15338.

114a) Türkiye'nin katılması: RG. 12 Nisan 1987 - 19429.

115) Türkiye'nin katılması: RG. 5 Şubat 1971 - 13745 (Sözleşme metni: RG. 18 Mart 1971 - 13782).

si[116] ve 31.1.**1967** tarihli Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Protokol[117].

28.9.**1954** tarihli Vatansızların Hukukî Durumuna Dair New York Sözleşmesi.

6.4.**1950** tarihli Lake Success'de yapılan Gaipler Hakkında Ölüm Kararına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi.

19.6.**1948** tarihli Uçaklar Üzerindeki Hakların Tanınması Hakkında Cenevre Sözleşmesi.

24.9.**1923** tarihli Tahkim Kayıtları Hakkında (Protokol) ve 26.9.1927 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine Dair Cenevre Sözleşmeleri; ve bunların yerine geçen 10.6.1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınma ve Tenfizine Dair New York Sözleşmesi[117a].

21.4.**1961** tarihli Milletlerarası Ticarî Hakemliğe Dair Cenevre Avrupa Sözleşmesi;[117b] ve bunu tamamlayan 17.12.**1962** tarihli Milletlerarası Ticarî Hakemliğe Dair Cenevre Avrupa Sözleşmesinin Tatbiki Hakkında Paris Sözleşmesi.

20.1.**1966** tarihli (ve henüz yürürlüğe girmemiş bulunan) Tahkim Hakkında Ortak bir Kanunun Kabulüne İlişkin Strasburg Avrupa Sözleşmesi.

18.3.**1965** tarihli Devletler ile Diğer Devlet Teb'aları Arasındaki Yatırım İhtilaflarının Halli Hakkında **Washington** Dünya Bankası Sözleşmesi[117c].

7.6.**1930** ve 19.3.**1931** tarihli Milletlerarası Poliçe ve Çek Hukukuna ilişkin ve "lois uniformes" muhtevaya sahip Cenevre Sözleşmeleri (Maddî ve milletlerarası poliçe ve çek hukukunu birleştirmiştir.).

Bunlardan başka kısmen devletler hususî hukuku ve milletlerarası usul hukukuna da ilişkin bulunan kişi halleri hukukuna ait bir dizi çok taraflı sözleşme Milletlerarası Kişi Halleri Komisyonu (Commission Internationale de l'Etat Civil) tarafından hazırlanmıştır[118]. Yine sınaî mülkiyet ve fikrî haklar alanında kısmen devletler hususî hukukuna ait çok taraflı sözleşmeler mevcuttur. Türkiye bunlardan bir çoğuna katılmış bulunmaktadır[118a].

d) Türkiye'nin katılmasının söz konusu olmadığı çok taraflı sözleşmelerden en önemlileri:

(1) Danimarka, Finlandiya, İslanda, Norveç ve İsveç arasındaki **Kuzey Anlaşmaları**. Bunlar beş adet olup, evlenme, evlâd edinme ve vesayete

116) Türkiye'nin katılması: RG. 5 Eylül 1961 - 10898.

117) Türkiye'nin katılması: RG. 5 Ağustos 1968 - 12968.

117a) Türkiye'nin katılması: RG. 25 Eylül 1991 - 21002.

117b) Türkiye'nin katılması: RG. 23 Eylül 1991 - 21000.

117c) Türkiye'nin katılması: RG. 6 Aralık 1988 - 20011 [2 Haziran 1988 - 19830].

118) Bkz. YÜCEL, Milletlerarası Kişi Halleri Komisyonunun Sözleşmeleri 1974.

118a) Bkz. ÇELİKEL / ŞANLI 5-27.

(1931, yenilenmesi 1953); nafaka alacaklarının tahsiline (1931); hukuk kararlarının tanınma ve icrasına (1932); iflasa (1933) ve tereke, vasiyetname ve miras meselelerine (1934) ilişkindir.

(2) **Montevideo Anlaşmaları :**

a) Arjantin, Bolivya, Paraguay, Peru ve Uruguay arasında, milletlerarası medenî hukuk; milletlerarası ticaret hukuku ve usul hukukuna ilişkin **1899** tarihli üç sözleşme.

b) Arjantin, Paraguay ve Uruguay arasında, milletlerarası medenî hukuk, milletlerarası kara ticareti hukuku, milletlerarası deniz, nehir ve hava hukuku ve milletlerarası usul hukukuna ilişkin 1940 tarihli dört sözleşme ve bir ek protokol.

(3) **1928** tarihli **"Codigo Bustamante"**. Milletlerarası medenî hukuk, milletlerarası ticaret hukuku, milletlerarası ceza hukuku ve milletlerarası medenî usul hukukuna ilişkin olup çok teferruatlı bir sözleşmedir. Arjantin, Kolumbiya, Meksika, Paraguay ve Uruguay dışında kalan diğer Latin Amerika Devletleri katılmıştır.

(4) Belçika, Lüksemburg ve Hollanda tarafından yapılan 15.3.**1950** tarihli Devletler Hususî Hukukuna dair bir **Benelux Sözleşmesi** bir **"lol uniforme"** meydana getirmiş olmakla beraber yürürlük kazanamamıştır. Bu sözleşmenin 3.11.**1966** tarihinde yapılan yeni şekli de tasarı halinde kalmıştır.

(5) **Doğu Bloku Sözleşmeleri :**

Ekonomik ve ekonomik-teknik işbirliği ilişkilerinden doğan, Medenî Hukuk İhtilâflarına İlişkin Hakem Mahkemesi Kararları hakkında 26.5.1972 tarihli bir Moskova Sözleşmesi vardır. Bu sözleşme çeşitli ülkelerin ekonomik kuruluşları arasında çıkan ihtilâfları prensip olarak davalının ülkesindeki ticaret odası nezdindeki hakem mahkemesine havale etmektedir.

Bu Moskova Sözleşmesi 26/28.2.**1974** tarihli "COMECON Ülkeleri Ticaret Odaları Nezdindeki Hakem Mahkemelerine ait Ortak Hükümler" ile tamamlanmıştır. Bu hükümler usule ve ücretlere ilişkindir.

Ayrıca "Ticarî Malların Teslimine Dair Genel Şartlara İlişkin Sözleşme" de devletler hususî hukuku bakımından önem taşır.

§ 5. LİTERATÜR

I. TÜRK DEVLETLER HUSUSÎ HUKUKU[119-120]

Sevlğ (Muammer R.), Özel Devletler Hususî Hukuku, 1930;
İleri, Yasaların Çatışması, 1934;
Belgesay, Teorik ve Pratik Adliye Hukuku IV. Devletler Hususî Hukuku I 1937, II 1938;
Metya, Devletler Hususî Hukuku Ders Notları, 1939;
Seviğ (Muammer R.), Türkiye Cumhuriyeti Kanunlar İhtilafı Sentezi, 1941;
Berki (Şakir), Tatbiki Devletler Hususî Hukuku 1949-1950;
Salem, Droit international privé de la Turquie, Répertoire de droit international VII 228-285;
Yörük, Devletler Hususî Hukuku, 1950;
Seviğ (Muammer R. / Vedat R.), Devletler Hususî Hukuku[3], 1962;
Berki / Ergüney, Yabancılar Hukuku ve Kanun İhtilafları İle İlgili Yargıtay Kararlarının Tahlil ve İzahları, 1963;
Ansay, American-Turkish Private International Law, 1966;
Berki (O. Fazıl), Türk Hukukunda Kanun İhtilafları[2], 1971;
Uluocak, Kanunlar İhtilafı (Yasama Yetkisi Kuralları), 1971;
Altuğ, Devletler Hususî Hukuku, 1973;
Göğer, Kanunlar İhtilafı (İçtihatlar Açısından Bağlama Kuralları), 1973;
Seviğ (Vedat R.), Kanunlar İhtilafı (Yasama ve Yargılama Çatışmaları), 1974;
Göğer, Devletler Hususî Hukuku[4], 1977;
Uluocak, Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri 1987; 1989;
Sakmar, Le nouveau droit international prive turc, Rec des Cours (1990 - IV) 313-416;
Sadroleşrafi, Şematik Devletler Özel Hukuku, 1991.
Altuğ, Devletler Özel Hukuku, 1995;
Çelikel, Milletlerarası Özel Hukuk[4], 1995;
Tekinalp G., Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları[6], 1999;
Çelikel / Nomer, Devletler Hususî Hukuku, Örnek Olaylar-Mahkeme Kararları[6], 1997;
Nomer, Devletler Hususî Hukuku[10], 2000.
Milletlerarası Münasebetler Türk Yıllığı (The Turkish Yearbook of International Relations) (1960'dan beri).
Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (1981'den beri).
Argumentum (1990'dan beri).

---

119) Latin harfleriyle yazılmış genel nitelikteki kitap ve dergiler tarih sırasıyla verilmiştir.

120) Türk devletler hususî hukuku literatürü hakkında bkz. KRÜGER: RabelsZ 53 (1989) 577-591; İBD 10-11-12/1989 665-680. Bazı monografik eserler için bkz. NOMER Doktrin 179 vd.

II. YABANCI LİTERATÜR[121]

1. Kaynak Eserler

Makarov, Quellen des IPR , I² 1953 vd.; II² 1960; 3. Aufl., 1978;
Bergmann / Ferid, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht (I-XII)⁶ <Durum: 1987>
Ferid / Firsching, Internationales Erbrecht, (I-VII)³ <Durum: 1987>
Bülow / Böckstiegel/Geimer/Schütze, Der Internationale Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen³ 1997.

2. Genel Eserler:

Almanya:

von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts VIII 1849; 1956;
Ludwig von Bar, Theorie und Praxis das IPR² I, II 1889 (Yeni Baskı: 1966);
Zitelmann, IPR I 1897, II 1898-1912;
Frankenstein, IPR I 1926, II 1929, III 1934, IV 1935;
Lewald, Das deutsche IPR auf Grundlage der Rechtsprechung 1931;
Staudinger/Raape, Staudingers Kommentar zum BGB und EG VI 2⁹ 1931;
Nussbaum, Deutsches IPR 1931;
Melchior, Die Grundlagen des deutschen IPR 1932;
Lewald, Règles générales des conflits de lois 1941;
Wolff, Das IPR Deutschlands³ 1954;
Achilles/Greiff/Beitzke, BGB²¹ 1958;
Raape, IPR5 1961; **Raape-Sturm,** IPR⁶ 1977;
Staudinger-..., Staudingers Kommentar zum BGB: EGBGB¹⁰/¹¹ [1970-81],¹² [1979-..],¹³ [1993-..]; Art.38: Unerlaubte Handlungen¹² 1992;
Makarov, Grundriss des IPR 1970;
Dölle, IPR² 1972;
Drobnig, American-German Private International Law 1972;
Neuhaus, Die Grundbegriffe des IPR² 1976;
Wengler, IPR I, II: Reichsgerichtsräte-Kommentar, BGB VI¹² 1981;
Erman/Ardnt-Erman/Marquordt, Handkommentar zum BGB II⁷ 1981; II⁹ 1993;
Soergel/Kegel-Soergel/Lüderitz, BGB VIII¹¹ 1984;
Ferid, IPR³ JA-Sonderheft 13, 1986;
Pirrung, Internationales Privat- und Verfahrensrecht nach dem Inkrafttreten der Neuregelungen des IPR 1987 (Text-Materialien-Hinweise);
Christian von Bar, Internationales Privatrecht I: Allgemeine Lehren 1987, II: Besonderer Teil 1991;
Liechtenhann, IPR 1988 (Textausgabe);
Schlosshauer-Selbach, IPR 1989;
Henrich, Internationales Familienrecht 1989;
Münchener Kommentar-..., Münchener Kommentar zum BGB VII² : EGBGB/IPR 1990;
Lüdertz, IPR² 1992;

---

121) Daha geniş literatür için bkz. NIEDERER Einführung 367-400 (1953'e kadar); STAUDINGER / GAMILLSCHEG IPR II 17-18; KEGEL IPR7 1995 202-226.

Kegel, IPR[7] 1995;
Jayme/Hausmann, Internationales Privat- und Verfahrensrecht[8] 1996 (Textsammlung);
Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht[5] 1996;
Soergel-..., Bürgerliches Gesetzbuch X[12]: Einführungsgesetz 1996;
Palandt-Heldrich, Bürgerliches Gesetzbuch[56] 1997;
Firsching/von Hoffmann, IPR[5] 1997;
Kropholler, IPR[3] 1997
Münchener Kommentar-..., Münchener Kommentar zum BGB VII[3] : EGBGB/IPR 1998;
Kunz, IPR[4] 1988;
Junker, Internationales Privatrecht 1998;
Hüßtege, IPR[3] (Examenskurs für Rechtsreferandare) 1999;
Hay, Internationales Privatrecht 1999.

Amerika Birleşik Devletleri :

Beale, Conflict of Laws I-III 1935;
Nußbaum, Principles of Private International Law 1943;
Ehrenzweig, Conflict of Laws 1962;
Stimson, Conflict of Laws 1963;
Stumberg, Principles of Conflict of Laws[3] 1963;
Goodrich / Scoles, Handbook of the Conflict of Laws[4] 1964;
von Mehren / Trautman, The Law of Multistate Problems, Cases and Materials on Conflict of Laws 1965;
Ehrenzweig, Private International Law, General Part 1967;
Ehrenzweig, Conflicts in a Nutshell[3] 1974;
Leflar, American Conflicts Law[3] 1977;
Ehrenzweig / Louisell / Hazard, Jurisdiction in a Nutshell[4] 1980;
Weintraub, Commentary on the Conflict of Laws[2] 1980;
Cramton/David P. Currie/Kay, Conflict of Laws: Cases-Comments-Questions[3] 1981;
Siegel, Conflicts in a Nutshell 1982;
Richman/Reynolds, Understanding Congflict of Laws 1984;
Martin, Conflict of Laws: Cases and Materials[2] 1984;
Sedler/Cramton, Sum and Substance of Conflict of Laws[3] 1987;
Reese/Rosenberg/Hay, Cases and Materials on Conflict of Laws[9] 1990;
Vernon/Weinberg/Reynolds/Richman, Conflict of Laws: Cases, Materials and Problems, New York 1990.
Brilmayer/Martin, Conflict of Laws, Cases and Materials[3] 1990;
Scoles / Hay, Conflict of Laws[2] 1992.
Hay, Conflict of Laws (Black Letter Series)[2] 1994;
Restatement of the Law of Conflict of Laws, 1934;
Restatement of the Law Second, Conflict of Laws, 2d, I-III, 1971.

Avusturya :

Walker, IPR[5] 1934;
Bolla, Grundriss des österreichischen IPR 1952;
Köhler, IPR[3] 1966;
Schwind, Handbuch des österreichischen internationalen Privatrechts 1975;
Schwimann, Grundriß des IPR 1982;
Schwind, IPR 1990;

Schwimann, IPR 1993;
IPRE 1, Österreichische Entscheidungen zum IPR, bis 1983, 1984;
IPRE 2, Österreichische Entscheidungen zum internationalen Privat- und Verfahrensrecht 1983-1987, 1991.

Fransa :

Maury, Régles générales des conflits de lois, Rèc. 1936 III;
Niboyet, Traité de droit international privé français I² 1947, II² 1951, III 1944, IV 1947, V 1948, VI/1 1949, VI/2 1950;
Niboyet, Cours de droit international privé français² 1949;
Arminjon, Précis de droit international privé I³ 1947, II³ 1958, III² 1952;
Savatier, Cours de droit international privé² 1953;
Batiffol, Aspects philosophiques du droit international privé 1956;
Simon/Depitre, Droit international privé 1964;
Dalloz, Répertoire du droit international, I 1968, II 1969;
D. Holleaux/Foyer/de Geouffre de la Pradelle, Droit international privé 1987;
Majoros, Le droit international privé³ 1990;
Audit, Droit international privé 1991;
Mayer, Droit international privé⁴ 1991;
Ancel-Lequette, Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international prive² 1992;
Batiffol/Lagarde, Droit international privé, I8 1993, II⁷ 1983;
Revillard, Droit international privé et pratique notariale³ 1993;
Loussouarn/Bourel, Droit international privé⁴ 1993;
Deruppé, Droit international privé¹⁰ 1993;
Mayer, P., Droit international privé 1998.

İngiltere :

Wolf, Private International Law² 1950;
Schmitthoff, The English Conflict of Laws³ 1954;
Scott, Private International Law 1972;
Graveson, Conflict of Laws⁷ 1974;
Collier, Conflict of Laws 1987;
Jaffey, Introduction to the Conflict of Laws 1988;
Morris (MacLean), The Conflict of Laws⁴, 1993;
Dicey / Morris, On the Conflict of Laws I, II¹² 1993;
Cheshire/North/Fawcett, Private International Law¹³ 1999;

İsviçre :

Schnitzer, IPR⁴, I 1957, II 1958;
Niederer, Einführung in die allgemeinen Lehren des IPR³ 1961;
Vischer, IPR: Schweizerisches Privatrecht I 1969 (1974) 511-709;
Vischer-von Planta, IPR² 1982;
Keller/Siehr, Einführung in die Eigenart des IPR³ 1984;
Keller-Siehr, Allgemeine Lehren des IPR 1986;
Knoepfler/Schweizer, Précis de droit international privé suisse 1990;
Schwander, Einführung in das IPR I, Allgemeiner Teil² 1990;

A. Bucher, Droit international privé suisse II 1992;
Heini/Keller/Siehr/Wischer/Volken, IPRG Kommentar 1993.
Hansell (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. IPR 1995.

3. Karşılaştırmalı Hukuk :

Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, Artikel IPR, IV 1933, 320-542;
Kuhn, Comparative Commentaries on Private International Law of Conflict of Laws 1937;
Rabel, The Conflict of Laws I² 1958, II² 1960, III²¹ 1964, IV 1958;
Graveson, Comparative Aspects of the General Principles of Private International Law 1964;
De Nova, Historical and Comparative Introduction to Conflict of Laws, Rec. 1966 II 435-621;
Francescakis, Droit international privé comparé: Répertoire de droit international I 1968 674-688;
Szàszy, Conflict of Laws in the Western, Socialist and Developing Countries 1974;
Kahn-Freund, General Problem of Private International Law 1976 = Rec. 1974 III 139-474.

4. Dergiler :

Almanya :

1. Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht <RabelsZ>, 1927'den beri;
2. Recht der internationalen Wirtschaft 1954/55-1957; Außenwirtschaftsdienst, 1958-1974; Recht der Internationalen Wirtschaft, Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters, 1975-1987; Recht der Internationalen Wirtschaft, Betriebs-Berater International <RIW>, 1988'den beri;
3. Recht in Ost und West 1957'den beri;
4. Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts <IPRax>, 1981'den beri;
5. Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des IPR, 1926-1991.

Amerika Birleşik Devletleri :

6. The American Journal of International Law 1907'den beri.
7. The American Journal of Comparative Law 1952'den beri.

Avusturya :

8. Zeitschrift für Rechtsvergleichung, 1960'dan beri (1991'den sonra: Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht);

Fransa :

9. Journal de droit international <"Clunet">, 1874'den beri;
10. Revue critque de droit international privé <önce:Revue de droit international privé, sonra: Revue de droit international>, 1905'den beri.

İngiltere :

11. Journal of Comparative Legislation and International Law (1897-1951);
12. International Law Quarterly (1947-1951);
13. International and Comparative Law Quaterly, 1952'den beri.

İsviçre :

14. Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht 1944-1990; sonra: Zeitschrift für internationales und europäisches Recht.

5. İlmî Kuruluşlar :

Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg (vaktiyle: Kaiser-Wilhelm-Institut),
Institut de Droit International, Brüksel (Enstitü bir Annuaire çıkarmaktadır),
International Law Association, Londra,
Academie de Droit International, La Haye (1923'den beri Recueil des Cours Professés á l'Académie de Droit International de La Haye'i çıkarmaktadır),
Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit) Roma,
Gesellschaft für Rechtsvergleichung, Freiburg.
Deutscher Rat für Internationales Privatrecht, Köln.
La Haye Konferansları[122].

122) 31.10.1951 tarihinde La Haye Devletler Hususî Hukuku Konferansları için bir "Statü" yapıldı. Bu Statü 26 Ağustos 1955 tarihinde Türkiye tarafından da kabul edildi; 220 UNTS, 121. Reg. No. 2997. Ayrıca bkz. yukarıda s. 62 vd..

BİRİNCİ BÖLÜM

Devletler Hususî Hukukunun GENEL KISMI

§ 6. DEVLETLER HUSUSÎ HUKUKU KAİDELERİNİN NİTELİĞİ VE NEVİLERİ

I. MADDİ HUKUK KAİDELERİNE GÖNDERME (ATIF)

1. Devletler hususî hukukuna ait kanunlar ihtilafı kaideleri hayat ilişkileri hakkında doğrudan doğruya karar vermezler, sadece karar verecek olan maddî hukuk kaidelerini belirtirler. Diğer bir söyleyişle, hayat ilişkileri hakkında dolaylı olarak karar verirler, yani hâkime uygulanması gerekli maddî hukuku gösterirler. Bu itibarla devletler hususî hukuku kaideleri *gönderen* (*atıfda* bulunan, *havale* eden) kaidelerdir.

> Daha sonra üzerinde durulacağı üzere, devletler hususî hukuku kaideleri yabancı bir hukuka **atıfta** bulunduğunda, eğer yabancı hukukun devletler hususî hukuku kaideleri de dikkate alınıyor ise, "iade-atıf" veya "devam eden - atıf" problemleri ortaya çıkabilir[1].

Devletler hususî hukuku kaideleri ya *kendi* hukukuna ya da yabancı bir hukuka göndermede bulunur. Ancak bu gönderme prensip olarak kendi hukukunun veya yabancı hukukun bütününe olmaz. Burada ilgili hayat ilişkisini doğrudan doğruya ele alan *belirli kaide gruplarına* yapılan bir gönderme söz konusudur (MÖHUK m. 2 II).

> **Misal :** MÖHUK m. 8 bir şahsın fiil ehliyetini onun millî hukukuna göndermekte ise, bununla kastedilen şüphesiz o millî hukukun fiil ehliyetine ilişkin hükümleridir.

Aynı hayat ilişkisine *farklı hukuk nizamlarının* maddî hukuk kaidelerinin uygulanmasını gerektiren göndermeler de olabilir.

> **Misal :** MÖHUK m. 12 evlenme ehliyetleri bakımından taraflardan her biri için kendi millî hukuklarına göndermede bulunuyor ise, bunun anlamı farklı tabiiyette olanların evlenme akitlerinde her bir taraf için kendi millî hukuklarındaki ilgili hükümlerin tatbik edileceğidir.

---

1) Bkz. ileride s. 129 vd..

İlk tatbiki emredilen hukukun *daima* uygulanma imkanına sahip olacağı da söylenemez. Bir statü değişikliği[2] her zaman için söz konusu olabilir.

> **Misal :** Aynî haklarda söz sahibi hukuk lex rei sitae'dir. Şu halde menkul şey Türkiye'den Fransa'ya götürülmüş ise, Türkiye'de henüz tamamlanmamış olan bir vakıaya dayanılarak bu menkul şey üzerinde mülkiyetin kazanılıp kazanılmadığı problemi artık Türk hukukuna göre değil, Fransız hukukuna göre çözümlenecektir.

2. Bir kanunlar ihtilafı kaidesinin belirli bir hayat ilişkisini tâbi tutmuş olduğu *maddî hukuk kaidelerinin meydana getirdiği* kaideler grubu "statü" kelimesi ile ifade olunur. Diğer bir söyleyişle, *statü* tabiri genel manada bir hayat ilişkisine kanunlar ihtilafı hukuku kaideleri gereğince nihaî olarak tatbik edilecek maddî hukuk nizamını ifade eder. Bu manada olmak üzere belirli bir hayat ilişkisinin meselâ İsviçre hukukunun borçlar statüsüne, haksız fiil statüsüne, boşanma veya miras statüsüne tâbi olduğundan söz edilir.

> Bazı olaylarda bu veya şu gruptaki maddî hukuk kaidesinin hangi statüye ait bulunduğu tereddüt uyandırabilir. Meselâ ölüme bağlı bağışlamaya ilişkin bir maddî hukuk kaidesinin miras statüsüne mi yoksa borçlar statüsüne mi ait bulunduğu kolaylıkla cevaplandırılamaz. Bu bir "vasıflandırma" problemidir. Ayrıca üzerinde durulacaktır[3]. Ancak burada şunu tesbit etmek gerekir. Bazı maddî hukuk kaideleri genel karaktere sahiptirler. Meselâ irade beyanı ve irade bozukluklarına ilişkin kaideler böyledir. Bu gibi kaideler yalnız hukukun bir kısmında değil, fakat hususî hukukun tekmil alanlarında tatbik edilirler. Eğer kanunlar ihtilafı kaidesi miras statüsünü belirli bir hukuka tâbi tutmuş ise, acaba bu hukuk nizamının irade bozuklukları hakkındaki genel hükümlerine de aynı zamanda bir göndermede bulunmuş mudur? Bu hukukta iki kaide grubu arasında bir iç bağlantı mevcutsa verilecek cevap da şüphesiz müsbet olacaktır[4]. Şu halde meselâ MÖHUK m. 22 gereğince bir Avusturyalının menkul mirası hakkında Avusturya menkul miras statüsü tatbik edilecektir. Bir irade bozukluğu sebebiyle vasiyetnamenin geçerli olup olmadığı meselesi ortaya çıktığında, bu konuda Avusturya hukukunun miras statüsünde özel hükümler mevcut değilse, Avusturya hukukunun irade bozukluklarına ilişkin genel hükümleri dikkate alınacaktır.

II. BOŞLUKLAR

Genellikle bütün hukuklarda devletler hususî hukuku kaideleri eksiklikler gösterir. Hangi hukukun tatbik edileceği meselesini bazı konularda halletmemiş hukuk nizamlarından biri de Türk devletler hususî hukukudur. Teessüs

2) Bkz. yukarıda s. 28 vd..

3) Bkz. ileride s. 88 vd..

4) DÖLLE IPR 54.

etmiş örf ve âdet kaidelerinin de bulunmadığı durumlarda bir boşluk vardır ve hâkim bu boşluğu doldurmak mecburiyetindedir.

1. Hâkim iç hukuktaki bir kanun boşluğunu doldurmak için kullandığı usulü *prensip olarak* burada da takip eder. Türk Medenî Kanununun kullandığı kelimelerle "kendisi vazıı kanun olsaydı bu meseleye dair nasıl bir kaide vazedecek idiyse ona göre hükmeder" (m. 1). Yani devletler hususî hukuku alanında, hâkim çözmek zorunda olduğu hayat ilişkisinin ağırlık noktasını, yerini araştırmak ve çeşitli menfaat durumlarını karşılaştırmak suretiyle devletler hususî hukuku hakkaniyetini tesis edecek en uygun hukuk nizamına bu hayat ilişkisini bağlamak mecburiyetindedir.

> Devletler hususî hukukunda hâkimin kanun koyucu gibi ortaya çıkardığı hukuk kaidesi kendi hukukunun veya yabancı bir hukukun tatbikini gerektirecektir. Bu sebeple hâkimin hukuk dışı etkenlerin dışında kalması burada çok önemlidir. Şunu demek istiyoruz: hâkim kendi millî hukukunun tatbikini temin etmek eğilim ve arzusundan kendini kurtarmalıdır. Bu eğilim ve arzu, hâkimin kendi hukukunun üstünlüğüne olan safca ve doktriner bir inanışla, millî menfaatleri himaye etmek gayretiyle, yabancı hukukun tatbikinde bir hataya düşebilme endişesiyle, kendi hukukunu tatbik etmedeki kolaylıkla ve hatta hukukî şovenizmle doğabilir. Bütün bu unsurlar, yabancı hukukun doğru tatbik edilmesi şartıyla, isabetli değildir ve deyim yerinde ise "yuvaya dönüş çabaları" ile izah edilebilir.

2. Devletler hususî hukuku kaidesi bir gönderme ile yetinmesine rağmen alelade bir düzenleme kaidesi olarak düşünülemez. Belirli bir hayat ilişkisinin şu veya bu maddî hukuka tâbi tutulmasının, bunlar arasındaki fark dikkate alınırsa, ne kadar önemli olduğu ortaya çıkar. Bu sebeple hayat ilişkisinin belirli hukuk nizamına bağlanmasının ifade ettiği mana, bu hayat ilişkisinin muhtevası itibariyle en haklı çözüme ulaştırılmasını temin etmektir. Şu halde bir devletler hususî hukuku kaidesi her şeyden önce bir *hakkaniyet niteliğine* sahiptir[5]. Sonuç şu olmaktadır ki, kanun koyucunun yaptığı gibi, hâkim de yaratttığı devletler hususî hukuku kaidesi ile bu hakkaniyet idealini yerine getirmek durumundadır. Bu hakkaniyet söz konusu hayat ilişkisinin en sıkı ilişki içerisinde olduğu, yani onun *ait bulunduğu* hukuk nizamının bulunmasıyla, en azından bir varsayım olarak, temin edilmiş olur. Aksi halde yani hayat ilişkisini, hiç veya çok az bağlantısı bulunduğu bir hukuk nizamına tâbi tutmak haksız ve düzen bozucu olurdu.

> **Misal :** Sadece mahallî hukuka uygun olarak yapılan evlilikleri geçerli kabul eden yabancı bir ülkedeki evlenme akitlerini şeklen tarafların millî hukuklarına tâbi tutmak taraflar bakımından haksız (adaletsiz) olurdu.

5) DÖLLE IPR 44.

3. Bir hayat ilişkisinin "ait bulunduğu" hukukun tayininde sadece şeklî kıstaslara göre hareket etmek mümkün değildir. Üzerinde karar verilecek olan hayat ilişkisini, onunla irtibatı olan tekmil *ilgililerin* (devletin, tarafların, üçüncü şahısların, düzen ve muamelelerin) *menfaatlerine* göre tahlil etmek ve en ağır basan menfaatin bulunduğu yere bağlamak gerekir. Bununla beraber menfaatler dengesinin bu şekilde ele alınması da hayat ilişkisinin "ait bulunduğu" hukuk nizamına bağlanması kavramı içerisinde yer alır. Bu arada hâkimin hukuk yaratma görevini yaparken sahip olduğu imkânlardan, özellikle *mukayeseli hukuktan* yararlanması ve kıyas yolunu kullanması devletler hususî hukuku bakımından büyük önem taşır. Mukayeseli hukuk metodunun kullanılması varılan çözüm tarzının diğer hukuk nizamları ile çatışmamasını ve dolayısıyla milletlerarası karar ahenginin teminine yardımcı olur. Kıyas müessesesi ise millî devletler hususî hukuk sisteminin tamamlanmasında daima başarıyla kullanıla gelmiştir.

Misal : MuvK m. 4'de yer alan hüküm sadece hangi hallerde yabancı hukukun tatbik edileceği meselesini cevaplandırmıştı. "Kıyas" yoluyla bu hükümlerin Türk hukukunun tatbik edileceği durumlara da uygulanmasıyla[6] tek taraflı kanunlar ihtilafı kaideleri çok taraflı kanunlar ihtilafı kaideleri gibi kullanıldı.

4. Tatbiki söz konusu olabilen hukuk nizamlarının getirdiği çözümler birbirleriyle uyuşmakta veya sonuç olarak aynı karara ulaşmaktalarsa, hâkimin boşluk doldurma veya diğer bir söyleyişle kanun koyma görevi kolaylaşır. Hâkim burada şüphesiz birbirine uygunluk gösteren maddî hukuk kaidelerine göre hareket edecektir. Ancak hukuk nizamlarının muhtevaca birbirleri ile uyuşması hâkimi hangi hukuk nizamını tatbik ettiğini belirtmekten kurtaramaz. Özellikle mahallî hukuku mu yoksa yabancı hukuku mu tatbik ettiğini hâkim açıkça ortaya koymalıdır. Çünkü yabancı hukuk ile mahallî hukukun tatbikinde uygulanma usulü bakımından farklar mevcuttur.

III. DEVLETLER HUSUSÎ HUKUKU KAİDELERİNİN KULLANILMASI

1. Devletler hususî hukuku kaidelerinin tatbiki ancak yabancı unsurlu bir olayda söz konusu olacağına göre önce olayda bir yabancılık unsurunun mevcut olup olmadığının tesbiti gerekir.

Misal : Bir Alman vatandaşı kadın Türk mahkemesinde Türk vatandaşı olan kocası aleyhine boşanma davası ikame ediyor. Ortada saf ülke ilişkili bir münasebet yoktur. Yabancılık unsuru olarak bir "yabancı tabiiyet" söz konusudur.

6) Bkz. ULUOCAK Kanunlar İhtilâfı 1971 14.

Olayda yabancılık unsuru olduğu takdirde iki ayrı hukuk alanında bir inceleme yapmak lâzım gelir:

(1) *Usul hukukuna ait inceleme.* Olayın milletlerarası medenî usul hukukuna ilişkin problemlerinin çözülmesi, yani Türk mahkemesinin milletlerarası yetkiye sahip olup olmadığının tesbiti gerekir.

(2) *Maddî hukuka ait inceleme.* Uygulanacak hukukun bulunması, yani mahallî hukukun mu yoksa ilgili yabancı bir hukukun (misalde Alman hukukunun) mu tatbiki gerektiğinin tesbiti icap eder.

Her iki incelemede de mahkeme olaydaki maddî ilişkinin ("hayat ilişkisinin") hangi hukukî münasebet içerisinde yer aldığını önceden düşünmek ve genel bir çerçeve içerisinde (borçlar hukuku, eşya hukuku, aile hukuku, miras hukuku ilişkisi gibi) değerlendirmek zorundadır. Hem usul hukuku hem de maddî hukuk bakımından inceleyebilmek için olayın lex fori'nin ölçülerine göre bu şekilde hukukî bir çerçeve içerisine yerleştirilmesi zaruridir. Yukarıda verilen misalde, aile hukukuna ait bir hayat ilişkisi söz konusudur.

a) *Milletlerarası yetki.* Mahkemenin olay hakkında karara varabilmesi öncelikle o olayda yetkili bulunmasına bağlıdır. Yabancı unsurlu bir olay olduğuna göre Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisinin varlığı Türk milletlerarası medenî usul hukuku kaidelerine göre tesbit edilecektir. Misalde aile hukukuna ait bir boşanma davası bulunduğuna göre buna ilişkin milletlerarası yetki kaideleri (MÖHUK m. 27; MK m. 136; HUMK m. 9 III) nazara alınacaktır.

b) *Uygulanacak hukuk.* Mahkeme kendisinin olayda yetkili olduğunu tesbit ettikten sonra ihtilafı çözümlemek için *hangi maddî hukuku* tatbik edeceğini bulmak mecburiyetindedir. Bu bir *devletler hususî hukuku problemidir*: belirli bir maddî ilişkiye hangi millî hukuk tatbik edilecektir?

Hangi millî hukukun tatbik edileceğini kanunlar ihtilafı kaidesi gösterecektir. Bu kanunlar ihtilafı kaidesi mahkemenin devletler hususî hukukuna ait bir kaidesidir. Şu halde Türk devletler hususî hukukunun kaideleri Türk mahkemesinin hangi hukuku tatbik edeceğini tesbit eder. Mahkeme yabancı unsurlu bir olayda doğrudan doğruya iç hukukun maddî hükümerini tatbik edemez. Meselâ Türk hâkimi yukarıda verilen misalde, doğrudan doğruya Türk Medenî Kanununun boşanma hükümlerine baş vuramaz. Önce, yani maddî kaidelerin tatbikinden önce, olayla ilişkili bulunan millî hukuklardan hangisinin tatbik edilmesi gerektiğini Türk devletler hususî hukukunun kaidelerine göre bulmak mecburiyetindedir. Şüphesiz bulduğu hukuk Türk hukuku olabileceği gibi yabancı hukuk da olabilir.

2. Her kanunlar ihtilafı kaidesinde zarurî olarak iki unsur yer alır. Bu unsurlardan biri *bağlanma konusu,* diğeri bağlanma vakıası ("bağlanma noktası" veya "bağlanma kavramı") olarak ifade edilir.

> **Misal :** MÖHUK m. 8 gereğince bir şahsın medenî hakları kullanma ehliyeti onun tabiiyetinde bulunduğu devletin kanunlarına tâbidir. Bu kanunlar ihtilafı kaidesinde "medenî hakları kullanma ehliyeti" bağlanma konusudur. "Tabiiyet" ise bağlanma vakıası (bağlanma noktası veya bağlanma kavramı)'dır. Medenî hakları kullanma ehliyeti ilgili şahsın tabiiyetinde bulunduğu devletin kanunlarına göre karara bağlanacaktır.
>
> Bir kanunlar ihtilafı kaidesi "mülkiyet ve aynî hakların şeyin bulunduğu devletin kanunlarına tâbi olacağını" ifade ediyorsa (MÖHUK m. 23 I); "mülkiyet ve aynî haklar" bağlanma konusu, şeyin bulunduğu "yer" bağlanma vakıasıdır.
>
> "Terekeyi murisin son ikametgâhı hukukuna göre" düzenleyen bir kanunlar ihtilafı kaidesinde (1891 tarihli İsviçre Federal Kanunu m. 22 I), "tereke" bağlanma konusu ve "murisin son ikametgâhı" bağlanma vakıası olur. Kanunlar ihtilafı kaidelerinin formüle ediliş şekilleri çok çeşitlidir. Bununla beraber bir kaide kanunlar ihtilafı kaidesi vasfına sahip ise behemahal bu kaidede bir bağlanma konusu ve bir de bağlanma vakıası bulunur.

3. Devletler hususî hukuku kaidesi düzenlediği hayat ilişkisini, meselâ hukukî muamele ehliyetini veya evlenme aktini veya mirası belirli bir hukuk nizamına gönderdiğinde, bu hayat ilişkisini bu hukuk nizamına *bağlar,* o hukuka tâbi tutmuş olur. Şu halde *"bağlanma"* ile kanunlar ihtilafı hukukuna ait belirli bir olayın, yani bir *bağlanma konusunun,* belirli bir hukuk nizamının (yabancı veya mahallî hukuk nizamının) belirli bir kaideler grubuna tâbi kılınmasını ifade eden ve kanunlar ihtilafı kaidesinde yer alan *kanunî bir emir* anlaşılır.

Bağlanma için, bağlanması gereken olayı devletler hususî hukuku bakımından karakterize eden, diğer bir söyleyişle, belirli bir hukuk nizamına *gönderilmesinde* istikamet veren vakıalar *(bağlanma noktaları),* meselâ ilgili tarafların tabiiyeti veya ikametgâhı, şeyin belirli bir ülkedeki durumu veya bir hâkimiyet alanı içerisinde fiillerin yapılması gibi vakıalar nazara alınır.

> Tek ve aynı hayat ilişkisinin **tek** bir hukuk nizamına bağlanması şart değildir, hatta genellikle **birden** çok hukuk nizamına bağlandığı görülmektedir. Bu birden çok hukuk nizamına bağlanma çeşitli şekillerde olabilir:
>
> (1) **Paylaşma.** Tek bir hayat ilişkisi birden çok hukuk nizamının yanyana ve birlikte tatbikine konu teşkil eder. Bu hukuk nizamlarının aradığı şartlar yerine gelmelidir.
>
> > **Misal :** Evlenme ehliyeti nişanlılardan her birinin kendi millî hukuklarına tâbidir (MÖHUK m. 12 I).
>
> (2) **Seçmeli Bağlanma.** Aynı hayat ilişkisine uygulanacak hukukların tayinin-

de, çeşitli bağlanma noktaları, maddî hukuka ait bir sonucun elde edilebilmesi amacıyla (Uygunluk Prensibi, favor negotii, testamenti, legitimitatis, matrimonii v.s.) alternatif olarak kullanılmaktadır.

> **Misaller :** "Hukukî işlemler, yapıldıkları yer hukukunun veya o hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir" (MÖHUK m. 6: "favor negotii").
>
> "Ölüme bağlı tasarrufun şekli 6 ncı madde hükmüne bağlıdır. Ölenin millî hukukuna uygun şekilde yapılan ölüme bağlı tasarruflar da geçerlidir" (MÖHUK m. 22 IV: "favor testamenti").
>
> "Nesebin düzeltilmesi, babanın düzeltme anındaki millî hukukuna, nesebin bu hukuka göre düzeltilememesi halinde ananın millî hukukuna, buna göre dahi düzeltmenin mümkün olmaması halinde, çocuğun millî hukukuna tâbidir" (MÖHUK m. 16: "favor legitimitatis").

(3) **Şartlı Bağlanma.** İlk merhalede hayat ilişkisine yabancı bir hukuk nizamı tatbik edilir, bununla beraber mahallî hukuk kendi kabul ettiğinden daha geniş talepler bakımından etkili olur.

> **Misal :** "Almanya dışında ika olunan bir haksız fiilden dolayı bir Almana karşı, Alman kanunlarının kabul ettiğinden daha şümullü talep hakları dermeyan edilemez" (EGBGB m. 38).

(4) **Bölünme.** Tek ve aynı hayat ilişkisi kurulması, hükümleri ve ortadan kalkması bakımından çeşitli hukuk nizamlarına tâbi olabilir. Bu hayat ilişkisinin parçaları kendilerine ait kanunlar ihtilafı kaidelerine tâbi olurlar.

> **Misal :** Evlenme ilişkisinde evlenme akti, evlenmenin genel hükümleri, mal rejimleri ve boşanma özel kanunlar ihtilafı kaidelerine göre ayrı hukuk nizamlarına tâbi olabilirler (MÖHUK m. 12, 13, 14).
>
> Satım akitleri de özellikle eski İsviçre tatbikatında parçalanmakta, aktin yapılması meselesi ile aktin hükümleri farklı hukuk nizamlarına tâbi olabilmekteydi.

Burada, yani "bölünme" vak'alarında birden çok hukuk nizamının birbiri arkasına tatbiki söz konusudur. Bu bakımdan, birden çok hukuk nizamının birlikte ve "yan yana" tek ve aynı hayat ilişkisine tatbikini ifade eden "paylaşma" olaylarından farklıdır.

(5) **Kademeli Bağlanma.** Esas (ilk) veya önceki bağlanma noktasından istifade edilememesi halinde onu takip eden (fer'i) bağlanma noktaları kullanılır.

> **Misal :** "Evlenmenin genel hükümleri, eşlerin müşterek millî hukukuna tâbidir. Tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları halinde müşterek ikametgâh hukuku, bulunmadığı takdirde müşterek mutad meskenleri hukuku, bunun da bulunmaması halinde Türk hukuku uygulanır" (MÖHUK m. 12 II).

4. Kanunlar ihtilafı kaideleri kullandıkları bağlanma vakıalarının, meselâ bir şahsın tabiiyetinin veya bir şeyin bulunma yerinin hangi zaman süresi

içerisinde dikkate alınacağını da göstermelidir ve gösterir de. *Bir hukukî muamelenin* doğumu, murisin ölümü veya bir haksız fiilin ikaı gibi bir defalık oluşumlarda, sarih olarak zikredilmemiş olsa dahi zaman unsuru kendiliğinden anlaşılır. Bunlarda nazara alınan bağlanma, şüphesiz oluşum anındaki bağlanmadır. Buna mukabil devamlılık gösteren hukukî ilişkilerde bağlanma vakıaları değişiklik gösterebileceği için muhtemelen farklı hukuk nizamları, teknik bir söyleyişle *statü değişikliği* (conflit mobile) ortaya çıkacaktır.

> **Misal :** MÖHUK m. 12 gereğince aynı tabiyette olan eşler evlenmenin umumî hükümleri bakımından millî hukuklarına tâbidirler. Daha sonra tabiiyet değiştirdiklerinde yeni millî hukukları evlenmenin umumî hükümlerine hâkim olacaktır. Bu bir statü değişikliği meydana getirmektedir[7].

Bu nevi bir statü değişikliği ile *askıda statü* olayı birbirinden ayrı şeylerdir. Askıda statü olayında, belirli bir âna kadar hangi hukuk nizamının tatbik edileceği kesinlik kazanamaz.

> **Misal :** MÖHUK m. 22 gereğince menkul miras murisin millî hukuk nizamına tâbidir. Ancak bu "askıda" bir statüdür, zira ölüm anına kadar hangi hukukun tatbik edileceği kesin olarak bilinemez.

5. Fiil ehliyeti ve hukukî muamele ehliyeti veya şekil ile ilgili bazı meseleler hakkında özel diyebileceğimiz kanunlar ihtilafı kaideleri vardır. Ehliyet ilgilinin millî hukukuna (MÖHUK m. 8), hukukî muamelenin şekli yapıldığı yer hukukuna (MÖHUK m. 6; locus regit actum) tabidir. İhtilaf konusu olan hayat ilişkisine uygulanan esas veya *temel statü meşhur* terimiyle lex causae olarak ifade edilir.

> **Misal :** Bir Türk vatandaşı İngiltere'de bir vasiyetname tanzim ettiği takdirde, MÖHUK m. 22 gereği onun menkul terekesine ve Türkiye'deki gayri menkul terekesine **esas statü** ("lex causae") olarak Türk hukuku hâkim olmasına rağmen, vasiyetnamenin şekli esas statü karşılığı olarak **özel** bir statüye yani MÖHUK m. 22 III ve m. 6 hükmü icabı yapıldığı yer hukukuna, İngiliz hukukuna tâbi olabilir.

IV. DEVLETLER HUSUSİ HUKUKU KAÎDELERİNİN NEV'İLERİ

1. *Tek taraflı (eksik) kanunlar ihtilafı kaidesi* sadece ne zaman kendi hukukunun tatbik edileceğini söyler. *İki taraflı veya çok taraflı (tam) kanunlar ihtilafı kaidesi* ise ayrıca ne zaman yabancı hukukun ve hangi yabancı hukukun tatbik edileceğini de gösterir.

---

7) Bu konuda bkz. yukarıda s. 28 vd.

Misal : "Bir Almanın mirası, ikametgâhı Almanya dışında bulunsa dahi Alman kanunlarına göre intikal eder" (EGBGB [eski] m. 24). Alman hukukunun bu kanunlar ihtilafı kaidesi sadece Alman hukukunun tatbik edileceği durumu gösterdiği için "tek taraflı" ("eksik") bir kanunlar ihtilafı kaidesidir.

Veya "millî hukukuna göre hakkında gaiplik veya ölmüş sayılma kararı verilemiyen kişinin mallarının Türkiye'de bulunması veya eşinin veya mirasçılarından birinin Türk vatandaşı olması halinde Türk hukukuna göre gaiplik veya ölmüş sayılma kararı verilir" (MÖHUK m. 10 c. 2) şeklindeki bir hüküm de, yalnız Türk hukukunun uygulanacağı bir durumu düzenlediğinden **tek taraflı** bir kanunlar ihtilafı kaidesi olarak nitelendirilir.

"Hak ve fiil ehliyeti ilgilinin millî hukukuna tâbidir (MÖHUK m. 8 I). Türk devletler hususî hukukunun bu kaidesi yabancı hukukun da tatbik edilebilmesi durumunu söylediği için "iki taraflı" ("tam") bir kanunlar ihtilafı kaidesidir.

Bazan kanunlar ihtilafı kaidesi tek taraflı olarak, sadece, *yabancı* hukukun tatbik edileceği durumu belirtir. Böyle bir devlet hususî hukuku kaidesine *negatif tek taraflı* kanunlar ihtilafı kaidesi denmektedir[8]. Ancak bu nevi kaideler mahallî hukukun benzer olaylarda tatbik edilmesini men'edici bir manaya da sahip değillerdir. Bu sebeple genel kanunlar ihtilafı kaidelerine aykırı düşmedikleri nisbette, çok taraflı kaideler olarak da kullanılabilirler. Aslında tek taraflı kanunlar ihtilafı normları kaideten kıyas yoluyla çok taraflı kaidelere dönüştürülerek tatbik edilmektedir.

Misal : Yabancıların ehliyet ve aile hukukuna ilişkin ihtilaflarında ve yine yabancılara ait menkul tereke davalarında tâbi olacakları kanunu kendilerinin millî kanunları olarak tesbit eden MuvK m. 4 hükmü, sadece yabancı hukukun uygulanma durumunu gösterdiğinden "negatif tek taraflı" kanunlar ihtilafı kaidelerindendi.

Kapitülâsyonlar rejiminin tatbik edildiği devirlerde yabancıların ahkâmı şahsiyesi (statut personnel) ile ilgili ihtilaflar onların millî kanunlarına tâbi tutulmakla kalmayıp, Türk mahkemelerinin yetkisi dışında da bırakılmıştı. Ancak 1330 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere kapitülâsyonlar tek taraflı olarak ilga edilince meydana gelen boşluğu doldurmak üzere ve dolayısıyla yabancıların millî kanunlarının tatbiki gerekli konularda 1330 tarihli Muvakkat Kanun kabul edildi. Böylece "negatif tek taraflı" kanunlar ihtilafı hükümlerinden ibaret bir kanun ortaya çıktı[9].

2. Tek taraflı kanunlar ihtilafı kaideleri ile çok taraflı kanunlar ihtilafı kaideleri arasında, Alman doktrininde **eksik çok taraflı kanunlar ihtilafı kaideleri** diye adlandırılan bir orta grup daha vardır. Bu grup kaidelerde, kanun koyucu, tek taraflı kanunlar ihtilafı kaidelerinden farklı olarak sadece mahallî kanunların tatbik alanını belirtmekle yetinmemiş, aynı zamanda yabancı hukukun tatbikini de, fakat genel olarak değil de, belirli bir şarta bağlayarak kabul etmiş-

8) NEUHAUS Grundbegriffe 1976 102.

9) Geniş bilgi için bkz. NOMER Ahkâmı Şahsiye 496 vd..

tir. Bu şart genellikle maddî ilişkinin mahallî hukuk nizamı ile belirli bir münasebetinin bulunmasıdır.

Misal : "Koca evlenme sırasında Alman tabiiyetinde bulunduğu takdirde karı koca mallarının tâbi olduğu usul Alman kanunlarına göre tayin edilir".

"Koca evlendikten sonra Alman tabiiyetini iktisap eder veya yabancı karı ve kocanın ikametgâhları Almanya'da bulunursa, karı koca malları hakkındaki usul kocanın evlenme sırasında tâbiiyetinde bulunduğu devletin kanunlarına göre tayin olunur; şu kadar ki bu kanunlara göre caiz olmasa dahi, karı ve koca bir evlenme mukavelesi aktedebilirler" (EGBGB [eski] m. 15).

Verilen misalde yabancı hükümlerin tatbiki kocanın evlendikten sonra Alman tabiiyetini iktisap etmesi veya yabancı eşlerin ikametgâhlarının Almanya'da bulunması şartına bağlanmıştır. Bu şartlar doğmamış ise, yani koca evlenmeden sonra Alman tabiiyetini kazanmamış veya karı kocanın Almanya'da ikametgâhları olmamış ise Alman hâkimi ilgili hükümde karı kocanın mallarına tatbik edilecek kanun meselesinin cevabını bulamıyacaktır. Şu halde hüküm, Alman kanununun tatbiki bakımından tam, fakat yabancı kanunun tatbiki bakımından eksiktir.

3. Mahallî hukukun tatbikini kaideye aykırı olarak genişleten kanunlar ihtilafı kaidelerine de **inhisarî kaideler** adı verilmektedir[10]. Bunlar o nevi kaidelerdir ki, hukuk politikasına ilişkin düşüncelerle veya diğer herhangi bir sebeple çok taraflı kanunlar ihtilafı kaidesi haline getirilmezler. Meselâ, MÖHUK m. 8 II'de yer alan hüküm: "Millî hukukuna göre ehliyetsiz olan bir yabancı Türk hukukuna göre ehil ise, Türkiye'de yaptığı hukukî işlemle bağlıdır. Aile ve miras hukuku ile yabancı ülkedeki taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklara ilişkin işlemler bu hükmün dışındadır" (benzer hüküm: EGBGB [eski] m. 7 III). Halbuki esas kaide hak ve fiil ehliyetinin ilgilinin millî hukukuna tâbi olmasıdır (MÖHUK m. 8 I).

4. Daha önce de belirtildiği üzere, devletler hususî hukukunun modern kanunlaştırma hareketlerinde kaideten çok taraflı kaideler kullanılmaktadır. Doktrin alanında da tek taraflı kanunlar ihtilafı kaideleri pek[11] tasvip görmemektedir. En azından tek taraflı kanunlar ihtilafı kaidelerinin hâkimi birçok devletler hususî hukuku problemi karşısında cevapsız bıraktığından şüphe edilemez.

Ve yine daha önce işaret edildiği gibi, eksik kanunlar ihtilafı kaideleri kaideten ve kıyas yoluyla kendine özgü manası bozulmaksızın çok taraflı kaidelere dönüştürülmekte, özellikle uygulamada kanunlar ihtilafı kaidelerinin sözünü ettiğimiz ayırımları fiilen ortadan kalkmaktadır.

10) KEGEL IPR 126.

11) Bkz. WIETHÖLTER, Einseitige Kollisionsnormen als Grundlage des internationalen Privatrechts 1956.

5. Lâfzî ifadesine göre bir devletler hususî hukuku ilişkisine tatbik edilecek hukuku gösteren kanunlar ihtilafı kaidelerine *müstakil (bağımsız)* kanunlar ihtilafı kaidesi denmektedir.

> **Misal :** Medenî hakları kullanma ehliyetini ilgilinin millî kanununa tâbi tutan bir kanunlar ihtilafı kaidesi (MÖHUK m. 8 I) "müstakil" bir kaidedir.

Buna mukabil diğer kaidelerle birlikte devletler hususî hukuku ilişkisine tatbik olunacak hukuku belli eden, yani ancak diğer kanunlar ihtilafı kaideleriyle tamamlanan, kendi başına yeterli bulunmayan kaideler *müstakil olmayan (bağımlı)* kanunlar ihtilafı kaidelerini teşkil ederler.

> **Misal :** Kanunlar ihtilafı kaidelerine göre tatbiki gerekli yabancı kanunların kamu düzenine aykırı olmamalarını ifade eden kaide (MÖHUK m. 5) hiçbir normatif düzenlemeye sahip olmayıp diğer kanunlar ihtilafı kaidelerini değiştirmektedir. Bu itibarla "müstakil olmayan" veya "yardımcı" nitelikte bir kanunlar ihtilafı kaidesidir.

6. Maddî hukuk normları olarak görülen, yani kanun sistematiğinde hususî hukukta yer alan, fakat gerçekte önce bir kanunlar ihtilafı meselesini cevaplandıran kanunlar ihtilafı hukukuna da ait olan kaidelere *örtülü* veya *gizli kanunlar ihtilafı normları* adı verilmektedir.

> **Misal :** Türk BK m. 83: "Mevzuu para olan borç memleket parasıyla ödenir."
>
> Para borçlarının Türk parasıyla ödeneceği hükmü aslında öncelikle Türk parasıyla ödeme hükmünün örtülü bir kanunlar ihtilafı kaidesi gereği yabancılık unsuru taşıyan ve Türkiye'de ifa edilecek para borçları için de uygulanacağını ifade etmektedir.

§ 7. BAĞLANMA

I. DEVLETLER HUSUSÎ HUKUKU KAİDELERİNİN UNSURLARI

Daha önce de belirtildiği üzere, her kanunlar ihtilafı kaidesinde zaruri olarak iki unsur bulunur. Bu unsurlar belirli bir hayat ilişkisi, yani *bağlanma konusu* ve bağlanma konusunun belirli bir hukuk nizamına tâbi tutulmasında nazara alınan vakıa, yani *bağlanma noktasıdır.* Belirli bir hayat ilişkisinin bağlanma noktası yardımıyla belirli bir hukuk nizamına tâbi tutulması ise *bağlanmayı* ifade eder. Devletler hususî hukuku kaideleri bir "bağlanmayı" emreden kanunî hükümlerden ibarettir.

Misal : "Hak ve fiil ehliyeti ilgilinin millî hukukuna tâbidir" (MÖHUK m. 8 I).

Bu kanunlar ihtilafı kaidesinde "hak ehliyeti" ve "fiil ehliyeti" bağlanma konusudur. Şahsın "tabiiyeti" ise bağlanma noktasıdır.

Kanunlar ihtilafının kaideleri de, diğer hukuk kaideleri gibi, maddî muhtevalarına uygun olarak tatbik edilebilmeleri için doğru tefsir edilmelidir (yorumlanmalıdır). Bu tefsir (yorum) gereği hem bağlanma konusu, yani düzenlenmesi söz konusu olan hayat ilişkisi (meselâ mirasın intikali, eşlerin şahsî hukukî münasebetleri vs.) için hem de bağlanma noktaları (meselâ tabiiyet, ikametgâh vs.) için varittir. Ve ayrıca tefsir problemi kanunlar ihtilafı kaidelerinde özel bir öneme sahiptir. Kanunlar ihtilafı kaidesi belirli bir hayat ilişkisine tatbik edilecek hukuk nizamını gösterdiğinden, kanunlar ihtilafı kaidelerinin tefsiri genellikle tatbik edilecek hukuk nizamının tayininde etkili olmaktadır.

II. BAĞLANMA KONUSU VE TEFSİRİ (VASIFLANDIRMA)

1. Kavram

1. Kanunlar ihtilafı kaideleri bağlanma konusunu belirlemek maksadıyla kaideten *genel kavramlar* kullanır. Bu genel kavramlar o kanunlar ihtilafı

kaidesinin düzenlediği hayat ilişkisini veya ilişkilerini işaret eder. Meselâ, hukukî muamele ehliyeti, şekil, haksız fiiller, evlenme akti, eşler arasındaki şahsî hukukî münasebetler, evlilikte mal rejimleri, nesep, babalık, nesebin tashihi, evlad edinme, menkul miras, mirasın intikali ve benzer genel kavramlar genellikle kanunlar ihtilafı kaidelerinde kullanılmaktadır. Böylece her kanunlar ihtilafı kaidesinin *konusunun* şöyle anlaşılması icap etmektedir: "Eğer hukukî muamele ehliyeti" söz konusu ise şu hukuk tatbik edilecektir. Veya "eğer şekil söz konusu ise" bu hukuk tatbik edilecektir gibi. Bu durumda ilk mesele, önümüzdeki ihtilafta böyle bir konunun bulunup bulunmadığının hangi hukuka göre tesbit edileceğini bulmaktır. Yani karara konu teşkil eden hayat ilişkisinin *hangi hukuk içerisinde* bir şahsın hukukî muamele ehliyetine, hukukî muamelenin şekline, evlilikte mal rejimlerine, mirasın intikaline veya diğer bir genel kavrama ait bir hukukî ilişki olarak yorumlanacağı, yani *vasıflandırmaya* tâbi tutulacağıdır.

Böyle bir "vasıflandırma" problemi, hukuk nizamlarının belirli hayat ilişkilerini farklı şekilde vasıflandırmalarından meydana çıkmaktadır. Aslında kanunlar ihtilafı kaidelerinde yer alan bağlanma konuları mukayeseli hukuk açısından tetkik edildiğinde, bu konuları belirlemek için kullanılan kavramların sayıca çok olmadığı ve hemen hemen aynı olduğu görülür. Bunlarda daima hak ve fiil ehliyeti, hukukî muamelenin şekli, evlenmeye ehliyet, eşler arasındaki mal rejimlerine ait ilişkiler, miras hukuku münasebetleri gibi kavramlar yer alır. Ancak bu genel kavramların içerisinde yer alan hayat ilişkileri her hukuk nizamında aynı olmamaktadır. Diğer bir söyleyişle, belirli bir hukukî müessesenin iç hukuk düzenlemelerindeki yeri farklı olabilmektedir. Ve böylece belirli bir hayat ilişkisinin vasıflandırılmasında hukuk nizamlarının verdikleri cevaplar da birbirinden farklı olmaktadır: Meselâ, karının nafaka talebi bir hukuk nizamında eşler arasındaki mal rejimine, diğer bir hukuk nizamında eşler arasındaki şahsî münasebetlere ait bir talep olarak mütalaa edilir; veya mirasçısız terekeye devletin sahip çıkması bir hukuk nizamında miras hukukuna, diğer bir hukuk nizamında sahipsiz mala el koyma hukukuna ait bir mesele olarak görülür; veya zamanaşımı bir hukuk nizamında maddî hukuk, diğer bir hukuk nizamında usul hukuku müessesesi kabul edilir; veya müşterek vasiyetname yasağı bir hukuk nizamında, şekil meselesidir, diğer bir hukuk nizamında ise vasiyetin özüne ilişkin bir konudur.

Bir kanunlar ihtilafı kaidesinin tatbikinde bir hukukî müessese veya hukukî münasebet ilgili hukuk nizamlarında farklı vasıflandırmalara tâbi tutulmakta ise, bu vasıflandırmalardan hangisinin nazara alınacağı bilinmelidir. Çünkü bir kanunlar ihtilafı kaidesi belirli bir hukukun tatbikini, ancak belirli bir hukukî müessese veya hukukî münasebetin olayda söz konusu olup olma-

dığına bağlamaktadır. Eğer olaydaki hukukî müessese veya hukukî münasebetin vasıflandırmaları farklı ise, nazara alınacak vasıflandırmaya göre farklı kanunlar ihtilafı kaideleri ve muhtemelen farklı hukuk nizamları tatbik edilecektir.

Misal : Koca hem Avusturya, hem de Alman hukukuna göre kadının "dava ikamesi masraflarını" karşılamak mükellefiyetindedir. Bu mükellefiyet Alman hukukuna göre eşler arasındaki kanunî mal rejiminden doğar (eski anlayış). Avusturya hukukunda ise umumî nafaka mükellefiyetinin bir kısmıdır, yani eşler arasındaki şahsî hukukî münasebetlere aittir. İhtilaf Alman hâkimi önüne gelmiştir. Erkek evlenme esnasında Alman vatandaşı iken, daha sonra Avusturya vatandaşlığına geçmiştir. Karısı ona karşı bir dava ikame etmiştir ve "dava ikamesi masraflarının" temin edilmesini talep etmektedir. Eğer Alman hâkimi Alman hukukunun yaptığı gibi (eski BGB § 1387) meseleyi kanunî mal rejiminin bir meselesi olarak ele alırsa, EGBGB [eski] m. 15 uyarınca, koca evlenme esnasında Alman vatandaşı bulunduğundan Alman maddî hukukunu tatbik edecektir. Buna mukabil, meseleye, Avusturya hukukunda olduğu gibi umumî nafaka mükellefiyetinin bir meselesi olarak bakarsa, EGBGB [eski] m. 14 hükmünü, yani kocanın o andaki millî hukuku olan Avusturya hukukunu tatbik edecektir. Böylece belirli bir hayat ilişkisinin "vasıflandırılması" zaruretine gelinmektedir[12].

Bu zaruret kanunlar ihtilafı kaidesinin taşıdığı özellikten ileri gelir. Kanunlar ihtilafı kaidesi iç maddî hukuk kaidesinin yaptığı gibi somut bir hayat olayını (hukukî muamele, haksız fiil v.s. gibi) tesbit ederek buna hukukî neticeler bağlamaz. Aksine belirli hukukî meseleleri beyan eder ve bu nevi meselelere şu veya bu hukuk nizamının tatbik edileceğini söyler.

"Vasıflandırma" **(qualification)** tabirini ilk fransız **Bartin**[13] kullanmıştır. Anglo-Amerikan hukukçuları, muhtemelen daha doğru olarak "classification" veya "characterization" dan söz ederler. Vasıflandırma meselesini ilk **Bartin** ve Alman Franz **Kahn**[14] görmüşler, daha doğrusu "keşfetmişlerdir"[15].

2. Bugünkü devletler hususî hukuku doktrininde vasıflandırmanın **birinci derecede ve ikinci derecede vasıflandırma** şeklinde bir ayırıma tâbi tutulduğu da görülmektedir[16]. Birinci derece vasıflandırmadan tatbik edilecek hukuk nizamının tayinini mümkün kılan vasıflandırma anlaşılmakta, buna mukabil

12) Gerçi "dava ikamesi" masraflarının temini talebi bugün artık Alman hukukunda da şahsın hukukuna ait düzenleme içerisinde yer alır (BGB § 1360a IV); bu sebeple Alman mahkemelerince kanunlar ihtilafı hukuku bakımından da nafaka hukukuna ait bir mesele kabul edilerek EGBGB m. 14'e tâbi tutulur. Ancak yukarıda verilen misal vasıflandırma meselesine nasıl gelindiğini gösteren klasik bir olay olarak doktrinde daima ele alınmıştır (bkz. WOLFF IPR 50 ve meselâ DÖLLE IPR 75 vd.; MAKAROV Grundriss 62).

13) Clunet 24 (1897) 225 vd.; Principles de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises I 221 vd..

14) Gesetzeskollisionen: JherJb 30 (1891) 1 vd..

15) DÖLLE IPR 76.

16) Bkz. MAKAROV Theorie und Praxis der Qualifikation: Fschr für Hans Dölle II 1963 152.

ikinci derece vasıflandırma, bulunan hukuk nizamının hukuk kaidelerinin içerisine yerleştirme (subsumtion) anlamına gelmektedir. Ancak bu anlamında "ikinci derece vasıflandırma" tâbiri üç çeşit yerleştirmeyi ifade eder[17]; (1) yabancı hukuk nizamının kanunlar ihtilafı hukukuna yerleştirme; bu aslında bir vasıflandırma olmayıp, iade atıf veya devam eden atıfa ilişkin bir meseledir. (2) Yabancı hukuk nizamının maddî hukuk sistemi içerisine (meselâ şahsın hukuku, borçlar hukuku, eşya hukukuna) yerleştirme; bu da vasıflandırmadan çok yabancı hukuk nizamında tatbik edilecek maddî hukuk kaidelerinin sınırını tayin eden bir işlemdir. (3) Ve nihayet ilgili maddî hukuk kaidelerinin tatbiki; bu da bir vasıflandırma değildir. Şu halde ikinci derece vasıflandırma, tatbiki gerekli yabancı hukuk nizamının maddî hukuk kaidelerinin **yorumundan** başka bir şey olmamakta ve dolayısıyla yabancı hukukun tatbiki konusuna ait bir problem teşkil etmektedir[18].

O halde vasıflandırma, ilk kademede tatbiki gerekli kanunlar ihtilafı kaidesinin bağlanma konusunun bir tefsiri problemidir ve vasıflandırma ile sadece birinci derece vasıflandırma ifade edilmektedir.

2. Vasıflandırma Hukuku

Vasıflandırma hukuku ile bağlanma konusunun yorumunu yapacak olan hukuk nizamını ifade etmekteyiz. Teori alanında vasıflandırma hukuku olarak üç hukuk nizamı teklif edilmiştir: lex fori, lex causae ve kanunlar ihtilafı kaidelerinin tefsiri için özel olarak meydana getirilmiş "bağımsız" ve millî hukuklar üstünde bir sistem. Bunların dışında modern literatürde problemin olaya göre çözümü de tavsiye edilmektedir.

1. En fazla taraftar kazanmış olan doktrin vasıflandırmada *lex fori*'yi kullanmak ister: hâkim bağlanma konusu olan hayat ilişkisini kendi hukuk nizamının yaptığı şekilde hukukî kalıp içerisine sokacak, yani onu vasıflandıracaktır. Buna göre Türk hâkimi Türk maddî hukukuna göre vasıflandırma yapacaktır.

Misal : Bir Yunan teb'ası Türkiye'de menkul malvarlığı bırakarak ölüyor. Ölenin hiç mirasçısı yoktur. Bu malvarlığı kime kalacaktır? Türk hâkimi vasıflandırmayı lex fori'ye, yani Türk hukukuna göre yaptığı takdirde, bu olayı "mirasın intikali" meselesi olarak mütalaa ederecek ve buna göre hiç mirasçı bulunmadığından(*) Yunan Devletini mirasçı kabul edecektir. Halbuki Yunan hukukuna göre bu olayda bir miras hakkı mevcut olmayıp, devletin sahipsiz bir malı ihraz etmesi söz konusudur.

Lex fori'nin tatbiki görüşü **Franz Kahn** ve **Bartin**'e kadar uzanır. Bu görüş çok

17) NEUHAUS Grundbegriffe 1976 113.

18) MAKAROV Grundriss 63.

(*) Özel bir hüküm yoksa (bkz. MÖHUK m. 22 III).

taraftar bulmuştur. Ancak gerek **Franz Kahn** gerekse **Bartin** kanunlar ihtilafı kaidelerinde yer alan bağlanma konularının lex fori'nin maddî hukuk alanında düzenlenmiş olan benzer müesseselerle tamamı tamamına aynı olmadıklarının farkındaydılar. Her ikisi de lex fori'ye göre yapılan bir vasıflandırmanın lex fori'nin maddî kaidelerinin bütün inceliklerini nazara almayı gerektirmediği, sadece söz konusu müessesenin esaslarıyla yetinileceği fikrindeydiler. Diğer taraftan mahallî genel kavramlar ile yabancı genel kavramlar arasında belirli bir "benzerliğin" tesbiti ancak hukukların mukayesesiyle mümkün olabilirdi.

2. Diğer bir teori vasıflandırmayı hüküm statüsüne *(lex causae)*, yani söz konusu hayat ilişkisi için devletler hususî hukuku bakımından tatbiki gerekli hukuk nizamına göre yapmak ister.

Misal : Yukarıdaki olayda Yunan hukukuna göre vasıflandırma yapılmak gerekirdi. Yani Türk hâkimi Yunan devletinin Türkiye'deki menkul malvarlığı üzerindeki hakkının sahipsiz malı ihraz hakkı olduğunu kabul edecektir.

Lex fori görüşünün **Bartin** tarafından yayınlanmasından hemen bir yıl sonra **Despagnet** vasıflandırma problemi hakkındaki makalesinde[19] lex fori tezine karşı çıkmıştır. Ona göre lex fori değil, lex causae, yani hüküm statüsü vasıflandırma hukuku olarak kabul edilmek gerekir. Hemen genellikle lex causae teorisi, hüküm statüsünün ancak vasıflandırma sonucu ortaya çıkabileceği gerekçesiyle redde uğradı. Literatürde bu teorinin en önemli temsilcisi olarak **Martin Wolff** gösterilir[20]. Ve hiç şüphesiz **Wolff** lex causae teorisine karşı ileri sürülen "mantıksızlık" itirazını gözden kaçıracak bir hukukçu değildir. **Martin Wolff**'a göre, yabancı unsurlu bir vak'ada belirli bir hukuk nizamı değil, fakat hâkimin kanunlar ihtilafı hukukuna göre nazara alınabilecek her hukuk nizamı söz sahibi olacaktır. Şöyle ki, "meselâ bir hukuk nizamı kocası ölen kadının muayyen bir malvarlığı talebini karı koca arasındaki mal rejimi hukuku bünyesinde kabul etmekte ise, Alman hâkimi bu hukuk kaidesini, ancak eğer yabancı mal rejimi hukukunu uygulamak mecburiyetinde ise tatbik edebilecektir"[21].

Mahkeme tatbikatında da genellikle lex fori dikkate alınmış olmakla beraber Alman, Fransız ve İngiliz mahkeme kararları içerisinde vasıflandırma hukuku olarak hüküm statüsünü (lex causae) kullanmış olan birkaç misal vardır[22].

Türk hukukunda teoride lex fori'nin uygulanması için bir eğilim görülmekle beraber[23], Yargıtayın oldukça eski bir kararında[24] hüküm statüsüne (lex causae) göre yapılmış bir vasıflandırma misali mevcuttur. Ancak bir vasıflandırma probleminin olduğu dahi şüpheli görülen bu karardan vasıflandırma hukuku olarak lex causae lehine genel bir sonuç çıkarmak mümkün değildir[25].

19) Clunet 25 (1898) 253 vd..

20) Meselâ bkz. NIEDERER Einführung 242; SELB Martin Wolf und die Lehre von der Qualifikation nach der lex causae im IPR: AcP 1957 (1958/59) 341 vd.

21) WOLF IPR 54.

22) Bkz. MAKAROV Theorie und Praxis der Qualifikation: Fschr für Hans Dölle II 1963 172 vd. ve 174 vd..

23) Bkz. BERKİ Türk Hukukunda Kanun İhtilafları 1971 42.

24) 24.5.1945 t. 2, HD. K. (BERKI / ERGÜNEY Kanun İhtilafları 1954 80/81).

25) Aynı anlamda GÖĞER 89 vd., GÖĞER Kanunlar İhtilafı 1973 11 vd..

3. *Bağımsızlık teorisi* olarak ifade edilebilen diğer bir tez, vasıflandırmanın bağımsız ve özel olarak kanunlar ihtilafı hukuku için teşkil edilmiş kavramlara göre yapılması gerektiğini söyler. Ne lex fori ne de lex causae nazara alınacaktır. Sadece kanunlar ihtilafı kaidelerinin mana ve gayesinden elde edilmesi gereken müstakil kavramlara göre vasıflandırma yapılabilir.

Misal : Yukardaki misallerde ele alınan olayda, kanunlar ihtilafı kaidemizin sözünü ettiği "mirasın intikali" kavramı ile iç hukukumuzda kullanılan "mirasın intikali" kavramlarının aynı olduğu varsayımından hareket edilmiyecektir. Ve ölen Yunanlının misalinde muhtemelen Yunan devletinin sahipsiz mala ihraz yoluyla sahiplenmesi hakkı tanınmıyacaktır, zira kanunlar ihtilafı hukukuna ait bağımsız bir "mirasın intikali" kavramında böyle bir hak mevcut değildir.

Bağımsızlık teorisinin kurucusu **Ernst Rabel**'dir. Ona göre, devletler hususî hukuku kaideleri için kendine has, yani **bağımsız kavramlar** teşkil edilmelidir[26]. Ve eğer kanunlar ihtilafı kaidelerince kullanılan kavramlar lex fori'nin esaretinden kurtarılabilirse ancak o zaman millî kanunlar ihtilafı hukuku yabancı hukuk anlayışını serbestçe ihata edebilecektir. *Rabel* tarafından temsil edilen vasıflandırma teorisinin temelinde mukayeseli hukuk yatar, zira ancak hukukların mukayesesi ile elde edilen esaslar "bağımsız" genel kavramları oluşturabilirler. Ki bu genel kavramlar da kanunlar ihtilafı kaidelerinin bağlanma konularını belirleyeceklerdir. Aslında lex fori teorisinin tatbikinde de mukayeseli hukuk pek yabancı kalmaz. Fakat hiçbir zaman da vasıflandırma usulünün esasını teşkil etmez. Halbuki bağımsızlık teorisini benimsiyenler (otonomistler) için mukayeseli hukuk, bağlanma konularının vasıflandırılmasında hareket noktasıdır. O kadar ki, lex fori'nin maddî hukuk kaideleri vasıflandırma usulünün bir hareket noktası olmayıp, sadece mukayeseli hukuk için bir material teşkil eder.

Bağımsızlık teorisinin mahkeme tatbikikatına geçtiğini söylemek bugün için pek mümkün değildir[27].

4. Vasıflandırmada sözü geçen bu üç temel teori dışında bu teorilerin *değişik şekilleri* olarak ifade edilebilen[28] görüşler de literatürde yer almaktadır. Bunların temel çıkış noktaları bu üç temel teoriden biri olmaktadır.

Meselâ **Raape** vasıflandırmada üç meseleyi birbirinden ayırarak çözüm getirmeye çalışır[29]; **Schnitzer** birinci derece vasıflandırma, yani millî devletler hususî hukuku kavramlarının vasıflandırılması ile ikinci derece vasıflandırılma, yani yetkili yabancı hukukun kavramlarının vasıflandırılması arasında ayırım yapar[30]; **Neuhaus** hukukî müessesenin görevine bağlanarak vasıflandırmayı izaha çalışır[31].

---

26) RABEL Das Problem der Qualifkation: RabelsZ 5 (1931) 241 vd. (Sonderausgabe MCMLVI).

27) Bkz. MAKAROV Grundriss 66 ve dip n. 168.

28) DÖLLE IPR 77.

29) RAAPE IPR 108.

30) SCHNITZER I 101; bu konuda bkz. yukarıda s. 90.

31) NEUHAUS Grundbegriffe 1976 129 vd..

Yeni literatürde tek bir vasıflandırma hukukundan vazgeçerek vasıflandırma problemini olaydan olaya çözümlemek eğilimi belirli hale gelmiştir. Bu eğilimi hem Doğu Bloku hukukçularında (Sovyetler Birliği'nde *Lunc* ve Çekoslovakya'da *Bystricky*)[32] hem de Batı hukukçularında görmek mümkündür. Özellikle *Kegel* şu veya bu hukukun tatbikinde mevcut olan menfaatlere uygun düşecek şekilde vak'adan vak'aya değişebilen "devletler hususî hukukuna ait" bir çözümün savunmasını yapar[33]. Ancak bütün bu gayretler henüz tek bir vasıflandırma hukukunun kullanılmasından vaz geçilmeyi temin edecek yeterlikte değildir.

Dölle vasıflandırma problemi için ileri sürülen görüşleri çok daha gerçekçi açıdan ele almıştır. Ona göre[34], bağlanma konusunun belirlenmesi ve böylece uygulanacak hukukun ortaya çıkması için kullanılan ve kanunlar ihtilafı kaidesinin vakıasını teşkil eden genel kavramlar, lüzumlu ve mümkün olduğu takdirde (mukayeseli hukukun yardımıyla) kendisine verilmiş bulunan ve kanunlar ihtilafı hukukuna has görevlere uygun bir manaya sahip olacak şekilde açıklığa kavuşturulmalıdır. Bu sebeple vasıflandırma esasta lex fori'ye göre yapılmakla beraber, bazen kanunlar ihtilafı kaidesinde kullanılan kavramın iç hukukun buna ilişkin kavramı ile aynı olmadığı veya devletler hususî hukukuna ait bir manaya sahip bulunabileceğine dikkat edilmelidir. Bu takdirde bağımsızlık teorisi önem kazanır. Ve mukayeseli hukuka ait bir inceleme yapılarak, muhtemelen kanunlar ihtilafı kaidesinde yer alan genel kavramın iç hukuktakinden daha farklı bir mana ve renge sahip olduğu ortaya konabilir. Bu maksada hizmet edebildiği nisbet ve ölçü içerisinde lex causae teorisi de doğru bir hareket noktasına sahip kabul edilebilir. Bulunan yabancı hukuk tatbik edilirken de bu genel kavramın kanunlar ihtilafı hukuku bakımından üstlendiği görev gözden kaçırılmamalıdır. Yabancı hukuk söz konusu hayat ilişkisini farklı bir düzenlemeye tâbi tutması sebebiyle diğer nevideki maddî kaidelerini bu konuda hazır bulundurabilir. O takdirde bunların görevine bakmak; ve neticesi bakımından bizim kanunlar ihtilafı kaidemizin vaz'ı gayesi ile yabancı hukukun tatbikinden ortaya çıkanlar arasında çok aykırılık yoksa bunların tatbikine geçmek gerekir.

Dölle bu çözüm tarzının genellikle kaypak olacağını ve tam olarak tatmin edici bulunmadığını kabul etmekle beraber, haklı olarak bunun kanunlar ihtilafı kaidelerinin bünyesinden ileri geldiğini söylemektedir.

---

32) Bkz. MAKAROV Theorie und Praxis der Qualifikation: Fschr für Hans Dölle II 1963 168 vd..

33) KEGEL Die Grenze von Qualifikation und Renvoi im internationalen Verjährungsrecht 1962 32 vd..

34) DÖLLE IPR 78 vd..

5. Sonuç

Olay : Türkiye'de oturmakta olan Fransız nişanlılardan erkek, nişanlısını iğfal edip nişanı bozmuştur. İğfal edilen kız, nişanın haksız bozulduğu gerekçesiyle erkekten Türk mahkemesinde tazminat talebinde bulunmuştur.

Nişanlanma Türk hukukunda bir aile hukuku müessesesi olup, bundan doğan ihtilaflar tarafların millî hukukuna tâbidir (m. 11 II). Buna mukabil tarafların millî hukuku olan Fransız hukuku nişanlanmayı hukukî sorumluluk meydana getiren bir müessese olarak görmemekte, ancak kanunun aradığı şartlar mevcut ise nişanın bozulmasının bir haksız fiil sorumluluğu doğurabileceğini kabul etmektedir.

Bu durumda, Türk hukukunun nişanlanmayı aile hukuku müessesesi olarak ele alan düzenlemesi esas alınacak olursa **(lex fori'ye göre vasıflandırma)**, tazminat talebine uygulanacak hukuk Fransız maddî hukukudur. Bu maddî hukuk, vasıflandırma şekli dikkate alınmaksızın, Fransız hukukunun haksız fiile ilişkin hükümleridir. Buna mukabil Fransız hukukunun nişanın bozulmasını haksız fiil niteliğinde kabul eden düzenlemesi dikkate alınacak olursa **(lex causae'ya göre vasıflandırma)**, olayda bir haksız fiil sorumluluğu söz konusu olabileceğinden, haksız fiile uygulanacak haksız fiil yeri hukuku (m. 25 I), yani Türk hukukunun haksız fiile ilişkin hükümleri tatbik edilecektir. Şu halde bu **"vasıflandırma"** probleminin öncelikle çözümü gerekmektedir.

Çözüm : Türk hukukundaki genel eğilime de uygun olarak **lex fori'ye göre vasıflandırma** yoluna gidilecek ve böylece Fransız maddî hukuku (haksız fiile ilişkin hükümleri), bu hukukun vasıflandırması dikkate alınmaksızın, nişanın bozulmasından doğan tazminat talebine uygulanacaktır.

III. BAĞLANMA NOKTASI VE TEFSİRİ

1. Kavram

1. Daha önce de izah edildiği üzere, bağlanma konusunun belirli bir hukuk nizamına tâbi tutulmasında nazara alınan vakıa *bağlanma* noktası olarak ifade edilmektedir. Bağlanma konusunun belirli bir hukuk nizamına tâbi tutulmasını temin eden vakıalar ise, ele alınan olayın belirli bir hukuk nizamı ile sahip olduğu *ilişkilerden* ibarettir. Burada öncelikle hayat ilişkisinde yer alan *şahıslar, konular* veya *fiiller* ile bir hukuk alanı arasındaki ilişkiler nazara alınır. Olayda "ağırlık noktasını" teşkil eden veya ona kendi "ağırlığını" veren veya onu "karakterize" eden ilişki tatbik edilecek hukuk nizamının tayininde esas alınır; diğer bir söyleyişle "bağlanma noktası" ("bağlanma kavramları", "bağlanma sebepleri" veya "bağlanma vakıaları") olarak kullanılır; meselâ tarafların tâbiiyeti, tarafların ikametgâhı, aktin inikadı yeri veya haksız fiilin vuku bulduğu yer gibi. Bu şekilde bulunan hukuk nizamı ise hüküm statüsü *("lex causae")* adını alır.

2. *En önemli bağlanma noktaları* şunlardır:

(1) Bir şahsın *tabiiyeti, ikametgâhı, mutad oturma yeri, doğum yeri, ikamet yeri, bir tüzel kişinin merkezi.* Burada şahsa bağlanılmaktadır.

(2) Bir konunun *bulunma yeri.* Yani "lex rei sitae". Burada konuya bağlanılmaktadır.

(3) Bir *fiilin yapıldığı yer.* Yani "lex loci actus". Meselâ aktin inikad yeri, haksız fiilin ika yeri gibi. Burada bir fiile bağlanılmaktadır.

(4) Bir mükellefiyetin *yerine getirildiği yer.* Yani ifa mahalli. Bu bağlanma noktası borç münasebetlerinde önem taşır. Aslında bir fiile bağlanılmaktadır. Ancak bu fiil daha önceden yapılmış değil, tayin edilecek hukuka göre istikbalde yapılacak bir fiildir.

(5) Tatbik edilmesi gereken hukuk hakkında *tarafların anlaşması.* Yani "irade muhtariyeti". Özellikle borçlar hukuku akitlerinde ve hatta miras hukukunda rol oynar. Borçlar hukuku akitlerinde tarafların iradesi her noktada önem taşır. Tarafların tatbik edilecek hukuk hakkında yaptıkları anlaşma bir bağlanma noktası niteliğini alır. Borç münasebeti ile seçilen hukuk arasında özel bir ilişkinin bulunması da zarurî değildir. Ancak tarafların seçiminin, herhangi bir hukukî menfaatin varlığıyla haklılık kazanması aranır. Şu halde hukuk seçimi ne bir keyfiliği ifade etmelidir ne de bir haksızlık (meselâ fraus) teşkil etmelidir. Burada da tarafların bir fiiline (yani, onların hukukî ilişkilerine ait beyanlarına) bağlanılmış olmaktadır. Borç akitlerinde yardımcı bir bağlanma noktası da *ifa yeridir* ("lex loci solutions").

(6) *Muhakeme usulünün yeri* veya genel olarak *üzerinde devlet otoritesi bulunan fiillerin yeri.* Yani davada "lex fori". İhtilafsız kazada ve idarî muamelelerde üzerinde devlet otoritesinin bulunduğu fiillerin yapıldığı yer esas teşkil eder; meselâ hukukî muamelenin resmî senede bağlanması, resmî sicil veya kütüğe tescil ve benzerleri gibi. Burada da bir fiile, fakat şüphesiz özel manada bir fiile bağlanılmaktadır.

2. Tefsir

1. Çeşitli hukuk nizamlarının kanunlar ihtilafı kaideleri genellikle aynı bağlanma kavramlarını (noktalarını) kullanır: İkametgâh yeri, aktin ifa yeri veya aktin inikad yeri gibi. Ancak yakından tetkik edildiği takdirde, bu kavramların bazen birbirlerinden farklı şeyleri ifade ettiği anlaşılır.

Misal : İngiliz hukukundaki **domicile** kavramı bizim hukukumuzdaki **ikametgâh** kavramından oldukça farklıdır. İngiliz hukukunda domicile, yine aynı hu-

kukta yer alan **residence** kavramından farklı olarak tekdir ve şahsı ömür boyunca takip eder, ancak nadir hallerde değişebilir[35].

Diğer yandan Alman hukukunda bir şahıs birden fazla ikametgâha sahip olabilirken (BGB § 7 II), Türk hukukunda ve Fransız code civil'ini örnek alan diğer hukuklarda her şahsın ancak tek bir ikametgâhı olabilir (TMK m. 19 II). Kanunî ikametgâhın düzenlenmesi de bu hukuklar arasında farklılık gösterir.

Para borçlarında **ifa yeri** Türk hukukunda ve diğer birçok hukuk sistemlerinde alacaklının ikametgâhıdır (TBK 73 b. 2). Buna mukabil Alman hukukunda borçlunun ikametgâhıdır (BGB § 270).

Borç akitleri İtalyan ve Fransız hukuklarında ikinci derecede olmak üzere **aktin yapıldığı yere** bağlanır. Ancak aktin yapılma yeri her iki hukukta farklı anlaşılır. Fransız hukukunda ağır basan teoriye göre kabul beyanının verildiği yerdir; İtalyan hukukunda ise icapta bulunanın kabul beyanını kabul ettiği yerdir.

Görünüşte aynı kavramların kullanılmasına rağmen ifade ettikleri manaların gerçekte bu şekilde farklı olması, burada *örtülü* bir kanunlar ihtilafının *("latente")* söz konusu olduğunu da gösterir.

2. Bir kanunlar ihtilafı kaidesi belirli bir hukuk nizamının tatbikini temin etmek maksadıyla ikametgâh, ifa yeri, inikad yeri gibi kavramlar (bağlanma noktaları) kullanmakta ise, bu kavramların ifade ettiği mana, yani bu bağlanma kavramlarının tefsiri ancak *lex fori*'ye göre yapılabilir. O halde kavram hangi hukuk nizamına ait ise o hukuk nizamı bu kavram hakkında karar verecektir. Bir kanunlar ihtilafı kaidesi bir bağlanma kavramı kullanıyorsa, bağlanma kavramının neyi ifade ettiği bu kanunlar ihtilafı kaidesinin tefsiri meselesini teşkil eder. Buna göre Türk hâkimi Türk kanunlar ihtilafı kaidesinin kullandığı bağlanma kavramını Türk hukukuna göre yorumlanacaktır.

Burada da şüphesiz bağlanma kavramının kanunlar ihtilafı hukukuna ait müstakil, kendisine has manaya sahip bir kavram olabileceği ihtimali gözden kaçırılmamalıdır. Ancak itiraf etmek gerekir ki, bugün için bu kavramların iç hukukta kullanılanlardan farklı, devletler hususî hukukuna öz anlamlara sahip olabileceği pek iddia edilemez.

İster maddî hukuk kaidelerinin kullandığı anlam üzerinde durulsun, isterse bir ihtimal olarak devletler hususî hukukuna ait müstakil bir mana araştırılsın, önemli olan bağlanma kavramını onu kullanan hukuk nizamına göre tefsir etmek veya manalandırmaktır.

3. Kanunlar ihtilafı kaidesi yabancı bir hukukun tatbikini emretmiş ise, bu yabancı hukukun maddî hukuk kaideleri tatbik edilirken muhtemelen Türk kanunlar ihtilafı kaidesinin kullandığı bağlanma kavramının aynısı ile karşı-

35) WEISSENSTEIN Anglo-amerikanisches Rechtswörterbuch I. Teil: Englisch - Deutsch 1950 59 vd..

laşılabilir. Böyle bir durumda şüphesiz yabancı maddî hukukta ortaya çıkan bu kavram kendi hukuk nizamına göre, yani yabancı hukuka göre yorumlanır. Ve bizim kanunlar ihtilafı kaidemizin kullandığından farklı bir manaya da gelebilir[36].

Misal : İkametgâhı Almanya'da olan satıcı İstanbul'daki mallarını alıcıya satmıştır. Alıcı satış bedelinin tediyesi sebebiyle Türk mahkemesinde dava edildiğinde, Türk hâkimi Türk kanunlar ihtilafı kaidesini önce dikkate alacaktır. Buna göre, aksine tarafların anlaşması tesbit edilemediği için, eğer ifa yeri hukukunu uygulayacak ise: Para borçlarının ifa yeri Türk hukukuna göre tesbit edilmelidir. Borçlar Kanununun 73'üncü maddesi gereğince alacaklının ikametgâhı ifa yeridir; yani Almanya. Ve tatbik edilecek hukuk Alman hukuku, Alman hukukuna göre ise borçlu para borcunu kendi ikametgâhında öder (BGB § 270). Şu halde sonuç olarak alıcı ödemesini İstanbul'da yapacaktır.

Kendi kanunlar ihtilafı kaidesi gereğince yabancı hukuku tatbik etmek durumunda olan hâkim, eğer bu yabancı hukukun **kanunlar ihtilafı kaidelerini** de dikkate almak mecburiyetinde kalırsa (iade-atıf veya devam eden-atıf müessesesi), yabancı kanunlar ihtilafı kaidesi kendi hukukunun kullandığı bağlanma kavramını aynen dahi kullanmış olsa bunun tefsirinde yine yabancı hukuku nazara alacaktır.

Misal[37] : Londra'da doğmuş bulunan bir İngiliz, İstanbul'a yerleşiyor ve burada satın aldığı bir villaya taşınıyor. Ancak Londra'daki evini de muhafaza ediyor ve birkaç yılda bir Londra'ya ziyarete gidiyor. Bu İngilizin ikametgâhı Türk hukukuna göre İstanbul'da, İngiliz hukuku anlamında ("domicile") Londra'dadır. İngiliz öldüğünde terekesi hakkında Türk hâkimi Türk kanunlar ihtilafı kaidesini tatbik ediyor, zira İngilizin son ikametgâhı Türkiye'dedir (MÖHUK m. 30). Ve Türkiye'deki gayrimenkulleri hariç İngilizin terekesine İngiliz hukuku uygulanacaktır (MÖHUK m. 22). Türk hukuku ayrıca İngiliz hukukunun yapacağı bir iade-atfı nazara alır (MÖHUK m. 2 III). Ancak İngiliz kanunlar ihtilafı kaidesi "domicile" hukukuna yetki verdiği halde, burada bir iade-atıf meydana gelmiyor. Çünkü ölen İngiliz, İngiliz hukuk anlayışına göre ikametgâhını ("domicile") İngiltere'de muhafaza etmektedir. Şu halde Türk hâkimi terekeye İngiliz miras hukukunu tatbik edecektir.

4. Yoruma ihtiyaç göstermeyen[38] yegâne bağlanma noktası *tabiiyettir*. Bir şahsın tabiiyeti, daima tabiiyeti söz konusu olan Devletin hukukuna göre tayin edilir[39]. Bu itibarla bir şahsın bir devlete aidiyeti hakkında o devlet kararını vermiş ise, bu karar diğer devletlerce kabul edilmek mecburiyetindedir ve fiilen de her yerde böylece kabul edilmektedir. Ve eğer bu devlet tabiiyetin kazanılmasında evlenme, evlenmenin tashihi, evlilik içi nesep ilişkisi gibi

36) RAAPE IPR 46.

37) WOLFF IPR 45.

38) RAAPE IPR 47.

39) Bkz. NOMER, Vatandaşlık Hukuku[12] 1999 24 vd..

olaylara dayansa ve bunlar hakkında bizim hukukumuz farklı şekilde hükmetmekte olsa dahi, sonuç değişmez. Çünkü bir devlete onun arzusu hilafına vatandaş vermek veya almak mümkün değildir.

Misal : Türkiye'de bir Yunan erkeği ile bir Türk kadının resmî evlendirme memuru önünde yaptığı evlilik Türk hukukuna göre muteber, fakat dinî şekilde icra edilmediği için 19.7.1982 tarihinden önce yürürlükte olan Yunan hukukuna göre geçersizdir. Bunun sonucu bu evlilikten doğan çocuğun Yunan vatandaşlık hukukuna göre babaya nisbetle Yunan vatandaşlığını alması[39a] mümkün değildir. Babanın ölümünde çocuğun miras hakkına veya evliliğin muteberliğine ilişkin diğer devletler hususî hukuku meselelerinde evliliğin muteberliğinden hareket edilebilmesine mukabil, çocuğun Yunan tabiiyetinde olmadığını daima kabul mecburiyeti vardır.

Tefsire ihtiyaç göstermeyen "tabiiyet" yanında, bağlanma kavramlarının lex fori'ye göre tefsir edilmesi prensibinin bir istisnası da "yabancı gayrimenkullerdir"[40]. Meselâ bir kanunlar ihtilafı kaidesi "yabancı gayrımenkul" hakkında bir hüküm getirmiş ise (EGBGB [eski] m. 7 III ve MÖHUK m. 22 c. 1), yabancı ülkedeki şeyin gayrimenkul olma vasfını o ülkenin hukuk nizamına göre tesbit etmek gerekir.

IV. ŞAHSÎ STATÜ (AHKÂMI ŞAHSİYE) - KİŞİ HALLERİ

1. Genellikle, taraflardan birisi için *şahsı* itibariyle önem taşıyan konuları, devletler hususî hukukunun şahsın tabiiyetine veya ikametgâhına (veya ikametgâh yerine mutad oturma veya ikamet yerine) bağlaması halinde, bu konuları düzenleyen maddî hukuk kaidelerinden *şahsî statü (ahkâmı şahsiye)* olarak söz edilir. Şahsî statü kabul edilen maddî hukuk kaideleri devletten devlete farklılık gösterir. Fiil ehliyeti Türk hukukunda şahsî statüye (ahkâmı şahsîyeye) ait bir konu olduğu halde (MÖHUK m. 8: millî hukuka tâbi), Amerika Birleşik Devletlerinde böyle değildir (genellikle aktin yapıldığı yer hukukuna tâbi).

Bununla beraber bugün dahi "şahsî statü" kavramı çeşitli anlamlarda kullanılmaktadır. **Alman** hukuk lisanında şahsî statü ("Personalstatut") kavramı bir şahsın veya hatta bir tüzel kişinin veya diğer bir şahıs birliğinin tüm şahsî hukukî münasebetleri için uygulanan hukuk nizamını işaret eder. **İngiliz** hukukunda kullanılan "personal status" deyimi ise, tamamen farklı bir manada, bir hukuk camiası içerisinde bekâr veya evli olmak yahut evlilik içi, evlilik dışı veya nesebi tashih edilmiş bulunmak yahut vatandaş veya yabancı olmak yahut fiil ehliyeti bakımından tam ehil veya sınırlı ehliyete sahip olmak yahut müflis olmak yahut medenî ve siyasî hakların kaybı sonucunu doğuran vatan haini

39a) Çocuk Türk Vatandaşlığı Kanununa göre Türktür (VatK m. 1).

40) DÖLLE IPR 75.

olmak gibi bir şahsın (veya tüzel kişinin) hal ve durumlarını belirtir. Ve nihayet **Fransız** hukukunda "statut personnel" kavramı bazan Alman hukukundaki anlamıyla şahsî statü ("loi personnelle" de denir), bazan İngilizcedeki "status" kelimesi gibi şahsî hukukî durumu ("état et capacité") bazan de şahsî statüye tâbi olan maddî konuların tamamını (yani bir bağlanma konusunu) ifade eder[41].

Türk hukukunda "kişi halleri" tabiri (meselâ m. 28, 29, 38/e), şahsın hal ve durumlarını ifade için kullanılmaktadır. Bu, İngiliz hukukundaki "status" anlamını vermektedir.

Diğer taraftan şahsî statü kavramına tamamen *şeklî* bir mana da verilmektedir. Bu manada şahsî statü şahsın sahip olduğu bir ilişki sebebiyle elde edilen maddî hukuk kaideleri grubudur. Burada maddî hukuk kaidelerinin muhtevası önem taşımamakta, diğer bir söyleyişle şahsın "statüsünü" teşkil eden hükümler üzerinde durulmamaktadır.

Misaller : Bir borçlar hukuku akdinde taraflar aynı tabiiyete ve aynı ikametgâha sahipseler, İtalyan devletler hususî hukukuna göre tarafların şahsî statüsü borçlar hukuku akdine de hâkim olur. Böylece burada şahsî statü tarafların millî ve ikametgâh hukukuna göre uygulanan borçlar hukukuna ait hükümler olmaktadır. Şu halde **maddî** (veya muhteva) bakımından borçlar hukuku statüsü olabilen bir konu **şeklen** şahsî statü sayılmaktadır.

Bir seyahat şirketinin Yugoslavya'ya tertiplediği gezide, otobüs Belgrad ile Niş arasında iken bir Türk yolcu diğer bir Türk yolcuya haksız fiil ika etmiş ise, tarafların şahsî statüsünü meydana getiren Türk hukuku burada haksız fiile uygulanabilir. Şu halde şahsî statü tarafların millî hukuklarındaki haksız fiile ilişkin hükümler olmaktadır. Öyle ki, **şeklen** şahsî statü kabul edilen şey **maddî** (muhteva) bakımından haksız fiil statüsü veya daha başka bir şey olabilmektedir.

Hemen belirtelim ki, şahsî statüyü şeklî manada kullanan bu anlayış eski statüler teorisinde yer alan **statuta personalia** kavramından farklıdır[42]. Statüler teorisinde "statüler" uygulanması gerekli maddî normlardan ibaretti. Böylece şahsî statü **(statuta personalia)** şahsî meselelerde geçerli olan maddî normlardı; maddî statü **(statuta realia)** şeyler için geçerli maddî normlardı.

Şahsî meseleler için geçerli olan maddî normlar ikametgâh hukukundan, şeyler (en azından gayrimenkuller) için geçerli olan maddî normlar şeyin bulunduğu yer hukukundan temin edildiğinden diğer bir kavram anlayışı da vardı. Şahsî statü ikametgâh hukukunun tüm maddî normları, maddî statü bulunma yeri hukukunun tüm maddî normları idi. Şu halde "statü" teşkil eden maddî normlar bir bakıma bağlanma **konularına** göre, bir bakıma da bağlanma **noktasına** göre ayırıma tâbi tutulmuş oluyorlardı.

41) Bkz. NEUHAUS Grundbegriffe 1976 201.

42) Bkz. yukarıda s. 46 vd.

2. "Şahsî statü" (veya "ahkâmı şahsiye") kavramında bugün mevcut iki farklı anlayış dışında, şahsî statüyü teşkil etmek üzere şahsa bağlanmayı gerektiren rabıta da aynı değildir. Bu da bugün *iki* nevidir: *tabiiyet* veya *ikametgâh* (veya ikametgâh yerine geçenler[43]). Şu halde bazı hukuklarda *şahsın millî hukuku* ("lex patrie") bazılarında da şahsın ikametgâhının bulunduğu devletin hukuku ("lex domicili") şahsî statü olmaktadır. Şahsî statünün mukabilini *real statü* teşkil eder. Real statü obje (konu) vasıtasıyla kazanılan hukuk nizamıdır, yani: "lex rei sitae".

Olaya evlilik ve nesep meselelerinde olduğu gibi **birden fazla şahıs** iştirak etmiş bulunuyorsa bunlardan **birinin** şahsî statüsüne bağlanmak yeterli ve çoğu kere zaruridir. Eşler arasındaki ilişkilerde şimdiye kadar koca tercih edilmiş ve karının kocayı takip ettiği kabul edilmiş olduğundan kocanın rabıtasının bulunduğu hukuk nizamı, yani kocanın şahsî statüsü tatbik edilmiştir. O halde koca burada bağlanma şahsı kabul edilmiş ve böylece onun şahsî statüsü kadının da şahsî statüsü olmuştur. Bununla beraber, kadının menfaatlerinin ağır bastığı durumlarda kadının şahsî statüsünün de uygulanması yoluna gidilmektedir. Nesep meselelerinde de çocuğun menfaatinin mümkün olduğu nisbette çocuğun şahsî statüsüne bakılmayı gerektirecek kadar etkili olduğu üzerinde durulmaktadır.

3. Miras hukukunda veya karı koca arasındaki mal rejiminde veya ana babanın çocuğun malları üzerindeki haklarında olduğu gibi, bir mal varlığının hukukî kaderinin söz konusu olduğu durumlarda bu mal varlığının sahibinin şahsî statüsüne bağlanması genellikle tercih edilmektedir. Çünkü ancak bu şekilde mal varlığını teşkil eden münferit parçalardan bağımsız olarak *tek* bir maddî hukuk nizamı, daha açık bir söyleyişle tek bir miras veya mal rejimi hukuku (statü) temin edilebilir.

Türk devletler hususî hukukunda ehliyet, vesayet ve hacir, gaiplik, nişanlanma, evlenme, boşanma ve ayrılık, nesep, evlâd edinme, velâyet, vesayet ve kayyımlık gibi muhtevaları itibariyle şahsı yakından ilgilendiren konular ile menkul miras prensip olarak şahsî statüye bağlanmıştır (MÖHUK ve MuvK m. 4).

Bu konuda özellikle, 1965 tarihli Codici civile'de menkullere ilişkin meseleleri dahi şahsî statüye tâbi tutan (Disp. prel. m. 7 I) ve bugün hâlâ bağışlamayı, akdî borç münasebetlerini ve hukukî muamelelerin şeklini en azından bir alternatif teşkil etmek üzere ilgili şahısların (müşterek) millî hukuklarına göre hükme bağlayan **İtalya** çok ileri gitmiştir[44].

43) Bkz. ileride s. 104 ve s. 109 vd..

44) NEUHAUS Grundbegriffe 1976, 201 vd..

§ 8. ŞAHSÎ STATÜNÜN BAĞLANMA NOKTALARI: TABİİYET, İKAMETGÂH VEYA MUTAD MESKEN

I. GENEL OLARAK

1. Şahsın çeşitli hukuk alanlarıyla olan *ilişkilerinden* hangisine şahsî statünün bağlanacağı hususundaki tereddüt hâlâ giderilmiş değildir. Şahsî statü meselelerinde ilgili tarafın menfaati şahsî statünün ya *tabiiyete ("lex patriae")* ya da *ikametgâha ("lex domicilii")* veya ikametgâh yerine geçmek üzere *mutaden bulunulan yere* ("mutad mesken") bağlanmayı gerektirmektedir. Burada *menşe yeri ("lex originis")* de söz konusu olabilir. Böylece şahsî statü meselelerinde *tabiiyet prensibinden* veya *ikametgâh prensibinden* söz edilmektedir.

Dünya hukuk nizamları iki gruba ayrılmışlardır. Bir grup tabiiyete diğer grup ise ikametgâha bağlanmıştır. İkametgâha bağlanma prensibi daha eskidir. 19. yüzyılın başlarına kadar genellikle lex domicilii şahsî statü olarak kabul edilmekteydi.

İlk olarak Fransız Code civil'de **tabiiyet prensibi**, ikametgâhın yerini aldı. Ve o zamandan beri büyük bir yayılma ve gelişme gösterdi. Hukuk tarihinde tabiiyetin kanunî bir düzenlemeye tâbi tutulması yine ilk olarak Fransa'da ihtilal ve Napolyon devrine rastlar. **Almanya** 1900 yılında EGBGB ile ikametgâh prensibinden tabiiyet prensibine geçti. Daha sonra Fransa'yı takiben, Belçika, İtalya, Romanya, Hollanda, İspanya, Polonya, İsveç gibi **ekseri Avrupa ülkeleri** ve Japonya ve Çin gibi devletler tabiiyet prensibini tercih ettiler. **İkametgâh prensibi İngiltere**'de ve diğer **İngiliz Commonwealth ülkelerinde** (hatta Roma hukukunu temel alan İskoçya ve Güney Afrika ile Fransız hukukunun etkisinde bulunan Kanadanın Quebec eyaletinde), **İrlanda'da, Amerika Birleşik Devletleri**'nde geçerliliğini korumaktadır. Ayrıca, Kıta Avrupasında, Danimarka, Norveç ve İzlanda, Lâtin Amerika'da Arjantin (1857 - 1869 arası tabiiyet prensibi), Uruguay ve Peru, keza Brezilya (1916 - 1942 arası tabiiyet prensibi), Nikaragua ve Guatemala (1894 - 1926 arası tabiiyet prensibi) ikametgâh prensibine sahiptirler. **Karışık sistemler** de vardır. Meselâ **İsviçre**, eski hukukunda (NAG), İsviçre'de oturanlar için ikametgâh, yabancı ülkelerde oturan İsviçreliler için İsviçre hukukunu, yani tabiiyet prensibini uygulamakta idi. Ve yine Şili, Bolivya, Peru, Ekvator, Kolombiya ve Meksika gibi **ba-**

zı **Latin Amerika** devletleri ülkedeki yabancıları ikametgâh hukukuna, yabancı ülkelerdeki kendi vatandaşlarını (ikametgâh devletinin hukukunu dikkate almaksızın) millî hukuklarına tâbi tutarlar.

Son zamanlarda şahsî statü meselelerinde tabiiyet ve ikametgâh yerine, **mutad mesken** hukukuna bağlanmak tavsiye edilmektedir. Pozitif hukukta da bunun kullanılmaya başlandığını görmekteyiz. Meselâ 24.5.1956 tarihli Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Kanuna dair La Haye Sözleşmesi bu bağlanmayı kabul etmiştir (m. 1).

Pratik bakımından tabiiyet prensibi, ikametgâh prensibine nazaran çok daha fazla yabancı hukukun tatbikini gerektirir. Bu sebeple yabancıların çok bulunduğu ülkelerde *işlem güvenliği* ve *düzen menfaati* ikametgâh prensibine bağlanmayı icap ettirir. Bu bakımdan yabancıların adeta akın ettiği İsviçre'nin (1977 Martında nüfusun % 15,3'ü), ikametgâh prensibini uygulamasına hak vermek gerekir. Diğer yandan yabancı ülkelere muhacir gönderen ülkelerin, gidenlere sahip çıkabilmek gayesiyle, millî hukuk prensibine bağlanmaları, buna mukabil muhacir kabul eden ülkelerin, gelen yabancıları topluma kazandırmak için, ikametgâh hukukunda ısrarlı olmaları *politik menfaatlere* dayanır.

2. *Türk devletler hususî hukukunda* şahsî statünün bağlanma noktası tabiiyettedir. Şahsın ait bulunduğu, yani tabiiyetinde bulunduğu devletin hukuku *millî hukuktur.*

Milletlerarası **şahıs, aile** ve **menkul miras** hukukunda, yani ehliyet, vesayet ve hacir, gaiplik, nişanlanma, evlenme, boşanma ve ayrılık, nesep, evlâd edinme, velâyet, vesayet ve kayyımlık ve menkul tereke konularında prensip olarak **millî hukuk** tatbik edilir (MÖHUK).

Özellikle aile hukuku meselelerinde birden çok şahsın durumu aynı hukukî ilişkide söz konusu olduğunda şahıslardan birinin millî hukukunu tercih zarureti ortaya çıkar. Diğerleri "tâbi şahıslar" ("personae coniunctae") olarak, tercih edilen millî hukuka bağlanırlar. Türk hukukunda da, ayrı tabiiyet halinde, Türk devletler hususî hukukunda aile hukuku alanında millî hukuk prensibi yanında[45], ikametgâh ve mutad mesken prensiplerine de yer verilmiştir (Meselâ MÖHUK m. 11, 12, 13).

İkametgâh Türk hukukunda özellikle milletlerarası medenî usul hukuku alanında önem taşır. Milletlerarası yetkinin, iç hukukun yer itibariyle yetki kaidelerine bağlanması, diğer bir söyleyişle, medenî usul hukukunun yer itibariyle yetki kaidelerinin aynı zamanda milletlerarası yetki kaideleri olarak da kullanılması[46], bu hukuk alanında ikametgâh prensibini tabiiyete nazaran ön safa çıkarmıştır. **Sakin olunan mahal** kavramı için de aynı şeyi söylemek mümkündür.

45) Bkz. NOMER Nafaka 45.

46) NOMER Yetki 412 vd.; ve MÖHUK m. 27.

İkametgâh prensibinin lehinde söylenenler tabiiyet prensibinin mahzurları olarak belirmekte, buna mukabil tabiiyet prensibinin faydaları için ileri sürülenler ikametgâh prensibinin aleyhine olan noktaları oluşturmaktadır.

İkametgâh prensibinin lehinde ileri sürülen düşünceler şöylece sıralanabilir:

1. Şahsın ikametgâh hukuku ile **yakınlığı** millî hukuka nisbetle daha fazladır.
2. Hâkimin ikametgâh hukuku hakkında **bilgi edinmesi** imkânı millî hukuka oranla daha çoktur.
3. İkametgâh mahkemesi hâkiminin ikametgâh hukukunu yabancı millî hukuktan daha iyi **uygulayacağından** şüphe edilemez.
4. (Muhaceret kabul eden Amerikan devletlerinin görüşü) : İkametgâh hukukunun uygulanması, zamanla yabancıların ülkeye intibaklarını temin edeceğinden, müstakbel **vatandaşlığa alınmada** kolaylık sağlar.
5. Birden fazla kısmî hukukların yürürlükte olduğu ülkelerde ikametgâh hukukunun **tatbiki** daha kolaydır.

Tabiiyet prensibinin faydaları ise şöylece belirlenmektedir :

1. Tabiiyetin devamlılığı ve kolayca değiştirilememesinin ortaya koyduğu **güven** ikametgâh ile mukayese edilemiyecek kadar fazladır.
2. Tabiiyetin **tesbiti** ikametgâhın belirlenmesine oranla çok daha kolaydır.
3. Statü değişikliğinden doğan **mahzurlar** tabiiyet prensibinde asgariye inmiştir.
4. **Aile** hukuku ve **miras** hukuk ilişkilerinde yabancılar kendi millî hukuklarına olan yakınlığından kolaylıkla vazgeçirilemezler.
5. **Birden çok tabiiyete** sahip olmak hiç şüphesiz birden çok ikametgâhı olmaktan daha zordur.

Dikkat edilecek olursa söylenen fayda ve mahzurları her iki prensip için derece derece ileri sürmek mümkündür.

II. TABİİYET

1. Kavram

Devletler hususî hukuku kaidelerinde bağlanma noktası olarak kullanılan tabiiyet kavramının nasıl anlaşılacağı da bilinmek gerekir. Belirli bir tabiiyete sahip olunduğu iddia edildiğinde, sahip olunan statünün gerçekten bir tabiiyet olarak kabul edilebilip edilemiyeceğinin tesbiti öncelik kazanır. Tabiiyet kendisine bağlanan tekmil sonuçları ile birlikte bir devlete aidiyeti ifade eder. İddia edilen statü şahsa belirli bir ülkede sadece yerlilere tanınan hakları vermekte[47], buna mukabil tekmil sonuçlarıyla o devlete bir aidiyet söz konusu değil ise bir tabiiyet statüsünden bahsetmek mümkün değildir.

47) İngiltere'de "denization" yoluyla yabancılara tanınan haklar bu niteliktedir; bkz. MAKAROV Allgemeine Lehren des Staatsangehörigkeitsrechts 1962 228 vd..

Bir devletin tabiiyeti iddia edildiğinde, gerçekten bu devletin tabiiyetinin söz konusu olup olmadığı da ihtilaflı olabilir. Bu takdirde tabiiyeti iddia edilen devletin hukuk nizamına göre tabiiyet statüsünün mevcudiyeti tetkik edilir. Bir şahsın belirli bir devletin tabiiyetinde olup olmadığı ancak bu devlet tarafından cevaplandırılabilir[48].

2. Birden Fazla Tabiiyet (sujets mixtes)

Bir şahsın birden çok tabiiyetinin olması da mümkündür. *Devletler hususî hukuku* bakımından bu gibi çok tabiiyete sahip olanların ne gibi bir muameleye tabi tutulacağı, ancak yeni kabul edilen devletler hususî hukukuna ait kanunlarda düzenleme konusu yapılmaktadır[49]. Halbuki milyonları aşan sayıda çok tabiiyetli şahısların bulunması bu konunun pratik önemini arttırmaktadır. Birden fazla tabiiyet durumu iki kategoriye ayrılır. Tabiiyetlerden biri mahallî tabiiyettir veya tabiiyetlerden hepsi yabancı tabiiyettir.

1. Şahıs hem *Türk* vatandaşlığına, hem de bunun yanında bir veya birkaç yabancı devlet tabiiyetine sahip ise bizim bakımımızdan onun sadece Türk tabiiyeti nazara alınır (MÖHUK m. 4 b). Gerek uygulamada gerekse teoride mahallî tabiiyetin yabancı tabiiyete tercih edileceği genellikle kabul edilmiştir[50]. Bununla beraber hususî hukuk alanında istisnaen yabancı gerçek tabiiyetin mahallî tabiiyete tercih edilebilmesi görüşü de temsil edilmektedir[51].

> **Misal :** Aynı zamanda Türk teb'ası olan bir Alman Türkiye'de yine Alman vatandaşı olan yeğeni ile evlenmek istiyor. Bu evlenme Türk hukukunda yasak olmasına (MK m. 92 No. 1) mukabil, Alman hukukuna göre yapılabilir. Evlenmek isteyen Almanın sadece Türk vatandaşlığı dikkate alınabileceğinden Türkiye'de yeğeni ile evlilik yapması mümkün olamıyacaktır.

---

48) Bu konuda bkz. NOMER Vatandaşlık Hukuku[12] 1999 22 vd.

49) Meselâ 15.6.1978 tarihli **Avusturya** Federal Kanunu (§ 9); 19.8.1986 tarihli **Alman** Kanunu (m. 5) ve 18.12.1987 tarihli **İsviçre** Federal Kanunu (m. 3).

50) 29.5.1963 t. Danıştay 8. DK., (BERKİ / ANSAY / ARAT) Devletler Hususî Hukuku ile İlgili Danıştay ve Yargıtay Kararları, I : Tabiiyet Hukuku (1963 - 1975) No. 1; ve bkz. NOMER Vatandaşlık Hukuku[12] 1999 29 vd. Bu çözüm tarzı ile çifte vatandaşlığın devletler hususî hukukunda doğurabileceği problemler geniş ölçüde önlenmiş olmaktadır; bkz. özellikle NOMER Türkisches Internationales Privatrecht und doppelte Staatsangehörigkeit: JZ 23/1993 1142 vd.; NOMER Çifte Vatandaşlık 57 vd.; Alman hukukunda: MARTINY Probleme der Doppelstaatsangehörigkeit im deutschen Internationalen Privatrecht: JZ 23/1993 1145 vd.

51) FERID Zur Kollisionsrechtlichen Behandlung des Inländers mit zugleich ausländischer Staatsangehörigkeit: RabelsZ 23 (1958) 498 vd.; MAKAROV Allgemeine Lehren des Staatsangehörigkeitsrechts 1962 300 vd.; **Alman** devletler hususî hukukunun yeni düzenlemesinde (25.7.1986 tarihli IPR - Gesetz) bunun etkisi görülmektedir; meselâ m. 10/2 ve 10/5, m. 14/2 ve m. 26/1. Milletlerarası kambiyo hukukunda da, kambiyo taahhüdünde bulunan şahsın, çifte vatandaşlığa sahip olması halinde, millî hukuklarından birine göre kambiyo taahhüdünde bulunma ehliyetine sahip olması yeterli kabul edilir; BAUMBACH/HEFERMEHL Wechselgesetz und Scheckgesetz[17], 1990, 411.

Kadın evlenme ile kocasının yabancı vatandaşlığına da geçmiş ise; eşlerin müşterek bir şahsî statüye sahip olmasındaki yarar gözönünde tutularak kadının artık kocanın ait bulunduğu devletin tabiiyetinde kabul edilmesi de yerinde bulunmaktadır[52].

2. Tabiiyetlerden hiç birisi *Türk değil ise* bugün hâkim olan görüşe göre gerçek tabiiyet, yani şahsın *daha sıkı ilişki* içerisinde bulunduğu devletin tabiiyeti nazara alınır (MÖHUK m. 4 c). Her olayda bu sıkı ilişkinin tesbiti gerekir. Bununla beraber bu sıkı ilişkiyi belirleyen bazı temel unsurlar mevcuttur. İkametgâh, daimi meskeni, daha önceki tabiiyeti veya ikametgâhı, tabiiyet statüsüne bağlı hak ve mükellefiyetlerin yerine getirildiği veya ekonomik faaliyetin yürütüldüğü devlet gibi unsurlar gerçek tabiiyetin tesbitinde genellikle rol oynarlar.

Misal : Londra'da bir İtalyan kadından doğan çocuk, doğumu itibariyle hem İtalyan (ius sanguinis) hem de İngiliz tabiiyetini (ius soli) kazanır. Bu çocuk daimî surette ikametgâha sahip bulunduğu Roma'da öldüğünde, Türk hâkimi menkul terekesi için İtalyan hukukunu tatbik edecektir, zira kan esası ile birlikte ikametgâh unsuru bu çocuğun gerçek tabiiyetnin İtalyan olduğunu göstermektedir.

3. Tabiiyetsizlik

Hiçbir devlete ait bulunmayan şahıslar (tabiiyetsiz, vatansız, heimatlos) da vardır[53]. Bunlar da şüphesiz hukukî hayatta önemli pratik rol oynarlar.

Tabiiyetsizlerin kendilerine ait bir millî hukukları bulunmadığına göre devletler hususî hukuku bakımından millî hukuk yerine neyin ikame edileceği üzerinde durmak gerekir. Bu konuda en çok, ikametgâha veya ikametgâh bulunmadığı takdirde sakin olunan yer hukukuna bağlanma yoluna gidilmektedir.

Tabiiyetsizlerde millî hukuk yerine ikametgâh veya sakin olunan yer (mutad mesken) bağlantılarının kullanılması **Türk hukukunda** yer almıştır. Vatansızlar hakkında ikametgâh, bulunmadığı hallerde mutad mesken, o da yoksa dava tarihinde bulunduğu devlet hukuku uygulanır (MÖHUK m. 4 a).

Bu çözüm şekli hâlen on sekiz ülkenin iltihak etmiş bulunduğu 28.9.1954 tarihli Vatansızların Hukukî Statüsü hakkındaki Birleşmiş Milletler Sözleşmesinde de benimsenmiştir. Türkiye'nin katılmadığı bu milletlerarası sözleşme[54], vatansızın şahsî statüsü olarak, onun ikametgâh hukukunu, yoksa sakin ol-

52) DÖLLE IPR 60.

53) Batı Almanya'da 1969 Eylülünde vatansızların sayısı 50 binin üzerinde bulunuyordu; DÖLLE IPR 63.

54) Sözleşme metni için bkz. MAKAROV Quellen: II 330/1 - 330/4.

duğu ülkenin hukukunu dikkate almaktadır (m. 12 § 1). Yine Birleşmiş Milletler Teşkilatının idaresi altında hazırlanmış olan 28.8.1961 tarihli Vatansızlığın Gelecekte Azaltılması Hakkındaki Sözleşme ise maddî tabiiyet hukukunun birleştirilmesini kendine konu almış, fakat devletler hususî hukuku ile ilgilenmemiştir[55].

Ancak ikametgâh bağlantısının kullanılması ikametgâh kavramının vasıflandırılması ile ilgili tekmil güçlükleri beraberinde getirmekte olduğundan, son zamanlarda sakin olunan yer hukukuna doğrudan doğruya bağlanma yolunda bir eğilim mevcuttur[56].

İkametgâh hukukuna bağlanmadan doğrudan doğruya sakin olunan yer hukukuna bağlanan bu çözüm **Alman** devletler hususî hukukunun 1.9.1986 tarihinde yürürlüğe giren yeni düzenlemesinde tercih edilmiştir (m. 5). En son tabiiyete bağlanma da **Yugoslav** hukukunda görülmektedir (Mirasa İlişkin 25.4.1955 tarihli Kanun m. 157[57]).

4. Mülteciler

14 Haziran 1934 tarihli ve 2510 sayılı İskan Kanununa göre, Türkiye'de yerleşmek maksadıyla olmayıp bir zaruret dolayısıyla muvakkat oturmak üzere sığınanlara mülteci denir (m. 3). Devletler hususî hukuku bakımından mülteciler için kanunlarımızda özel bir hüküm mevcut değildir. Türkiye'nin de iltihak ettiği 28 Temmuz 1951 tarihli **Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Sözleşme**[58] ise mültecilerin hukukî durumunu devletler hususî hukuku bakımından da düzenlemiştir. Bu sözleşmenin 12'nci maddesine göre, "her mültecinin şahsî statüsü ikametgâhı ülkesinin hukukuna, ikametgâhı yoksa sakin olduğu ülke hukukuna tâbidir." Sözleşmenin mülteciden kimleri kastettiği de ayrıca belirtilmiştir (m. 1). Buna mukabil "şahsî statü" kavramının ne anlama geldiği Sözleşmede açıklanmamış, böylece âkit devletlerin devletler hususî hukukuna bırakılmıştır[59].

III. İKAMETGÂH

Devletler hususî hukuku kaidelerinde bağlanma noktası olarak ikametgâh kavramının kullanılması tabiiyet kavramına oranla çok daha fazla güçlükler ortaya çıkarmaktadır. İkametgâh kavramının düzenlenmesi hukuktan hu-

55) Her iki Sözleşme hakkında daha geniş bilgi için bkz. ALTUĞ Vatansızlar Hakkında İki Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: İHFM 1-2/1963 201 vd.; ODMAN Mülteci Hukuku 1995.

56) Bkz. NOMER Vatandaşlık Hukuku[10] 1995 35.

57) Metin için bkz. FERİD / FIRSCHING Internationales Erbrecht IV. Yugoslawien, Texte 47.

58) RG. 5 Eylül 1961 - 10898. Ve Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Protokol için: RG. 5 Ağustos 1968 - 12968 ve RG. 14 Ekim 1968 - 13026. Geniş bilgi için bkz. ALTUĞ Devletler Hususî Hukuku Bakımından Mülteciler 1967; ODMAN Mülteci Hukuku 1995.

59) KEGEL IPR 207.

kuka çok farklılık gösterir. Bu farklılıklar tabiiyet kavramıyla mukayese edilemiyecek derecede önem taşır. Öyle ki, evli kadının ikametgâhı, küçük çocuğun ikametgâhı veya vesayet altındakilerin ikametgâhı gibi kanunî ikametgâh çeşitleri (MK m. 21 I) yanında, genel ikametgâh kavramı dahi çeşitli hukuklarda birbirlerinden oldukça farklı düzenlemelere tâbi tutulmuşlardır.

Anglo-Amerikan kanunlar ihtilafı hukukunda şahsî statünün bağlanmasında ikametgâh kavramı kullanılmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, İngiliz hukukunda iki ikametgâh kavramı görülmektedir; **domicile of origin** (aslî ikametgâh veya doğumla elde edilen ikametgâh) ve **domicile of choice** (seçilmiş ikametgâh)[60]. Doğumla elde edilen ikametgâh doğum anında ana ve babanın ikametgâhı olmakta ve şahsın rücu edilmez şekilde bunu terketmediği, yani seçilmiş bir ikametgâh tesis etmediği sürece devam etmektedir. İngiliz ikametgâhı bir şahsın İngiliz topluluğuna aidiyetini ifade ettiği için her şahsın ancak tek bir ikametgâhı olabilir; tersinden söyleyişle İngiliz topluluğuna ait bir şahsın ikametgâhsız olması mümkün değildir. Bu itibarla doğumla elde edilen ikametgâh (domicile of origin), seçilmiş ikametgâh (domicile of choice) ile ortadan kalkmadığı sürece varlığını sürdürmektedir. Seçilmiş ikametgâhın gerçekleşmesi, daimî yerleşme niyeti (animus manendi) ile oturma mahallinin fiilen değiştirilmesine bağlıdır. Ancak daimî yerleşme niyetinin isbatı İngiliz mahkeme tatbikatında çok sıkı şartlara tâbi tutulmaktadır. Ve tereddüt halinde doğumla elde edilen ikametgâhın devam ettiği kabul edilmektedir. Diğer yandan şahıs daimî olarak terketmek niyetiyle oturma mahallinden ayrılırsa bu seçilmiş ikametgâhını da kaybetmiş olur ve aynı zamanda yeni bir seçilmiş ikametgâh tesis edene kadar tekrardan kendiliğinden doğumla elde edilmiş olan ikametgâha sahip olur. Yani doğumla elde edilmiş olan ikametgâh yeniden hayat kazanır. Şu düzenlemesiyle İngiliz hukukundaki ikametgâh kavramının Kara Avrupası hukuklarında kullanılan ikametgâh kavramından daha çok tabiiyet kavramına yaklaştığını söylemek mümkündür.

Buna mukabil Amerikan hukukundaki ikametgâh kavramının Kara Avrupası hukuklarında kullanılan ikametgâh kavramına daha yakın olduğu görülmektedir. Kanunî ikametgâh durumları bir yana bırakılacak olursa, Amerikan hukukunda ikametgâhın temel unsuru **"residence"**, yani şahsın ait bulunduğu mahal ve bu mahalli (residence) gayri muayyen süre ile muhafaza etme niyetidir. İngiliz hukukunda her şahıs ancak tek bir "domicile" sahibi olabilirken, Amerikan hukukunda birden çok "recidence" sahibi olmak mümkündür[61].

İkametgâh kavramının hukuktan hukuka gösterdiği farklılık, bu kavramın hangi hukuk nizamına göre nazara alınacağı meselesinin de hallini ("vasıflandırma") ortaya çıkarır. Daha önce de üzerinde durulduğu gibi[62] ikamet-

60) Özellikle bkz. GRAVESON Conflict of Laws - Private International Law 1974 185 vd. (195 vd. ve 200 vd.).

61) Daha geniş bilgi için bkz. NUSSBAUM Grundzüge 131 vd.; WEISSENSTEIN Anglo-amerikanisches Rechtswörterbuch I. Teil: Englisch - Deutsch 1950 59 vd..

62) Bkz. yukarıda s. 98 vd..

gâh kavramının tesbitinde lex fori'nin yetkili olduğu genellikle kabul edilir. Ancak bu anlayış, ikametgâh kavramının bağlanma noktası olarak kullanılması halinde, tatbiki gerekli kanunlar ihtilafı kaidesinin ait olduğu hukukun bağlama noktasını tayinde yetkili olacağı prensibine dayanır[63]. Ekseri olayda hâkim kaideten kendi kanunlar ihtilafı kaidelerini uyguladığından bağlanma noktası olarak ikametgâh kavramının da lex fori'ye tabi olması normaldir. Bununla beraber hâkimin yabancı bir kanunlar ihtilafı kaidesini tatbik etmesi de mümkündür. Böyle durumlarda tatbik edilen kanunlar ihtilafı kaidesinin bir unsuru olması sebebiyle ikametgâh kavramının lex fori'ye göre değil, fakat o kanunlar ihtilafı kaidesinin ait bulunduğu hukuk nizamına göre tayin edilmesi gerekir.

IV. MUTAD MESKEN

Mutad mesken kavramı son zamanlarda bir bağlanma noktası olarak gittikçe daha yaygın şekilde kullanılmaya başlanmıştır. *Türk hukukunda* vesayet ve hacir (MÖHUK m. 9), evlenme (MÖHUK m. 12) boşanma ve ayrılık (MÖHUK m. 13) konularında "mutad mesken" kavramına yer verilmiştir. Ancak ikametgâh ve tabiiyet kavramlarının aksine bu kavramın *mânası bugüne* dek kanunlarda henüz açıklığa kavuşmuş değildir. "Mutad mesken" kavramının milletlerarası alanda kabul edilmiş bir tarifi yoktur. O kadar ki yabancı doktrin ve hatta mahkeme uygulamalarında mutad meskenin hukukî bir kavram olmadığı, sadece bir vakıadan ibaret olduğu görüşleri çoğunlukla temsil edilmiştir[64]. Diğer taraftan mutad mesken kavramının ikametgâh kavramının aksine hukukî bir kavram sayılmaması onun ikametgâha tercih sebebini teşkil eder. Böylece ikametgâh kavramının birlikte getirdiği vasıflandırma (tefsir) problemleri mutad mesken için asgariye düşmektedir. Öyle ki, millî bir kavram olarak değil, daha ziyade milletlerarası bir müşterek anlayışa varmayı mümkün kılan milletlerarası bir kavram muamelesi görebilmektedir. Ayrıca "mutad" bir mesken olması, sadece "mesken" kavramına nisbetle onu daha da subjektif unsurlardan temizlemekte ve maddî ilişki unsurları ağırlık kazanan, daha az kolaylıkla değiştirilebilen bir kavram temin edebilmektedir. Şüphesiz bir şahsın bir mahalde uzun süre oturmak kastıyla hareket etmesinde veya böyle bir kastı olmasa dahi belirli bir mahalde uzun süre devam eden

63) NEUHAUS Grundbegriffe 1976 221; BATIFFOL / LAGARD II 1976 N. 400 23 vd.; Werner von STEIGER Der Wohnsitz als Anknüpfungsbegriff im internationalen Privatrecht 1934 150 vd..

64) Bu konuda bkz. NEUHAUS Grundbegriffe 1976 225 vd.; özellikle: BAETGE Der gewöhnliche Aufenthalt im Internationalen Privatrecht 1994 102 vd..

oturma halinde orayı *mutad meskeni* olarak kullandığı kabul edilebilir. Buna rağmen mutad mesken kavramının hangi hukuk nizamına göre tesbit edileceği sorusunu cevaplandırmak zarureti vardır. 13.12.1955 tarihli Avrupa İkamet Sözleşmesine ek Protokol mutad mesken kavramının "ilgilinin millî hukukuna göre" tayin edileceğini söylemiştir (m. 30). Bu nevi hukukî hükümler daha önce de belirtildiği gibi çok nadirdir.

Mutad mesken kavramı tabiiyet ve ikametgâh prensiplerinin uzlaşmaz bir şekilde karşı karşıya bulunması sebebiyle ortaya çıkmış gözükmektedir. Diğer yandan özellikle Almanya'nın taksimi mutad meskene bağlanma fikrini Alman bölgelerarası (interlokal) hususî hukuk alanında daima büyüyen bir öneme sahip kılmıştır. Gerçekten de doktrinde ve kanunlarda tabiiyet prensibi ile ikametgâh prensibini uzlaştırma gayretleri hiç eksik olmamıştır. Ve meselâ 15.6.1955 tarihli Millî Devlet Hukuku ile İkametgâh Devleti Hukuku Arasındaki İhtilafların Düzenlenmesine dair La Haye Sözleşmesi henüz yürürlüğe girmemiş olmasına rağmen bu gayretin bir sonucudur. Bu gayretlerin yakın bir zamanda sonuca ulaşması da beklenilmemektedir. Özellikle aile hukuku alanında tabiiyet prensibine bağlanmaktaki zaruretten söz edilirken, yeni İngiliz kanunları ikametgâh prensibinde ısrarla durmaktadırlar.

Son zamanlardaki gelişme şunu göstermektedir ki, ülke sınırlarının daha çok aşıldığı durumlarda ve dolayısıyla milletlerarası hususî hukuk ilişkilerinin çoğaldığı ülkelerde tabiiyet prensibinden uzaklaşma eğilimi mevcuttur. Hatta Avrupa Ekonomik Topluluğunu kuran Sözleşme, sözleşmenin uygulama alanında tabiiyete bağlanmayı men'etmekte (m. 7) ve muhtemelen tarafsız bir bağlanma noktası olarak mutad meskeni tercih etmiş olmaktadır. Ve yine La Haye Sözleşmeleri de daima kuvvetlenen ölçüde mutad mesken ("résidence habituelle") kavramına yanaşmaktadır. 24.10.1956 tarihli Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Kanuna dair La Haye Sözleşmesi uygulanacak kanunun tayininde bağlanma noktası olarak çocuğun mutad meskenini kabul etmiştir (m. 1/1).

§ 9. HİLELİ BAĞLANMA : DEVLETLER HUSUSÎ HUKUKUNDA KANUNA KARŞI HİLE ("FRAUS LEGIS")

I. KAVRAM

Kanuna karşı hile ile uygulanması gerekli olan, fakat ilgili tarafın istemediği bir hukuk kaidesini bertaraf etmek maksadıyla yapılan bir davranış ifade edilir. Böylece ilgili tarafın arzusuna uyan hukuk kaidesi kullanılır ve asıl uygulanması gerekli hukuk kaidesine aykırı bir sonuca ulaşılır.

Kanuna karşı hile devletler hususî hukukuna ait bir özellik değildir. Genel hukuk doktrinine ait bir müessesedir. Ancak devletler hususî hukukunda da kullanılır. Her kanuna karşı hile olayında bertaraf edilen hukuk kaidesi *maddî* bir hukuk kaidesidir. Devletler hususî hukukunda da bu böyledir. Devletler hususî hukukunda ilgili taraf veya taraflar ulaşmak istedikleri sonuca mani olan bir hukuk nizamından kurtulmak maksadıyla, diğer bir hukuk nizamına tâbi olmayı mümkün kılan bağlantı noktaları tesis ederler. Yani taraflara uygun gelen maddî bir hukuk kaidesine tâbi olmayı mümkün kılan bir kanunlar ihtilafı kaidesinin tatbikini temin için bir olay yaratılır. Ve bundan sonra uygun maddî hukuk kaidesinin tatbiki kendiliğinden gelir.

Misaller : Yetkili millî hukuk nizamlarına göre mümkün olmayan boşanmayı temin etmek gayesiyle taraflar boşanmayı kabul eden bir hukuk nizamına tâbi olmak üzere yeni bir vatandaşlık iktisap ederler. Fransız mahkeme tatbikatında Prenses Bauffremont olayı kanuna karşı hile için en meşhur vak'alardan birini teşkil eder. Olay Fransa'da henüz boşanmanın mümkün olmadığı tarihlerde, yani 1870 yıllarında geçer. Fransa'da boşanma yeniden 1884 yılında kabul edilmiştir. Olayda bir Fransız vatandaşı olan Prenses Bauffremont Almanya'da boşanma imkânını elde etmek için Saksonya tabiiyetine geçer. Almanya'da boşanır ve Berlin'de Rumen vatandaşı Prens Bibesco ile yeni bir evlilik yapar. Fransız mahkemeleri her kademede Saksonya vatandaşlığının kazanılmasını Prenses Bauffremont'un ilk evliliği açısından geçersiz kabul etmişlerdir; çünkü vatandaşlığın kazanılması boşanma yasağına ilişkin Fransız

kanunlarına karşı hile olarak görülmüştür[65]. Amerika Birleşik Devletlerinde boşanma davalarının (meselâ Nevada gibi) boşanmanın kolay olduğu eyaletlere hileli şekilde aktarılması halinde "migratory divorces"den söz edilir.

Veya taraflar mahallî hukukun aradığı şartlardan kurtulmak maksadıyla hukukî ilişkilerini yabancı ülkede tesis ederler. Şöyle ki, nişanlılar kendi millî hukuklarına göre evlenme aktine imkân vermeyen belirli evlenme manilerinden kaçınmak için yabancı ülkede evlenirler. Alman mahkeme tatbikatında küçüklerin Gretna-Green-Evlilikleri ile Tondern - Evlilikler bu konuda en belirli kanuna karşı hile teşebbüsleriydi: Küçük Alman vatandaşları kanunî temsilci kullanma yoluyla evlenme yasağından kurtulmak için Gretna Green'de (İskoçya) evlenmekteydiler[66]. Diğer taraftan özellikle yakın zamanlarda katolik İspanyol erkekleri ile boşanmış Alman kadınları ikametgâhları Almanya'da olmalarına rağmen Tondern'e (Danimarka'da Alman sınırına çok yakın bir yer) giderek orada evleniyorlardı. Böylece EGBGB m. 13 I gereği kocanın evlenme ehliyetine İspanya hukukunun tatbiki sebebiyle Almanya'da yapılması mümkün olmayan evlilikler Tondern'de yapılabilmekteydi[67]. Bu tarzda evlenme manilerinden kaçış Amerika Birleşik Devletleri'nde de görülmektedir, zira orada Eyaletlerin devletler hususî hukuku kaidelerine göre lex loci actus hem evlenmenin şekli hem de evlenme manileri hakkında söz sahibidir.

Ve nihayet, Londra'da oturmakta olan bir Alman veya Fransızın mahfuz hisse veya kanunî miras haklarını dikkate almaksızın vasiyet yapabilmek için İngiliz tabiiyetine geçmesi veya evlilik dışı hamile kalan bir kadının, kendisinden çocuk edindiği şahsa karşı çocuk için daha müsait taleplerde bulunabilmek için çocuğun doğumundan önce ikametgâhını veya tabiiyetini değiştirmesi veya aksi halde geçerli olmayacak bir borçlar hukuku aktinin irade muhtariyetinden istifade ile ona muteberiyet kazandıran bir hukuka tâbi tutulması veya Almanya'da bulunan mal sahibinin bir menkul malını (bir sanat eserini) Fransız hukukuna göre teslimsiz ferağ edebilmek için Fransa'ya geçmesi ve müteakiben o mal ile birlikte tekrar Alman hukuk alanına dönmesi gibi çeşitli kanuna karşı hile misalleri verilebilir.

Kanuna karşı hileden bahsedebilmek, yani hileli bir bağlanmanın ortaya çıkabilmesi için yukarıda verilen misallerden da anlaşılacağı üzere 4 unsurun mevcut olması lâzımdır: (1) hükmünden kaçınılan bir hukuk kaidesi; (2) kendisinden istifade edilen bir hukuk kaidesi; (3) hileli bir fiil ve (4) hile kastı. Bu unsurlardan birinin eksikliği halinde bir kanuna karşı hileden bahsetmek mümkün değildir.

---

65) Bkz. Trib. civ. de la Seine, 10.3.1876; Cour de Paris, 17.7.1876; Cass. civ., 18.3.1878: Sirey 1878 1. 193.

66) Bkz. KNICKENBERG Gretna Green: StAZ 1960 45-47. Marriage Act 1977 (İskoçya)'den beri domicile hukukuna göre evlenme ehliyeti aranmaktadır.

67) Bkz. LUTHER Die Sogenannten Tondern-Ehen: RabelsZ 34 (1970) 679 vd..

II. HUKUKÎ DURUM VE ÇÖZÜM

Yukarıda verilen misaller göstermektedir ki, normal olarak mahallî hukuk tatbik edilmek gerekirken, diğer bir hukuk nizamının tatbikini temin edebilecek birçok yol mevcuttur. Tabiiyet, ikametgâh veya mutad meskenin değiştirilmesi veya hukukî muamele yerinin veya ifa mahallinin değiştirilmesi gibi yeni bağlama noktalarının elde edilmesi imkânı önceden sayılamıyacak kadar çeşitlidir.

Kanuna karşı hile teşkil eden bu nevi hileli bağlanmalar hakkında kanunî bir hüküm yoktur. Kanunî bir hükmün olmamasının sebebi, kanuna karşı hile teşkil eden olayların çeşitliliği ve iç hukukta olduğu gibi devletler hususî hukukunda da bunların hepsinin aynı hukukî öneme sahip olmamalarıdır. Buna mukabil kanuna karşı hileye mani olunabilmek için çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Öncelikle kanuna karşı hile probleminin müstakil bir problem mi yoksa kamu düzenine ilişkin bir problem mi olduğu hususunda doktrinde ihtilaf mevcuttur. Gerçekten de kanuna karşı hilenin kamu düzeni kavramının bir parçası olduğu görüşü[68] yanında, kanuna karşı hileyi müstakil bir problem olarak ele alan görüş[69] de kuvvetle temsil edilmektedir.

Türk hukukunda kanuna karşı hile teorisinin tâli nitelikte bir müeyyide olduğunu ileri sürenler olduğu gibi[70], hileyi hakkın kötüye kullanılması olarak mütalâa edip, bağımsız bir müeyyide olarak kabul edenler de vardır[71]. Mahkeme kararları bu konuda bir sonuç çıkarmaya elverişli değildir[72].

Kanuna karşı hile probleminde çözüm aslında şu sualin cevabına bağlı kalmaktadır: hileli olarak bertaraf edilen hukuk kaidesinin hükmü korunmalı mıdır; korunması gerekli ise bu nasıl temin edilmelidir? Çeşitli olaylar ve bu

---

68) WOLFF IPR 47 vd.; MELCHIOR Grundlagen des IPR 379 vd.; BARTIN Etudes des droit international privé 1899 245; BARTIN Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises I 1930 262 vd.; BERTRAM Gesetzesumgehung im internationalen Privatrecht 1928 4 ve 84 vd..

69) KEGEL IPR 217 vd.; RÖMER Gesetzesumgehung im deutschen internationalen Privatrecht 1955 89 vd.; RAAPE IPR 131 vd.; NUSSBAUM Deutsches IPR 75; GUTZWILLER Internationalprivatrecht: Das gasamte deutsche Recht 1931, Teil; VIII, 1579; BATIFFOL / LAGARD I 1974 N. 374 s. 468 vd.; NIBOYET Traité de droit international privé français III 1944 635 vd.; SCHNITZER I 249 vd.; NIEDERER Einführung 322 vd. ve önceki fikrini değiştirmiş olan MAKAROV Grundriss 103 vd.

70) SEVİĞ Devletler Hususî Hukukunda Hile Teorisi 1950 83.

71) ULUOCAK Kanunlar İhtilafı 1971 232.

72) "Devletler Hususî Hukuku icabınca, butlan sebeplerini bertaraf etmek maksadıyla olmayarak, ecnebî memleketlerde mer'î hükümlere tevfikan aktedilen" evlenmelerin geçerli olduğundan söz eden tek, eski bir Yargıtay kararına (Yar. 2. HD., 3.5.1937; BERKİ / ERGÜNEY 55) dayanılarak Türk tatbikatı yönünden kanuna karış hile konusunda bir hükme varmak mümkün değildir. Ayni anlamda bkz. GÖĞER 111.

olaylar hakkında ileri sürülen fikirler ve mahkeme kararları bu sualin cevaplandırılmasında önem kazanmaktadır:

a) Bazen kanuna karşı hile *kanunî hükümlerin* müdahalesiyle karşılaşır. Kanuna karşı hile için hiçbir hukuk nizamında genel bir hukuk kaidesi mevcut değilse de, bazı hukuklarda hileli bağlanmaları önleyici özel hükümlere rastlanmaktadır. Tabiiyet prensibine bağlanmış bulunan hukuk nizamları birçok aile hukukuna ilişkin vak'alarda hileli bağlanmalara mani olmaktadırlar, zira tabiiyet değişikliği mahiyeti itibariyle kolay ve basit olmayan bir işlemdir. Bunun dışında tatbik edilecek kanunun tatbik zamanını da tesbit eden kanunlar ihtilafı kaideleri de en azından zaman içerisinde yapılabilecek davranışlarla tatbik edilecek kanunu değiştirmeye mani olduklarından hileli bağlanmaları çok zorlaştırmaktadırlar. Meselâ mal rejimleri hukukunda evlenme aktinin yapıldığı ânı uygulanacak kanunun tesbitinde kullanan bir hüküm (MÖHUK m. 14) veya boşanma hukukunda dava ikamesi ânında kocanın millî hukukuna göre boşanma sebebi teşkil etmeyen bir olayı kocanın tabiiyet değiştirmesi yoluyla boşanma sebebi haline getirmesini önleyen bir hüküm (EGBGB [eski] m. 17 II) hileli bağlanmaları büyük ölçüde güçleştiren kanunlar ihtilafı kaideleridirler.

İrade muhtariyetinin sınırlı olduğu hukuk sistemlerinde de tarafların yapabilecekleri kanuna karşı hile halleri önlenebilmektedir. Şöyle ki, esasa ilişkin unsurları iç hukuk alanında kalmış bulunan bir hukukî münasebetin, mahallî iç hukukun emredici kaidelerinden kaçınmak için yabancı bir hukuka tâbi tutulması (hukuk seçimi) geçersiz hale gelmektedir. Böyle bir vak'a irade muhtariyetinin sınırlı olmadığı hukuk nizamlarında kanuna karşı hile teşkil etmesine rağmen kolaylıkla önlenemezdi[73] :

> **Misal :** 1897 yılında iki Saksonyalı Saksonya'da bir evlenme tellallığı akti yapıyorlar ve aktin Prusya hukukuna tâbi olacağını kararlaştırıyorlar. Çünkü Saksonya hukukunun aksine Prusya hukukuna göre evlenme tellallığı ücreti dava edilebilmekteydi. Olayda bir kanuna karşı hile mevcut olmakla beraber mahkeme[74], devletler hususî hukuku prensiplerinden hareketle tarafların hukuk seçimi yapamıyacaklarını kabul etmiş ve Saksonya hukukunu uygulamıştır.

b) Kanuna karşı hilede istifade edilmek istenen hukuk kaidesinin tatbikini temin gayesiyle taraf veya taraflar aslında istenmeyen, fakat görünüşte

73) Böyle bir hileli davranışın kanunlar ihtilafı hukuku bakımından geçerli olsa bile, kanuna karşı hile teşkil ettiğinden geçersiz olacağı hakkında bkz. DÖLLE IPR 71. Hatta yabancılık unsuru taşısa dahi, makul düşünce tarzı içerisinde dikkate alınabilecek hukuk nizamlarının muhtevaca ayni olan emredici kaidelerinden kurtulmak için yapılmış bir hukuk seçiminin dahi kanuna karşı hile sebebiyle geçersizliğine ulaşılabileceği hakkında bkz. NEUHAUS Grundbegriffe 1976 259 vd..

74) RG, RGZ 44 300.

öyle olmasını arzu ettikleri bir bağlanma noktası meydana çıkarmaktadırlar. Boşanmayı temin için meselâ görünüşte bir ikametgâh tesis edilmektedir. Bu *muvazaa* teşkil eder. Ve uygulanması taraflarca arzulanan kanunlar ihtilafı kaidesi, bu kaidenin tatbikini temin eden vakıa unsurunun *muvazaa teşkil etmesi* sebebiyle dikkate alınmayabilir[75].

> **Misal** : Kendi ikametgâhının bulunduğu yerde birçok defalar araba ehliyeti imtihanında başarılı olamayan bir şahıs geçici olarak ikametgâhını değiştirerek (muvazaa) ehliyet temin etmiştir. Bu ehliyet kanuna karşı hile (daha doğrusu muvazaa) sebebiyle geri alınmıştır. Buna mukabil Almanya'da ehliyeti alınan bir şahsın İsviçre'de ikametgâh tesis ederek bir ehliyet temin etmesi hukuka aykırı görülmemiştir[76].

c) Fransız doktrini tarafından eski bir hukuk anlayışına ("fraus omnia corrumpit") dayanılarak ortaya konan tez şudur: tatbiki gerekli bir hukuk kaidesinin yabancı hukuka ait bir bağlanma meydana getirerek hileli bir şekilde kullanılmaz hâle getirilmesi hükümsüzdür ve kendisine hile yapılan hukuk kaidesi tatbik edilir. Fransız tatbikatı bu teze bağlanmakta oldukça ileri gitmiştir[77]. Alman hukukunda daha sınırlı bir düşünüş tarzı gelişmiştir: Her türlü kanuna karşı hile tahammül edilmez değildir. Kendisine hile yapılan hukuk kaidesinin bir kenara itilmesi bu kaidenin takip ettiği gaye bakımından tahammül edilemez olmalıdır. Ancak böyle bir durumda kendisine öz manasıyla bir kanuna karşı hileden söz edilebilir. Yoksa bir bağlanma noktası tesisiyle daha müsait bir hukuk nizamının temin edilmesi daima müdahaleyi gerektiren bir çirkinlik olarak görülemez. Bu anlayış Alman doktrinini kanuna karşı hileyi kamu düzeni kavramı ile önleme çabasına sevketmiştir[78]. Bu sebeple kamu düzenini düzenleyen EGBGB [eski] m. 30'a uygun olarak bir Alman kanun hükmünün hileli şekilde bir yana bırakılmasının bir Alman kanununun gayesine aykırı düşüp düşmediği üzerinde durulmuştur.

Bunun yanında yine Alman doktrininde kanuna karşı hilenin geçerliliği veya geçersizliği hakkında kanunlar ihtilafı kaidelerinin yorumu yoluyla bir karara varılması gerektiği, zira devletler hususî hukukunda kanuna karşı hilenin devletler hususî hukukuna ait bir *hakkaniyet* meselesi olduğu görüşü de müdafaa edilmektedir[79]. Bu görüşün sonucu şu olmaktadır: hileli elde edilen bağlanma, kendisinden kaçınılan kanunlar ihtilafı kaidesinin mana ve maksadına açık bir şekilde aykırı düşüyorsa dikkate alınmıyacaktır. Şüphesiz bu ay-

75) Bkz. SCHNITZER I 250/251.

76) Her iki olay için bkz. KEGEL IPR 224.

77) WOLF IPR 47.

78) KEGEL IPR 219 vd..

79) KEGEL IPR 217. Ayrıca bkz. NEUHAUS Grundbegriffe 1976 195; RAAPE IPR 132.

kırılık maddî hukuk kaidesine olan aykırılığa nisbetle çok seyrek meydana gelmektedir:

Misaller : İsviçre sınırında oturan ve Alman hukukuna göre noter veya mahkemece yapılması gereken bir bağışlamanın masraflarından tasarruf etmek maksadıyla, bu bağışlamayı İsviçre'ye geçerek bir İsviçreliye yazılı şekilde vaadeden şahıs bir Alman kanununun (BGB § 518) gayesine aykırı hareket etmemiştir. En azından BGB § 518'in bir kenara bırakılması, burada yazılı bağışlama vaadinin hükümsüzlüğü sonucunu doğuran tahammül edilemez bir kanuna karşı hile durumu değildir. Burada locus regit actum kaidesini koyan EGBGB m 11/1 hükmünün mana ve gayesine de bir aykırılık görülemez[80]. Halbuki Fransa'da aktin inikad yerinin mahallî şekil hükümlerinden kaçınmak için yabancı bir ülkeye aktarılması kanuna karşı hilenin tipik bir misali olarak görülmektedir.

Ve yine (NEUHAUS'a göre[81]) eğer iki vatandaş dinî inançları sebebiyle medenî nikâh yerine dinî bir evlenmeyi tercih ettikleri için yabancı bir ülkeye geçmiş ve dinî evlenme yapmışlarsa locus regit actum kaidesinin mana ve gayesine bir aykırılıktan söz edilemez. Böylece Alman şekil hükmü geçerli bir şekilde bir kenara itilebilmektedir. Çünkü yabancı hukukun şekil şartlarının tanınması, tesadüfen o yabancı ülkede bulunan kimselerin rahatlığı için kabul edilmiş bir imtiyaz değildir; aksine bu tanınma milletlerarası muamele güvenliğinin korunması için söz konusudur; hatta bu bakımdan üçüncü şahısları da ilgilendirir. Ve aslında her ülke üzerinde geçerli olan hâkimiyet hakkının tanınması anlamına da gelir. Böylece daha önce sözü edilen Gretna-Green ve Tondern evlilikler de şeklen geçerlidir[82]; meğerki maddî hukuk yönünden mahkemece hükümsüzlüklerine karar verilmiş olsun.

d) Kanuna karşı hileli davranışların önlenmesinde kamu düzeninin doğru bir mesnet olmadığını ve meselenin münhasıran hileli olarak bertaraf edilen kanunlar ihtilafı kaidesinin tefsiri yoluyla çözümlenebileceğini ileri süren fikirlere[83] rağmen, genellikle Alman doktrini ve uygulaması bir Alman kanununun gayesine aykırılık teşkil ettiği takdirde kanuna karşı hilenin Alman kamu düzeninin yardımıyla (EGBGB m. 30 [yeni m. 5]; ZPO § 238 I Nr. 4) önleneceği görüşündedir:

Misaller : Alman kanunlarına göre boşanma sebebine sahip olmayan bir Alman ikametgâhını Riga'ya naklediyor ve orada Letonya hukukuna uygun şekilde boşanıyor. Burada boşanma hakkındaki Alman maddî hukuk kaidesine karşı bir hile yapıldığı için bir Alman kanununun gayesine aykırı düşen bir boşanma kararı vardır. Bu sebeple ZPO § 328 I Nr. 4 gereğince Letonya boşanma hükmü tanınmaz[84].

80) Çok ihtilaflı; farklı bir fikir için meselâ bkz. NEUHAUS Grundbegriffe 1976 196.

81) NEUHAUS Grundbegriffe 1976 195/196.

82) OLG Frankfurt: FamRZ 1967 476.

83) KEGEL IPR 220 ve 223; RAAPE IPR 132.

84) Bkz. Max Reinhardt Olayı: JW 1932 3844 vd..

Alman nişanlılar Meksika'da temsilci vasıtasıyla evlenmişlerdir (Handschuhehe). Evlenme anında erkek Arjantin'de, kadın ise Arjantin'e doğru giden bir İskandinav uçağında bulunmakta idi. Alman mahkemesi EheG § 17 ve § 13 hükümlerine (KEGEL'e göre doğrusu EGBGB m. 11/1 olmalıydı)[85] karşı hile kabul etti ve kanuna karşı hileyi EGBGB m. 30'a karşı bir ihlâl görerek hükümsüz bıraktı[86].

e) Yabancı bir kanun hükmüne karşı hile yapılarak mahallî hukukun tatbikinin temin edilmesi halinde bu hilenin hükümsüz bırakılması seyrek olmakla beraber uygulamada görülmüştür. Ancak bu seyrek vak'alar dahi kanuna karşı hilede kamu düzeni kavramının yeterli bir önleyici olmadığını isbat etmektedir.

Misal : Bir İtalyanın sırf boşanmak maksadıyla Fransız tabiiyetine geçmesi olayında Fransız mahkemesi İtalyanın tabiiyete alınmasını Fransa'da nazara almadı[87].

Alman hukukunda yabancı bir kanunun gayesine karşı yapılan hileli bağlanma hallerinde Alman kamu düzeninin ancak ya yabancı kanunun atıf sebebiyle uygulanması gerektiği durumlarda ya da kanuna karşı hilenin Alman âdap ve ahlâk anlayışına karşı bir ihlâl meydana getirmesi ihtimalinde mümkün olabileceğinden söz edilmiştir[88]:

Misaller : Bir İngiliz, İngiliz hukukuna göre yasak olan bir evlenmeyi yapabilmek için, ikametgâhını bu evlenmeyi mümkün kılan bir mahalle nakletdiyor ve evlenmeyi yapıyor. Common law böyle bir ikametgâh naklini bono fide yapılmamış olduğu için geçerli saymaz. Evlenmenin muteberiyeti hakkında karar verme durumunda olan Alman hâkimi EGBGB m. 13 uyarınca İngiliz hukukundan hareket edecektir. Ve eğer İngiliz hukuku kanuna karşı hile sebebiyle ikametgâh naklini geçerli saymıyorsa, Alman hâkimi de buna uygun olarak aynen İngiliz hâkimi gibi evliliği muteber saymıyacaktır.

Millî kanunlarının müsaade etmediği evlenmeyi (AllgBGB § 65) temin edebilmek için Avusturyalı amca ve yeğen Alman vatandaşlığına geçerek Almanya'da evleniyorlar. Sadece boşanmayı temin etmek için bir İtalyanın Alman vatandaşlığına geçmesi olayında olduğu gibi burada da Alman anlayışına göre âdap ve ahlâka aykırı bir durum görülmemektedir[89].

Millî hukukuna göre muteber bir miras mukavelesi yapan bir İsviçreli, daha sonra kendisine külfet yükleyen bu miras mukavelesinden kurtulmak gayesiyle İtalyan tabiiyetini iktisap ediyor. Böyle bir olayda Alman kamu düzeninin müdahalesi şüpheli kalmaktadır[90].

85) KEGEL IPR 220.

86) LG Hamburg: StAZ 1955 61.

87) Trib. civ. D'Aix, 23.1.1928: Clunet 1928 1195.

88) WOLFF IPR 48; DÖLLE IPR 73; RAAPE IPR 134.

89) WOLFF IPR 48; RAAPE IPR 134.

90) RAAPE IPR 135; farklı: DÖLLE IPR 134.

Uygulamalardan anlaşılacağı üzere hileli bağlanma ile elde edilen sonucun gerçekten tahammül edilmez olması halinde kamu düzeninin müdahalesiyle kanuna karşı hileye mani olunabilmesi mümkündür. Ancak yeterli değildir. Diğer taraftan modern hukuk doktrini gittikçe daha çok artan bir ağırlıkta kamu düzeni müessesesinin maksadı üzerinde durmakta ve bu müessesenin maksadı dışında kullanılmasının karşısına çıkmaktadır.

f) Kanuna karşı hile veya kanuna karşı hileye teşebbüs bir tazminat talebine konu olabilir veya bir haksız fiil meydana getirebilir:

> **Misal :** Alman karı koca Tiflis'te oturmaktadırlar. Erkek burada karısı aleyhine açtığı boşanma davasından sonuç alamadı. Bunun üzerine ikametgâhını Mitau (Letonya)'ya nakletti. Bu ülkede ikametgâh prensibi geçerliydi. Ve koca burada yeni bir boşanma davası ikame etti. Bu dava görülmekte iken, Almanya'da kadın kocasına karşı boşanma davasının geri alınması ve dava sebebiyle yaptığı seyahat ve avukatlık ücreti gibi masraflarının tazminini talep etti. Kadının davası kabul edildi[91].

g) *Türk hukukunda,* kanuna karşı hile konusunda ne genel ne de özel bir hüküm mevcuttur. Ancak kamu düzeninin müdahalesiyle kanuna karşı hile halleri önlenebilir. Kanuna karşı hile yoluyla bertaraf edilen Türk maddî hukuk hükmünün korunması kamu düzeni gereği ise, kanuna karşı hile ile elde edilen sonuç kabul edilmiyecektir. Bertaraf edilen Türk maddî hukuk hükmünün önemi, etkisi ve gayesi kamu düzeninin müdahalesinde rol oynayan unsurlar olabilecektir. Şu halde kanuna karşı hile meydana gelmiş olsa dahi, elde edilen sonucun bertaraf edilebilmesi, bu sonucun kamu düzenimizle bağdaşmaması, yani bizim hileye uğrayan hükmümüzün mutlaka korunması zaruretine bağlı kalmaktadır. Sadece kanuna karşı hilenin mevcudiyeti bir müeyyide uygulanmasını gerektirmez.

91) OLG Königsberg 21.3.1935 ve OLG Köln 15.10.1937: StAZ 1935 261 ve 1937 435. Ayrıca bkz. RAAPE IPR 132 vd. ve n. 148.

§ 10. NORMLAR ÇELİŞKİSİ VE İNTİBAK ("ADAPTATION")

I. PROBLEM

Bir hukuk nizamı içerisinde muhtelif norm grupları kaideten birbirleriyle ayarlı ve ahenklidir; öyle ki istisnaî haller bir yana bırakılırsa birbirleri karşısında belirli şekilde sınırlandırılmışlardır. Ancak yabancılık unsuru taşıyan hukukî ilişkilerde hâkim aynı hukukî ilişkinin çeşitli kısımları için ayrı hukuk nizamlarını tatbik etmek durumunda kalabilir. Meselâ Türk karı koca evlilikten sonra Avusturya vatandaşlığına geçmiş ve müteakiben koca ölmüş ise, karı koca arasındaki mal rejimi ilişkisine Türk hukuku (MÖHUK m. 14 I), miras ilişkilerine ise Avusturya hukuku (MÖHUK m. 22 I) tatbik edilecektir. Aynı hayat ilişkisinde *birden çok hukuk nizamının* bu şekilde *bir araya gelmesi* bazen normlar arasında bir *uyuşmazlığa*, yani normlar çelişkisine sebebiyet verir: hukuk nizamının biri tarafından yapılan düzenleme aynı hukukî ilişki için diğer hukuk nizamının düzenlemesiyle uyuşmayabilir[92]. Veya bir *norm kümelenmesi* veya bir boşluk, diğer bir söyleyişle *norm eksikliği* meydana çıkmaktadır. Bu arada diğer uyumsuzluklar da görülmektedir.

Bu nevi normlar çelişkilerinin çözümünde *intibak* metodundan yardım görülmektedir. Bu metodda, bir arada bulunan hukuk nizamlarından birisi olduğu şekliyle değil, fakat olaya uygun gelecek şekilde kalıp değiştirerek tatbik edilmektedir. Bu sebeple burada diğer bir hukuka uydurulan veya diğer bir hukukla ahenkleştirilen veya mukayese edilen bir hukuk nizamı veya hukuk normu yoktur. Aksine sadece kalıbı değişikliğe uğrayan, kendisinde değişiklik olmayan, hükmünü aynen muhafaza eden bir hukuk nizamı veya hukuk normu vardır. Bu bakımdan bir *intibak ettirmeden* ("Fransız terminolojisinde: "adaptation")[93] söz edilmektedir.

---

92) Bu durumu **Wengler:** Rev.crit.dr.i.p. 43[1954] çeşitli marka parçalardan bir otomobil montajı olarak ifade etmektedir. Diğer yandan ayni durumun vasıflandırma probleminin yarattığı güçlüklerden de doğduğu haklı olarak belirtilmektedir; DÖLLE IPR 83; KEGEL IPR 147.

93) Alman hukuk terminolojisinde "Anpassung" veya "Angleichung" terimleri kullanılmaktadır; "Angleichung" teriminin tenkidi için bkz. NEUHAUS Grundbegriffe 1976 353.

Her intibak vak'asında tarafların kendilerine uygun hukukî durumu temin etme gayretine girme tehlikesi ve sonuçta bir keyfiliğe gidiş daima ihtimal dahilindedir. Bu tehlikelere işaret edilmiş ve ancak "kalıp değişikliğiyle" intibak ettirilen hukukun, boşluk dolduran "kendisine özgü" hukuka oranla daha az mahzurlu olduğu için tercih edilmesi gerektiği kabul edilmiştir[94].

II. NORMLAR ÇELİŞKİSİ

1. Norm Kümelenmesi

Misal : Alman annenin evlilik dışı çocuğu Türk baba tarafından tanınır. Anne ile çocuk arasındaki ilişkilere MÖHUK m. 17 gereğince Alman hukuku tatbik edilir. Baba ile çocuk arasındaki ilişkilere ise aynı hükme göre, babanın millî hukuku, yani Türk hukuku uygulanır. Alman hukukuna göre çocuğun bakımı anaya aittir ve çocuk ananın ismini taşır. Buna mukabil Türk hukuku çocuğun bakımını babaya bırakmıştır ve çocuğa babanın ismini vermiştir (MK m. 312). O halde Türk hâkimi yönünden, Türk kanunlar ihtilafı hukuku hükümleri birbirleriyle uyuşmayan hukuk kaidelerine yetki tanımış olmaktadır. Alman hukukunda genellikle, ağırlığı anne ile çocuk arasındaki ilişkilerde gören Alman hukukunun eğiliminden hareketle burada prensip olarak Alman hukukuna verilen yetki tercih edilmektedir[95]. Türk hukukunda da aynı eğilimin mevcut olduğundan hareket edilebileceğine göre, babanın millî hukukuna verilen yetki, ananın millî hukukunun getirdiği hukukî sonuçlara aykırı düştüğü oranda yok kabul edilecektir. Diğer bir söyleyişle ananın millî hukuku ile uyuşan münferit hukuk düzenlemelerinde babanın hukukunu dikkate almak mecburiyeti vardır. Burada dikkat edilecek husus şudur ki, bu iki nesep statüsü arasında ortaya çıkan kanunlar ihtilafı hukukuna ait çelişki ancak ilgili kanunlar ihtilafı kaidelerinin çeşitli sonuçlarının sahip oldukları kıymet ölçüleri dikkate alınarak çözümlenecektir[96]. Ve annenin statüsünün tercih sebebi şöyle izah ediliyor : "Evlilik dışı çocuk ile olan ilişkilerde esas şahıs baba değil annedir. Bunu bize hayat öğretir"[97].

2. Norm Eksikliği

Misaller : Türk karı koca evlenmelerinden sonra İsveç vatandaşlığını kazanmışlardır. Daha sonra koca 1984 yılında vasiyetname bırakmadan ölmüştür. Kocanın terekesinde kadının miras hakkı Türk hâkimi önündedir. MÖHUK m. 22 I c. 1 gereğince İsveç miras hukuku tatbik edilir. Bu hukuka göre, durumu İsveç mal rejimi hukuku ile teminat altına alındığından kadının miras hakkı

94) DÖLLE IPR 85; FERID IPR 100.

95) Babanın hukukunu tercih eden farklı görüş: SOERGEL - KEGEL Art. 21 Bem. 25.

96) FERID IPR 101.

97) RAAPE IPR 369.

yoktur. Buna mukabil yine MÖHUK m. 14 I gereğince burada İsveç mal rejimi hukuku değil, Türk hukuku uygulanmaya devam eder. Mal ayrılığını kabul eden Türk mal rejimi hukukuna göre kadın hiçbir şey iktisap edemez. Şu duruma göre kadın neticede hiçbir şey elde edemez hale düşmektedir. Burada çeşitli çözümler teklif edilmiştir[98]. Ancak en isabetlisi olarak şu gözükmektedir: Türk hukukunda eşlerin miras hukukuna ilişkin bir hukuk kaidesine bırakılmış olan görevi İsveç hukukunda mal rejimine ilişkin hukuk kaidesi üstlendiğine göre, İsveç mal rejimi hukukunu miras hukuku düzenlemesiymiş gibi kabul ederek tatbik etmek ve böylece kadının durumunu düzeltmek. Zira İsveç hukuku, kadının evvelce mal rejimi hukuku yoluyla yeterli olarak tatmin edildiğini kabul ettiği için kadına bir miras hakkı tanımaktan çekinmiştir. Unutmamak gerekir ki, yalnız "miras hukuku" başlığı altında toplananlar değil fakat aynı zamanda sağ kalan eşin geride kalan malvarlığı ile ilgili hukukî durumunu düzenleyen kaideler de miras hukuku kavramına dahildir[99].

(FERİD IPR 101/102) : İspanyol erkeğin Alman kadını ile yapmış olduğu evlilik EGBGB [eski] m. 17 III gereğince Alman boşanma hukuku hükümlerine göre boşanma ile sona ermiştir. Küçük çocuklar üzerindeki velâyet hakkı meselesine EGBGB m. 19 gereğince İspanyol hukuku uygulanacaktır. Ancak (eski) İspanyol hukukunda boşanma tanınmadığından bu konuda hüküm de yoktur. Burada İspanyol hukukunun ayrılığa ilişkin velâyetin tevdii hakkındaki hükümlerinin (İspanyol CC m. 73 II) tatbik edilmesi yoluyla bir intibak yapılması mecburiyeti vardır.

3. Diğer Uyumsuzluklar

Misaller (DÖLLE IPR 84) : Bir İngiliz ölüme bağlı bir tasarruf ile Almanya'daki bir gayrimenkule ilişkin olarak bir şahsa bir "trust" hakkı vermiş ise, böyle bir hak İngiliz hukukuna uygun olmakla beraber, lex rei sitae, yani Alman hukuku için yabancı bir müessese olduğundan (aynî haklarda numerus clausus) Almanya'da hüküm ifade etmez. Ancak bu tasarruf, hakkaniyete ilişkin sebeplerle, bundan istifade edeni tamamen açıkta bırakacak şekilde görmemezlikten gelinemez. "Trust" hakkındaki İngiliz hukukunun kaideleri Alman aynî haklar alanına intibak ettirilir. Şöyle ki, hak sahibi malik olarak tapu siciline kaydedilir, fakat İngiliz hukuk müessesesine uygun bir şekilde tasarrufta bulunması kısıtlanır; belki de önmirasçılık (Vorerbschaft, BGB § 2105 I) müessesesi gibi muamele görebilir[100].

(FERID IPR 102) : Alman karı koca 19 yaşındaki bir macar kızını evlâd edinmek istiyorlar. Evlâdlık kendi millî hukukuna göre reşittir (Macar hukukuna göre 18 yaşında reşit olunmaktadır; 23/52 No'lu Kanun § 21). Evlâd edinmeye Alman hukuku tatbik edilir (EGBGB m. 22 I). Çocuk henüz 21 yaşında bulunmadığından(*), evlâd edinilebilmesi için BGB § 1747'ye göre anne ve babası-

98) Özetle bkz. FERID IPR 101.

99) Bu manada : SCHNITZER I 116; DÖLLE IPR 84; FERID IPR 101.

100) FERID IPR 102.

(*) 31.12.1974 yılına kadar Almanya'da rüşt, 21 yaşın tamamlanmasıyla kazanılıyordu (BGB § 2).

nın rızası gereklidir. Burada § 1747 hükmünün sadece Alman hukukunun düzenlenmesine göre ana ve babanın rızasını aradığı, bu sebeple daha önceki bir yaşta kanunî rüştünü elde ederek her türlü ana baba muvafakatından kurtulmuş olan kimselerin Alman hukukunda 21 yaş ile elde edilen hukukî duruma sahip kabul edileceği ileri sürülerek ana babanın rızası aranmaksızın evlâd edinmenin mümkün olabileceği kabul edilebilir.

Yabancı unsurlu olaylara birden fazla hukuk nizamının bir arada tatbik edilmesi yukarıdaki misallerde görüldüğü üzere hukuk nizamlarındaki farklılıklar sebebiyle bir takım çelişkilere ve uyuşmazlıklara meydan vermektedir. Bu çelişki ve uyuşmazlıkları *intibak* suretiyle yani bir hukuk nizamını belirli bir olayda değişik bir şekilde tatbik etmek, böylece müşahhas maddî ilişkiye uyumunu sağlamak suretiyle onun diğer hukuk nizamlarıyla birlikte görev yapmasını temin etmek yoluyla ortadan kaldırmaya gayret gösterilmektedir. Bu intibak ya kanunlar ihtilafı kaidelerinin ya da maddî hukuk kaidelerinin kalıp değişikliğiyle meydana getirilmektedir. Diğer bir söyleyişle ya devletler hususî hukukuna ait ya da maddî hususî hukuka ait bir çözüm temin edilmektedir[101]. Yukarıda "norm kümelenmesi" için verilen olay ile "norm eksikliği" için verilen olaylarda devletler hususî hukukuna ait bir intibak ile çözüme gidilmiştir: ya, norm kümelenmesine ilişkin olayda olduğu gibi çelişki teşkil eden bir sonuçtan kaçınmak için kanunlar ihtilafı hukukunun yaptığı bir atıf dikkate alınmamıştır veya norm eksikliğine ilişkin olaylarda olduğu gibi kanunlar ihtilafı hukukunca yapılan bir atıf genişletilmiştir. Bu genişletme durumunda belirli bir olayda yabancı mal rejimi hukukunun da Türk miras hukukuna ait kanunlar ihtilafı kaidesi tarafından yetkilendirildiği kabul edilmiş veya yabancı hukukun ayrılığa ait hükümlerinin de Alman boşanma hukukuna ait kanunlar ihtilafı kaidesince yetkili sayılabileceğinden hareket edilmiştir. Maddî hukuk kaidelerinin intibakı yoluyla yapılan, yani maddî hususî hukuka ait çözümler ise "diğer uyumsuzluklar" başlığı altında verilen misallerde görülmektedir. Bunlarda çelişki ve uyumsuzluklar maddî hukuk kaidelerinin intibakı yoluyla giderilmişlerdir.

101) Bkz. KEGEL IPR 129 vd. ve 151 vd..

§ 11. ÖNMESELE ("VORFRAGE")

I. KAVRAM

Kanunlar ihtilafı kaidelerine göre yabancı bir maddî hukukun tatbik edilmesi gerektiği hallerde devletler hususî hukukuna ait özel bir problemle karşılaşmak mümkündür. Tatbik edilmesi gerekli yabancı hukuk kaideleri öyle (farazî) hukukî sonuçlara sahip olabilir ki, bunların somut olayda, hangi hukukun kanunlar ihtilafı sistemine göre çözümleneceği bir mesele teşkil eder.

> **Misal :** Kanunlar ihtilafı kaidemiz tarafından yetkilendirilen yabancı maddî hukuk kaidesi bir evliliğin hükümsüzlüğünü düzenlemektedir. Ve bu kaideye göre evlilik esnasında eşlerden birinin zaten bir üçüncü kişiyle evli bulunması yaptığı evliliğin hükümsüzlüğünü gerektirir. Burada, yabancı maddî hukuk kaidesinin tatbik şartlarından biri de eşlerden biri ile üçüncü bir kişi arasında geçerli bir evliliğin bulunmasıdır. Bu **farazî hukukî sonuç** yabancı maddî hukuk kaidesinin maddî vakıasını teşkil eder.

Şimdi burada, maddî hukuk kaidesinin vakıasını teşkil eden hukukî sonucun hangi hukuk nizamına göre hükme bağlanacağı çözülmesi gereken bir meseledir; şu halde misalde: *evlenme esnasında eşlerden birinin üçüncü bir şahısla geçerli bir evlilik içerisinde bulunup bulunmadığına hangi hukuk nizamı karar verecektir?* Bu bir *"önmesele"* teşkil eder. Ancak bu önmeselenin hallinden sonra "esas mesele", yani eşler arasındaki evliliğin hükümsüz olup olmadığı meselesi karara bağlanabilecektir.

Dikkat edilecek noktalardan biri de şudur: önmesele ile devletler hususî hukukunun vasıflandırma problemi birbirlerinden tamamen ayrı şeylerdir[102]. Vasıflandırma, daha önce belirtildiği üzere[103], kanunlar ihtilafı kaideleri arasında sınır çizilmesini temin eden kanunlar ihtilafı kavramlarının hangi hukuka göre yorumlanacağı konusuyla meşgul olur. Halbuki "önmesele" öncelikle hükme bağlanması gereken bir hukukî münasebete ilişkin bir problem olarak ortaya çıkar.

---

102) FERID IPR 96 vd..

103) Yukarıda s. 88 vd..

Misal : Bir İspanyol erkeği resmî evlendirme memuru önünde bir Türk kadını ile evlenmiştir. Bu evlilik Türk hukukuna göre (locus regit actum) geçerlidir, buna mukabil dinî şekilde yapılmadığı için, 10.8.1981 tarihine kadar geçerli olan İspanyol hukukuna göre muteber değildir. Eşler uzun süre Türkiye'de yaşadıktan sonra erkek ölmüştür. Geride eş ve bu evlilikten olan çocuk kalmıştır. Bu olayda kadının ve çocuğun ölen kocanın mal varlığından ne elde edebileceklerini miras statüsü tayin eder. Mirasa ilişkin kanunlar ihtilafı kaidesinin uygulanması bir vasıflandırma sonucudur. Miras statüsü eşin ve evlilik içi çocuğun mirasçı olabileceğini söyler. Kadının eş olup olmadığı ise bir "önmesele"dir. Şu halde miras statüsüne tâbi olmayan, aksine evlenme statüsüne ve nesep statüsüne tâbi meseleler söz konusudur. Ancak hangi hukukun evlenme ve nesep statüsü tatbik edilecektir? İşte önmesele ve çözüm bu sualin cevabındadır.

II. ÇÖZÜM

Önmesele problemi ilk defa **Melchior**[104] ve **Wengler**[105] tarafından ortaya çıkarılmıştır. Ondan bu yana problemin çözümü henüz kesin bir kaideye bağlanamamıştır[106].

Çözüm için takip edilebilecek iki yol bulunmaktadır. Ya esas mesele için yetkili kılınan yabancı hukukun devletler hususî hukuku kaidelerinin[107] veya kendi devletler hususî hukuku kaidelerimizin[108] gösterdiği hukuka göre önmesele problemi çözümlenecektir.

Şu halde, önmesele için uygulanacak olan hukuku:

Ya, *lex fori'nin kanunlar ihtilafı kaideleri* gösterecektir. Burada esas meseleye tatbik edilen hukukun yani lex causae'nın devletler hususî hukuku dikkate alınmadığı için bir *"bağımsız bağlanmadan"* genellikle söz edilir. Ancak daha teknik bir terim kullanılmak istenirse, *"lex fori - bağlanma"* veya *"özbağlanma"* demek daha doğru olur[109].

Veya, esas mesele için uygulanmakta olan hukuk nizamının, yani *lex causae'nın kanunlar ihtilafı kaideleri* tayin edecektir. Burada esas meseleye uygulanan hukuk nizamının devletler hususî hukuku dikkate alındığından genellikle *"bağımlı bağlanmadan"* söz edilmektedir. Ancak kısaca ifadelendirilmek

104) MELCHIOR Grundlagen des IPR 1932 245 vd..

105) WENGLER Die Vorfrage im Kollisionsrecht: RabelsZ 8 (1934) 148 vd..

106) Bkz. NOMER Önmesele 340-357.

107) Prensip olarak WENGLER RabelsZ 8 (1934) 198 vd.; WOLFF IPR 80 vd.; NEUHAUS Grundbegriffe 1962 238 vd..

108) Prensip olarak RAAPE IPR 119; KEGEL IPR 160; DÖLLE IPR 86 ve **Alman** hukukunda hâkim fikir; bkz. SOERGEL-KEGEL Vorbem 48 vor Art. 7.

109) FERID IPR 97.

gerekirse *"lex causae-bağlanma"* veya *"yabancı-bağlanma"* terimleri de kullanılabilir[110].

Şüphesiz lex fori-bağlanmayla elde edilen hukuk ile lex causae-bağlanmayla temin edilen hukuk farklı ise bir önmesele problemi ortaya çıkar, çünkü ancak bu takdirde bu hukuklardan birini tercih zarureti vardır. Bunlardan birinin tercihi önmesele probleminin de çözümünü teşkil eder.

Her iki çözüm yolunun da lehinde ve aleyhinde söylemek ve bu çözümlerin sonuçlarının yararlı ve zararlı yönlerini göstermek mümkündür. Şöyle ki, yabancı kanunlar ihtilafı kaidesi nazara alınırsa (lex causae-bağlanma), Türk hâkimi yabancı hâkim gibi karar verecek, diğer bir söyleyişle *milletlerarası karar ahengi* temin edilmiş olacaktır. Türk hâkimi kendi kanunlar ihtilafı kaidesine göre hareket edecek olursa (lex fori - bağlanma), önmesele, esas mesele olarak Türk hâkimince nasıl çözümlenecek idiyse, o şekilde karara bağlanacak, diğer bir söyleyişle *iç karar ahengi* tercih edilmiş olacaktır.

Tekmil vak'alar için önmeseleyi çözümleyecek tek bir kaidenin mevcut olmadığında tereddüt yoktur[111]. Milletlerarası karar ahenginin dikkate alınması arzu edilirse de her bir vak'anın özelliğine göre iç karar ahenginin feda edilemiyeceği durumlar da olabilir. Hiçbir hukuk sistemi henüz milletlerarası karar ahengi menfaatine iç karar ahenginin tahammül edilmez şekilde ihlalini kabule hazır değildir. Meselâ hangi hukuk nizamı kendi hukukuna göre geçerli kabul ettiği ve evlenme kütüğüne kaydettiği bir katolik İspanyolun evliliğini, daha sonra bu evlilikten doğan çocuğun nesebini bir önmesele olarak karara bağlarken milletlerarası karar ahengi uğruna İspanyol hukukunu uygulayarak onu evlilik dışı bir çocuk olarak kabul edebilir.

Her olay kendi şartları içerisinde düşünülmek gerekir. Milletlerarası karar ahenginden daha çok iç karar ahenginin tercih edilme şansı bugün için mevcuttur. Ancak hakkaniyetin farklı bir çözümü, yani milletlerarası karar ahengini tercih ettirebileceği de unutulmamalıdır :

> **Misaller :** 1. (lex fori-bağlama): Yunanlı nişanlılar Türkiye'de, sadece evlendirme memuru önünde evlenmişlerdir. Türkiye'de evlilik geçerlidir (MÖHUK m. 12), buna mukabil kilise nikâhı yapılmadığından, Yunan hukuku bakımından evlilik mevcut değildir (19.7.1982 tarihine kadar yürürlükte kalan Yunan MK m. 1367)(*). Daha sonra erkek bu evlilikten doğma çocuğa Yunan MK m. 1484'e göre evlilik içi bir çocuk için konulmuş olan nafakayı vermeyi reddediyor ve bu sebeple Türkiye'de dava ediliyor. Şimdi Türk hâkimi evliliğin geçer-

110) FERID IPR 97.

111) FERID IPR 99; DÖLLE IPR 86; MAKAROV Grundriss des IPR 92.

(*) 3.3.1982 tarihli Kanunla Yunan hukukunda da medenî nikâh kabul edildi.

li olup olmadığı önmeselesi önünde bulunuyor. Çünkü çocuğun evlilik içi olması ve dolayısıyla çocuğun nafaka talebi, yani esas mesele ancak önmeselenin halline bağlı olarak karara bağlanabilecektir. Burada lex causae - bağlanma tercih edilirse, yani önmeseleyi teşkil eden evliliğin geçerliliği Yunan kanunlar ihtilafı hukukuna göre cevaplandırılırsa, bu evliliğin mevcut olmadığı ve çocuğun evlilik dışı olduğu sonucuna varılır. Zira Yunan hukukuna göre geçerli bir evlilik yabancı ülkede dahi ancak kilise hukukuna uygun şekilde yapılabilirdi. Milletlerarası karar ahengini koruyan bu sonuca tahammül etmek kolay değildir. Buna mukabil lex fori-bağlanma tercih edilirse, Türk devletler hususî hukukuna göre evlilik geçerli sayılacağından, çocuk evlilik içidir ve nafaka talebine hak sahibi sayılır. Bu sonucun âdil olduğunda şüphe yoktur.

Halbuki olay tersine alınırsa farklı sonuca varılabilir: Ortodoks Yunanlılar Türkiye'de sadece usulüne uygun olarak yetkilendirilmiş bulunan bir ortodoks papazı önünde evlenmişlerdir. Bu evlilik Yunan hukukuna göre muteber, fakat Türk hukukuna göre mevcut değildir. Bu bağlılıktan olma çocuğun nesebinin önmesele olarak çözümlenmesi zaruretinde; eğer lex fori - bağlanma tercih edilirse evlenmenin yokluğu ve çocuğun evlilik dışı olması sonucuna ulaşılır. Buna mukabil daha âdil görünen sonucu lex causae – bağlanma getirmektedir. Lex causae – bağlanmada evliliğin geçerliliği ve çocuğun da evlilik içi sayılması gerekmektedir.

2. (lex fori-bağlanma) : Bir İngiliz bir Türke karşı Fransa'da aktedilmiş bir akitten dolayı 100.000 TL. borçludur. Akit İngiltere'de ifa edilecektir; bu sebeple Türk devletler hususî hukukuna göre akit İngiliz hukukuna tâbidir. Bir Fransız bu aktin ifası için Fransa'da kefil olmuştur; bu hususta Fransız hukuku tatbik edilir. Türk, Fransızı Türkiye'de kefalet sebebiyle dava ettiğinde, mahkeme esas borcun geçerli olup olmadığı önmeselesi ile karşılaşır. Çünkü kefilin borçlu olup olmadığı esas meselesine verilecek cevap buna bağlıdır. Burada da lex fori - bağlanma tercih edilebilir. Yani Türk devletler hususî hukukuna bakılmalıdır. Buna göre önmesele hakkında İngiliz maddî hukuku uygulanır. "Consideration" (karşı edim; ivaz) olmadığı için esas borç hükümsüzdür. Ve kefalet sorumluluğunun olmadığı sonucuna varılır. Şu halde Türkün Fransıza karşı olan davası reddedilmelidir. Buna mukabil lex causae - bağlanmaya gidilseydi, yani önmesele Fransız devletler hususî hukukuna göre karara bağlansaydı, Fransız maddî hukuku esas borç bakımından inikat yeri hukuku olarak tatbik edilir ve esas borç geçerli olurdu, zira Fransız maddî hukukuna göre akitler için bir "consideration" zarureti yoktur. O halde kefil sorumludur ve Türk mahkemesinde hüküm giyer. Sonuç şu sebeple tatmin edici bulunmamaktadır[112]: kefilin esas borçluya rücu imkânı yoktur; çünkü kefil ile borçlu arasındaki ilişkide borçlu esas borçtan doğan bir sorumluluğun olmadığını ileri sürebilecektir.

3. (lex causae-bağlanma) : Bekâr bir İspanyol Türk evlendirme memuru önünde, ilk evliliği bir Türk mahkemesinin boşanma kararı ile sona ermiş olan bir Türk kadını ile evlenmek istiyor. Evlenme ehliyeti her nişanlı bakımından

112) Bkz. DÖLLE IPR 88.

kendi millî hukuklarına göre tesbit edilir (MÖHUK m. 11). Türk hukuku Türk eşe ikinci evliliği yapma müsaadesini veriyor, çünkü ilk evliliği sona ermiş kabul ediyor. İspanyolun Türk kadını ile evlenip evlenemiyeceği İspanyol hukukuna göre halledilecektir. İspanyol hukuku İspanyollara evli bir kişi ile evlenme akti yapmalarını menediyor. O halde kadının ilk evliliğinin henüz mevcut olup olmadığı önmeselesi ortaya çıkıyor. Bu önmeseleyi lex fori - bağlanmaya tâbi tutarsak, ilk evlilik artık mevcut değildir, zira boşanma ile sona ermiştir. Buna mukabil önmeseleyi milletlerarası karar ahenginin burada yüksek olan menfaatleri gereği[113] lex causae - bağlanmaya tâbi tutarsak, kadının ilk evliliğinin hâlâ devam ettiğinden hareket etmek zarureti doğar, zira (10.8.1981 tarihine kadar yürürlükte kalan) İspanyol hukuku evlilik bağının çözülemezliğinde ısrarlıdır ve bu sebeple Türk boşanma kararını tanımaz. Sonuç olarak Türk evlendirme memuru bu çifti evlendiremez[114].

III. STATÜ KARARLARI

Yargının yenilik doğurucu (statü tesis eden) kararlarının veya tasarruflarının bağlayıcılığı da önmesele olarak ortaya çıkabilir. Mahkemelerin yenilik doğurucu (inşaî) nitelikteki hüküm veya tasarrufları yürürlükte kaldığı sürece, geleceğe etkili olarak, bir hukukî durumu değiştirir, kaldırır veya yeni bir hukukî durum meydana getirir. Bu nitelikteki bir hüküm, verilmesi ve kesinleşmesiyle hukukî hayata çıkar ve hukukî hayata çıktığı andan itibaren, herhangi bir makamın hukukî veya özel bir tasarrufuna gerek kalmaksının, kendiliğinden ("ipso iure") herkes için hukukî etki kazanır. İcra (tenfiz) edilmesi söz konusu değildir, yani icra ehliyetine sahip değillerdir ve icra edilmeleri de gerekmez. Bu hukuki etki, diğer bir ifadeyle tesis edilen hukuki durum (statü), mahkeme kararının verildiği hukuka uygun olarak tesis edilmiştir; başka bir hukukun bu konuda müdahalesi de söz konusu değildir. Bu sebeple de, statü kararlarının yenilik doğurucu etkileri, diğer bir ülkede, kanunlar ihtilafı kaidelerinin uygulanmasına ihtiyaç görülmeksizin, doğrudan doğruya geçerli usul hükümlerine göre hükme bağlanabilecek, farklı bir söyleyişle tanınacak veya tanınmayacaktır. Yabancı yenilik doğurucu hüküm, usul hukuku hükümlerine göre, sadece şeklî kesin hüküm teşkil ettiği için "tanınma" imkânından mahrum olduğu takdirde, bir isbat konusu olarak da varlığını ortaya koyabilecektir. Bu bakımdan, yabancı bir mahkeme kararıyla tesis edilen yeni huku-

113) Özellikle bkz. NOMER Yeni Evlilik 502 vd..

114) Böyle bir sonuç, Alman Federal Anayasa Mahkemesinin kararına göre, evlenme hürriyetine ilişkin temel hakkı ihlâl eder (4.5.1971 tarihli Karar; RabelsZ 36 (1972) 145 vd.). Böylece bir ihlâlden, ilk evliliğin mevcut olup olmadığı önmeselesinin lex fori - bağlanmaya tabi tutulmasıyla kaçınılabileceği şüphesizdir. Buna rağmen milletlerarası karar ahenginin tercihi hakkında bkz. DÖLLE IPR 88.

kî durum (statü), hukukî varlığını diğer bir ülkede, tanınma hükümlerine tâbi tutulmaksızın, sadece isbat konusu teşkil ederek de kabul ettirebilme imkânına sahiptir. Meselâ, yabancı bir ticaret şirketinin feshini hükme bağlayan veya yabancı bir şirketin yönetim kurulunu görevden alarak, yeni bir yönetim kurulu tesis eden yabancı mahkeme kararları, -tenfizi gerektiren unsurlar taşımadıkları sürece-, neticede "hukukî bir durumu kaldıran" veya "yeni bir hukukî durum tesis eden" hükümler olmaları itibariyle, diğer ülkelerde de, hukukî etkilerini gösterebileceklerdir.

§ 12. İADE - ATIF VE DEVAM EDEN - ATIF ("RENVOI")

I. KAVRAM

Türk kanunlar ihtilafı kaidesi hukukî bir ihtilafın hallini yabancı bir hukuka bırakıyorsa, yani yabancı hukuka *atıfta* bulunuyor ise, bu hiç şüphesiz o yabancı hukukun ilgili maddî hukuk kaidelerinin tatbik edileceği anlamına gelir. Ancak bu şekilde yetkilendirilen yabancı hukuk kendi maddî hukuk kaidelerini böyle bir ihtilafta tatbik etmek istemeyebilir. Öyle ki, yabancı hukuk söz konusu olay için başka bir hukuku yetkili görür *("renvoi")*, yani ya tekrardan bizim hukukumuza *(iade-atıf)* ya da üçüncü bir hukuk nizamına atıfta *(devam eden-atıf)* bulunur. Bizim kanunlar ihtilafı kaidemizce yetkilendirilen yabancı hukukun yapmış olduğu, "iade-atıf" veya "devam eden-atıf" yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kaidesi tarafından yapılır.

Problem şudur: Yabancı hukukun yapmış olduğu iade-atfı veya devam eden-atfı dikkate alacak mıyız? Bizim kanunlar ihtilafı kaidemizin yabancı hukuka yaptığı atfı, yabancı hukuk nizamının sadece maddî hukuk kaidelerinin tatbik edileceği anlamında *("maddî norm-atfı")* yorumlarsak problem burada biter, yani yabancı hukukun yaptığı iade-atıf veya devam eden-atıf üzerinde durulmaz. Buna mukabil kanunlar ihtilafı kaidemizin yaptığı atıf yabancı hukuk nizamını bütünü ile içerisine alıyor, yani bu yabancı hukukun devletler hususî hukuku kaidelerinin de tatbik edileceğini söylüyor ise *("genel-atıf" veya"küllî atıf")*, bu, bizim hukukumuzun yabancı hukukun yapacağı iade-atfı veya devam eden-atfı kabul edeceği anlamına gelir:

Misal 1. (atıf). Bir Fransızın hukukî muamele yapma ehliyeti söz konusudur. Türk devletler hususî hukuku onun millî hukukunun yetkili olduğunu söyler; MÖHUK m. 8. Fransız devletler hususî hukuku kaidesi de aynı hükme sahiptir (Code civil m. 3). Burada yabancı hukukun Türk hukukunun yaptığı atfı kabulünden söz edilir.

Misal 2. (iade-atıf). İkametgâhı Türkiye'de bulunan bir Danimarkalının menkul terekesi söz konusudur. Türk kanunlar ihtilafı hukuku menkul terekede

ölenin millî hukukunu, yani Danimarka hukukunu yetkili kabul eder (atıf) ; MÖHUK m. 22. Buna karşılık Danimarka hukuku tereke konusunda ölenin son ikametgâhı hukukunu, yani Türk hukukunu uygulamak ister.

Misal 3. (devam eden-atıf). İkametgâhı Almanya'da bulunan bir İngilizin Türkiye'de bulunan menkul terekesi hakkında Türk kanunlar ihtilafı kaidesi ölenin millî hukukunu, yani İngiliz hukukunu yetkili görür (atıf); MÖHUK m. 22. İngiliz hukuku ise menkul terekede ölenin ikametgâh hukukunu, yani Alman hukukunu yetkili kabul eder.

Renvoi (iade-atıf veya devam eden-atıf) probleminin doğumunda ve çözümünde prensipler rol oynar. Eğer bizim hukuk nizamımız, bir hukukî ilişkinin belirli bir yabancı hukuk tarafından hükme bağlanmasını doğru bulmakta ise, artık bu yabancı hukukun nasıl hareket ettiği önem taşımaz (renvoi'nın reddi). Buna mukabil bizim hukuk nizamımızın yabancı hukuka yaptığı atfın, bu hukukun bizzat istediği şekliyle tatbikini emretmek manasına geldiği (renvoi'nın kabulü) iddia edilebilir ise yabancı hukukun davranışına göre çeşitli çözümler ortaya çıkar.

II. RENVOI PROBLEMİNİN GELİŞİMİ

1. Renvoi probleminin ilk ortaya çıkışı ve çözüm aranması 19'uncu yüzyılın ikinci yarısına rastlar. Problem ilk olarak Fransa'da ortaya kondu. Özellikle **Forgo olayında** Fransız Temyiz Mahkemesinin kararları renvoi doktrininin gelişimine başlangıç oldu. Çünkü ilk bu olayda iade-atıf ve devam eden-atıf problemi keşfedildi ve Paris Temyiz Mahkemesi problemin bilimsel izahının yapılmasına sebep olan kararlar verdi. Olay şu idi:

Bay Forgo 1801 yılında Baviyera'da evlilik dışı bir çocuk olarak doğdu ve doğumu itibariyle Baviyera vatandaşlığını kazandı. 5 yaşına geldiğinde annesi onunla birlikte Fransa'ya gitti ve bir Fransızla evlenerek, evlenme yoluyla Fransız tabiiyetini elde etti. Bay Forgo hayatı boyunca Fransa'da yaşadı ve 1869 yılında Fransa'da öldü. Bay Forgo kendisinden daha önce ölen, servet sahibi olan bir Fransız ile evli idi. Ve onunla aralarında mal ortaklığı rejimi vardı. Bay Forgo Fransız tabiiyetini kazanmamış olduğu gibi, Fransa'da kanunî bir ikametgâha da sahip değildi. Çünkü o zaman gerekli görülen "admission à domicile" talep edilmemiş ve bu sebeple de bu ikametgâh elde edilememiştir. Şu hale göre Bay Forgo Fransız hukuku açısından Fransa'da ikametgâha sahip olmaksızın bir Baviyera vatandaşı olarak ölmüştür. Ölmüş karısından kendine intikal etmiş bulunan oldukça kıymetli bir menkul terekeyi Fransa'da bırakarak ölen Bay Forgo çocuksuzdur ve bir vasiyetname de yapmamıştır. Menkul tereke üzerinde onun annesinin civar hısımları ile Fransız hazinesi arasında ihtilaf çıkmıştır. Hısımlar Baviyera hukukuna dayanmaktadırlar. Baviyera hukukuna göre civar hısımlar kanunî mirasçıdırlar. Fransız hazinesi ise Fransız hukukuna istinad etmektedir. Bu hukuka göre ise evlilik dışı bir çocuğun annesinin civar hısımları kanunî miras hakkına sahip değillerdir; bu se-

beple terekenin Fransız hazinesine kalması gerekmektedir. Böylece olay kanunlar ihtilafı hukuku bakımından fevkalâde önem kazanmıştır. Üç defa (1875, 1878 ve 1882 yıllarında) olayla meşgul olmak mecburiyetinde kalan Fransız Temyiz Mahkemesi (Cour de cassation) ihtilafı sonuç olarak Fransız hazinesi lehine çözdü: Baviyera hukukuna göre murisin ikametgâhı Fransa'dadır ve miras statüsü terekenin veya murisin ikametgâhının bulunduğu yer hukuku, yani Fransız miras hukukudur. Fransız hâkimi, davada Fransız devletler hususî hukukuna göre tabiiyet prensibi sebebiyle Baviyera hukukunu tatbik etmek zorundaydı. Temyiz Mahkemesi Baviyera hukukunun Fransız hukukuna yaptığı iade-atfı kabul etti ve Fransız miras hukukunu tatbik ederek davayı Fransız hazinesi lehine karara bağladı; Dalloz Rec. 1879 I 59. Forgo kararındaki renvoi lehine tutum daha sonraki mahkeme kararlarında da görüldü[115]. Diğer ülkelerde de renvoi lehine kararlar verilmeye başlandı.

İade-atıf ve devam eden-atıf Fransız ve İngiliz hukuk terminolojisinde "renvoi" olarak kavramlaştı. Almanya'da iade-atıf için **"Rückverweisung"**, devam eden atıf için **"Weiterverweisung"**; İtalyan hukukunda ise **"rinvio indietro"** ve **"rinvio altrove"** terimleri kullanıldı.

2. Renvoi probleminin keşfinden sonra hukuk tatbikatı ile hukuk doktrini arasında uzun yıllar devam eden bir anlaşmazlık meydana geldi. Hukuk tatbikatı birçok ülkede renvoi lehine kararlar vermekteydi, özellikle iade-atfın söz konusu olduğu vak'alarda bu durum kesin bir şekilde görülmekteydi. Şüphesiz iade-atfın kabulü, yani bilmediği, tatbikinde zorluk çektiği yabancı maddî hukuk kaidesi yerine kendi hukukunun çok iyi bildiği hükümlerini uygulamak hâkimin çok işine gelmekteydi. Fakat hukuk teorisi bu kolaylık dışında kaldığından renvoi problemi üzerinde çok tereddüt etti. Doktrinde renvoi lehine ve aleyhine birçok deliller ileri sürüldü. Renvoi'nın kabulü veya reddi halinde ortaya çıkabilecek sonuçlar hukukçuların çeşitli fikirler ileri sürmelerine sebebiyet verdi.

Hukukçuların renvoi problemine ilk tepkisi katı oldu. Renvoi 19. yüzyıl sonunda bu konuyla meşgul olan hukukçular tarafından mutlak olarak reddedildi. Böyle bir reddi Fransa'da **Bartin** ve bir kaç diğer hukukçu da, Almanya'da **Franz Kahn**'da görmekteyiz. **Franz Kahn,** birinci olarak iade-atıf prensibinin mantıkî bakımından uygulanamıyacağını iddia etmiştir[116], eğer bizim kanunlar ihtilafı kaidemiz, atıfta bulunduğu yabancı hukukun devletler hususî hukuku normlarını da içine alacak şekilde tefsir edilirse yabancı kanunlar ihtilafı kaidesi de aynı tefsir tarzına tâbi tutulmak gerekir. Şu halde, demektedir **Franz Kahn**, bizim hukukumuz da devletler hususî hukuku normlarıyla nazara alınacak ve karşılıklı olarak bu devam edecektir: Burada mantıkî bir ayna odası[117] söz konusudur. Bu arada bu durum için milletlerarası hukukta yer

115) Bkz. FRANCESCAKIS La théorie du renvoi 1958 229 vd. (234).

116) Franz KAHN Gesetzeskollisionen: Abhandlungen zum internationalen Privatrecht Band I, 1928, 20.

117) Aynı anlamda BARTIN Les conflits entre dispositions législatives de droit international privé. Théorie du renvoi: Revue de droit international et de législation comparé 30 (1898) 144; keza BARTIN Etudes de droit international privé 1899, 99.

alan bir tenis oyunundan[118] veya masa tenisinden, bir perpetuum mobile'den de söz edilmektedir. Ancak bu mantıkî delil, bir mahkeme kararının verilmesini önleyici bir mantığa sahip kabul edilmemektedir. Renvoi bir noktada kesilmek gerekir. Aşikârdır ki, iade-atıf, lex fori'nin maddî hukuk kaidelerinin tatbiki sonucunda noktalanır; meselâ EGBGB m. 4/1 [ve eski m. 27] bunu emreder. Devam eden-atıf halinde ise ya yetkisini kabul eden bir hukuk nizamına gelindiğinde yürürme son bulacaktır:

Misal : (MAKAROV Grundriss des IPR 85 n. 239) : Bir İngilizin Amerika Birleşik Devletleri'nde bulunan bir gayrimenkul terekesi hakkında Alman mahkemesi karar vermek durumundadır. Alman kanunlar ihtilafı hukuku İngiliz hukukuna İngiliz hukuku Amerikan hukukuna atıfta bulunuyor. Amerikan hukuku bu atfı kabul ediyor.

Veya devam eden-atıf halinde kendisi ikinci defa yetkilendirilen hukuk nizamının yetkili olacağı kabul edilecektir:

Misal (KEGEL IPR 172) : Bir Alman mahkemesi Buenos Aires'de mal satın almış bulunan ve ikametgâhı Paris'te olan bir İngilizin hukukî muamele yapma ehliyeti hakkında karar verecektir. Alman hukuku (EGBGB m. 7) İngiliz hukukuna, İngiliz hukuku aktin inikad yeri hukuku olan Arjantin hukukuna, Arjantin hukuku ikametgâh hukuku olarak Fransız hukukuna ve Fransız hukuku da tekrardan millî hukuk olan İngiliz hukukuna atıfta bulunuyor. İngliiz hukukunun maddî hukuk kaideleri tatbik edilecektir. **Kegel** burada "ara istasyon" adını verdiği hukuk nizamlarından söz ediyor.

Veyahut hâkimin hukukuna atıf halinde devam eden-atıf duracaktır:

Misal (KEGEL IPR 172) : Bir Alman hâkimi Buenos Aires'de mal satın almış bulunan ve kanunî ikametgâhı Arjantin hukukuna göre Kopenhag'da (meselâ babası bakımından), fakat Danimarka hukukuna göre Hamburg'da (meselâ anası bakımından) olan bir İngilizin hukukî muamele yapma ehliyeti hakkında karar verecektir. Alman hukuku (EGBGB m. 7) İngiliz hukukuna, İngiliz hukuku aktin inikat yeri olan Arjantin hukukuna, Arjantin hukuku ikametgâh hukuku olarak Danimarka hukukuna, Danimarka hukuku ise farklı bir ikametgâh anlayışı sebebiyle ikametgâh hukuku olarak Alman hukukuna atıfta bulunuyor. Alman maddî hukuk kaideleri tatbik edilecektir. **Kegel** burada "hareket istasyonuna ilâve atıf"dan söz ediyor.

Burada *İngiliz hukuk tatbikatı* bir kaç olayda *"foreign-court-theory"* diye adlandırılan bir çözüm yolu kullandı. Ve böylece *double renvoi* İngiliz hukukunda kabul edilmiş oldu[119]. Burada İngiliz kanunlar ihtilafı kaidesinin atıfta bulunduğu hukuk nizamının hâkimi tarafından nasıl karar verilebilecek idiyse, İngiliz hâkimi de o şekilde karar vermektedir.

118) Bkz. Institut de Droit International'ın 1900 yılında Neuchâtel Toplantısında: BUZZATI [Annuaire de L'Institut de Droit International 18 (1900) 146].

119) Bkz. KEGEL IPR 170; DÖLLE IPR 91; MAKAROV Grundriss 83.

Misal : İngiliz hukuku anlamında son ikametgâhı (domicile) Türkiye'de bulunan bir İngilizin terekesi söz konusudur. Türk hâkimi, MÖHUK m. 22 I c. 1 gereğince yetkili olan İngilizin millî hukuku ikametgâh hukukuna iade-atıfta bulunduğu için Türk hukukunu tatbik eder; çünkü bu konuda Türk hukuku iade-atfı kabul etmektedir. Şimdi İngiliz hâkimi de aynen Türk hâkimi gibi karar verecektir; şöyle ki, foreign - court - theory'ye uygun olarak Türk hukuku tatbik edilmelidir.

Önce belirtelim ki, double renvoi İngiltere dışında diğer hiçbir hukuk nizamının bunu uygulamaması halinde sonuç verir. Aksi halde "atıfta bulunulan" ülkenin hâkiminin vereceği kararı aynen verebilmek ulaşılamıyan bir hedef olur[120]. Kaldı ki, bu sistem renvoi'nın reddi ile varılandan daha farklı bir sonuca ulaşmamaktadır[121].

Renvoi'nın kabulüne karşı *Franz Kahn* tarafından ileri sürülen ikinci delil, renvoi ile takip edilen gayenin elde edilmesinin mümkün olmadığıdır[122]. Renvoi ile takip edilen gaye ise milletlerarası karar ahengini temin etmektir. Halbuki renvoi her zaman bu gayeyi elde etmeye müsait değildir. Bu teşhis yerindedir: renvoi milletlerarası karar ahengini ilgili hukuk nizamlarından birinin renvoi'yı reddetmesi halinde temin edebilmektedir:

Misal (WOLFF IPR 72) : İkametgâhı Berlin'de bulunan bir Danimarkalı ölür. Terekesi için hem Berlin'de hem de Kopenhag'da dava açılır. **Alman hâkimi** EGBGB m. 25 gereğince tabiiyet prensibine uygun olarak Danimarka hukukunu tatbik edecektir. Danimarka hukuku ise ikametgâh prensibine bağlı olduğu için ikametgâh hukuku olan Alman hukukuna iade-atıfta bulunur.

Alman hâkimi iade-atfı kabul ederse Alman hukukunu tatbik edecektir. Buna karşılık **Danimarka hâkimi** kendi devletler hususî hukukunda mevcut ikametgâh prensibi gereğince Alman hukukunu tatbik edecektir. Fakat Alman devletler hususî hukuku tabiiyet prensibi gereğince Danimarka hukukunun tatbikini ister. Danimarka hâkimi bu iade-atfı kabul ederse Danimarka hukukunu tatbik edecektir.

Şu halde görülüyor ki, ilgili her iki hukuk nizamının renvoi'yı kabul etmesi kararlar arasında bir ahengin meydana gelmesine yetmemektedir. Tam aksine hukuk nizamlarından birinin renvoi'yı reddetmesi halinde karar ahengine ulaşılabilmektedir:

Misaller : (WOLFF IPR 75) : İtalya'da yaşayan iki Alman (veya Hollandalı) orada ifa edilmesi gereken bir akit yapıyorlar. Bu akitle ilgili olarak hem Almanya'da hem de İtalya'da davalık oluyorlar. Alman hâkimi Alman devletler

120) DÖLLE IPR 92; WOLFF IPR 76.

121) DÖLLE IPR 76; NEUHAUS Grundbegriffe 1976 273 vd.; MAKAROV Grundriss 83.

122) Franz KAHN Gesetzeskollisionen: Abhandlungen zum internationalen Privatrecht Band I, 1928, 19 vd.

hususî hukukuna göre, tereddüt halinde[122a], ifa yeri hukukunu, yani İtalyan hukukunu tatbik eder. Buna mukabil İtalyan devletler hususî hukukuna göre tarafların müşterek millî hukuku, yani Alman (veya Hollanda) hukuku uygulanır. Ve Alman (veya Hollanda) devletler hususî hukuku kaideleri dikkate alınmaz. Şu durumda iade atfı dikkate aldığı için gerek **Alman hâkimi** ve renvoi'yi kabul etmediği için gerekse **İtalyan hâkimi** Alman (veya Hollanda) maddî hukuk kaidelerini tatbik edeceklerdir. Böylece karar ahengi de temin edilmiş olacaktır.

(DÖLLE IPR 91) : İkametgâhı Londra'da olan bir Danimarkalı ölüyor. Almanya'da terekesi olduğundan, miras hakkında Alman hâkimi karar vercektir. EGBGB m. 25'den hareketle tabiiyet prensibine uygun olarak Alman hâkimi Danimarka hukukunu tatbik edecektir. Fakat Danimarka hukuku mevcut ikametgâh prensibi gereğince İngiliz hukukuna atıfta bulunur. Alman hâkimi devam eden - atfı dikkate alırsa İngiliz hukukunu tatbik edecektir. **Danimarka hâkimi** ve şüphesiz İngiliz hâkimi de **Alman hâkimi** gibi yapacaktır.

Bir Belçikalı 1908 yılında St. Petersburg'da gayrimenkul tereke bırakarak ölüyor. Mirasçılık iddiasında olanlar Berlin'de dava açıyorlar. Alman hukukuna göre tabiiyet prensibi gereği Belçika hukuku uygulanacaktır (EGBGB m. 25). Belçika devletler hususî hukuku Rus hukukuna atıfta bulunuyor, zira ona göre lex rei sitae tatbik edilmelidir. Rus devletler hususî hukukuna göre de Rus hukuku yetkilidir. Alman hâkimi burada Rus hukukunu tatbik edecektir[123].

Verilen bu misaller açıkça renvoi'nın iddia edildiği gibi milletlerarası karar ahengini her zaman temin edemediğini göstermektedir. Ancak bu sonuç karar ahengini temin edebildiği olaylarda da renvoi'nın reddini gerektirmez.

3. İngiliz ve Amerikan hukukları bakımından bir renvoi olayının *"örtülü iade-atıf"* şeklinde de ortaya çıkması mümkündür. Burada uygulanması gerekli yabancı hukukun milletlerarası yetki kaidesinden bu hukukun tatbik edilmek istenmediği, aksine atıfta bulunan devletin mahkemelerinin yetkili kabul edildiği ve bu sebeple de onun hukukunun tatbikinin gerektiği sonucuna varılmaktadır[124]. Şöyle ki, belirli konularda, meselâ evlenme ve nesep hukukunda, anglo-amerikan hukukları sadece milletlerarası yetki (jurisdiction) hakkında kaidelere sahiptirler. Bu sebeple hangi hukukun uygulanması gerektiği hakkındaki mesele bir kanunlar ihtilafı kaidesinin konusu olmamaktadır. Çünkü milletlerarası yetkili (jurisdiction) olan mahkeme kendi hukukunu tatbik eder[125].

122a) Alman devletler hususî hukukunun yeni düzenlemesinde: EGBGB m. 28.

123) RGZ 91 139 vd..

124) DÖLLE Über einige Kernprobleme des internationalen Rechts der freiwilligen Gerichtsbarkeit: RabelsZ 27 (1962/63) 226.

125) FERID IPR 76.

Misal (FERID IPR 76) : Wyoming Eyaletinden bir Amerikalı Almanya'da boşanmak istiyor. Devletler hususî hukuku ile milletlerarası usul hukuku bakımından yapılan bir inceleme, Wyoming hukuku bakımından boşanma konusunda Alman mahkemesinin yetkili (jurisdiction) olduğunu gösteriyor. böylece yetkili mahkemenin hukuku, yani Alman hukukunun bu boşanma davasında uygulanması gerektiği sonucuna da varılıyor. Burada Alman boşanma hukuku Amerikan hukukunun ("örtülü") iade-atfı ile yetkilenmiş oluyor.

Örtülü bir iade atıf yabancı hukukun ihtilafa tatbiki söz konusu maddî hukuk normlarını, meselâ anglo-amerikan hukukunun zamanaşımını usulî hükümler olarak kabul etmesinde olduğu gibi, kısmen veya tamamen usulî hükümler olarak vasıflandırmasında ve böylece zımnen lex fori'ye atıfta bulunmasında da söz konusu olur, zira usule her hukuk nizamında lex fori hâkimdir. Bununla beraber zamanaşımının esas ihtilafla olan sıkı ilişkisi dikkate alınarak, usul hukukuna ait bir müessese olarak kabul edilse dahi bu sıkı ilişkinin parçalanmaması gerektiği de ileri sürülmektedir[126].

III. ÇÖZÜM

1. İade veya devam eden-atfa karşı ileri sürülen gerekçeler daha çok teorik ve mantıkî olmakta, özellikle genel (küllî) - atfın kabulü halinde atfın kesilmesi zarureti ve bu kesilmede keyfiliğe varan tekliflerin yapılması renvoi'nın zayıf taraflarını teşkil etmektedir. Buna mukabil renvoi'nın kabulünde *pratik düşünceler* ağırlığını hissettirmektedir. Son yarım asra kadar, renvoi teoride hemen hemen kesinlikle reddedilirken, bugün bu tutum oldukça değişmiş gözükmektedir. Gerçi bugün de renvoi'yı kayıtsız şartsız reddeden görüşlere rastlamak mümkündür. Ancak bunlar nadirdir. Artık renvoi kaideten belirli kısıtlamalarla mütalaa edilmektedir. Bu kısıtlamalar ya renvoi'yı prensip olarak kabul eden bir kaidenin istisnaları olmakta veya renvoi'yı reddeden genel kaidenin istisnalarını teşkil etmektedir.

a) Olayların bir kısmı için *kanun renvoi* konusunda sarih olarak cevap verir.

Bazı hukuk nizamları, renvoi'nın dikkate alınmıyacağını kesinlikle söyler. Meselâ, 16.3.1942 tarihli **İtalyan Medenî Kanunu** yabancı hukuk kaidelerinin, bu hukukun diğer bir hukuka yaptığı atıf dikkate alınmaksızın, uygulanacağını âmirdi (m. 30)[127]. Ve yine 15.3.1940 tarihli **Yunan Medenî Kanunu** uygulanması gerekli yabancı kanun maddeleri arasında o hukukun devletler hususî hukuku kaidelerinin bulunmıyacağını açıkça belirtir (m. 32)[128]. Şu halde her

126) DÖLLE IPR 89; ve ayrıca BGH NJW 1960, 1720.

127) MAKAROV Quellen I İtalien.

128) MAKAROV Quellen I Griechenland.; KERAMEUS/KOZYRIS Introduction to Greek Law 1988, 277.

iki hukuk nizamında mahallî kanunlar ihtilafı kaidelerinin yabancı hukuka yaptıkları atıf bir maddî norm atfından ibaret olmaktadır.

b) Bazı hukuk nizamları da belirli konularda renvoi'nın dikkate alınmasını emreder:

Alman hukuku da tam beş konuda **iade-atfın** dikkate alınacağını söylemiş idi. Bunlar medenî hakları kullanma ehliyetine, evlenmenin maddî şartlarına, mal rejimlerine, boşanmaya ve miras hukukuna ait bazı meselelerdi (EGBGB [eski] m. 27). Yeni düzenlemede renvoi prensip olarak kabul edildi (m. 4).

İsviçre hukukunda renvoi prensip olarak kabul edilmiş olmakla beraber, şahsî ve ailevî durumlarda sadece İsviçre hukukuna yapılan iade-atfa yer verilmiştir (18.12.1987 tarihli Kanun, m. 14).

2. a) *Türk hukukunda* iade-atıf ve devam eden - atıf kabul edilmiştir. Uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının bir başka hukuku yetkili kılması halinde bu hukukun maddî hükümleri uygulanır (MÖHUK m. 2 III). Bu genel hüküm yanında, poliçe, emre muharrer senet ve çek ile borçlanabilmek için gereken ehliyet konusunda da iade-atıf ve devam eden-atıf kabul edilmiştir (TK m. 678, 690 ve 730).

Türk hukukunda poliçe, emre muharrer senet ve çek ile borçlanma ehliyeti için gereken ehliyet konusunda yabancı hukukun yaptığı iade-atfın veya devam eden-atfın *maddî norm atfı* anlamında olduğunu kabul etmek mümkündür. Türk Ticaret Kanununun 678'inci maddesi gerek lâfzı gerekse gayesi itibariyle böyle bir anlayışın kabulüne müsaittir. Şu halde ilgilinin ehliyetine hâkim olan kanunun diğer bir ülke kanununu yetkilendirmesi ile atıf kesilmiş olmaktadır.

Misal : İkametgâhı İstanbul'da veya Londra'da olan bir Danimarkalının poliçe ile borçlanma ehliyeti Türk kanunlar ihtilafı kaidesine (TK m. 678 I) göre onun millî hukukuna tâbidir (atıf). Danimarka hukuku ikametgâh hukukuna atıfta bulunuyor ise ilgilinin ikametgâhı hukuku olan Türk hukukunun maddî hukuk kaideleri (iade-atıf) veya İngiliz hukukunun maddî hukuk kaideleri (devam eden-atıf) yetkili olacaktır. Ve atıf artık kesilmiştir. Türk hukukunun veya İngiliz hukukunun kanunlar ihtilafı kaideleri dikkate alınmayacaktır.

Alman hukukunda da iade-atfın kabul edildiği konularda, mahkeme tatbikatı iade-atıf ile yetkilendirilen, "Alman kanunlarının" Alman maddî normları olduğu hususunda birlik idi. Yeni düzenlemede bu açık bir hüküm ile belirlendi (EGBGB m. 4/1). Bu durumdan hareketle renvoi anlayışı bakımından önemli bir **prensibe** varılmak istenmektedir[129]. Kanunlar ihtilafı kaidelerini de içine alacak şekilde yabancı hukuka yapılan bir atıf (küllî-atıf) da aslında maddî normlara yapılan bir atıf, yani yabancı kanunlar ihtilafı kaidelerinin atıfla yetkilendirdiği maddî normlara yapılan bir atıf anlamına gelir. Bunun ifade ettiği

129) Bkz. DÖLLE IPR 92.

mana şudur: Gerçekte uygulanması gereken maddî hukuk kaidelerinin tesbiti yabancı hukuka terkedilmemektedir, aksine bizim kanunlar ihtilafı kaidemiz nihaî olarak uygulanacak maddî hukuk kaideleri için yegâne kaynak olmakta devam etmektedir.

Böylece yetkilendirilen yabancı hukukun atıfta bulunduğu hukukun —bu hukuk ister kendi hukukumuz isterse diğer bir yabancı hukuk olsun— maddî hukuk kaidelerini yabancı hukuk istediği için değil, fakat biz öyle istediğimiz ve öylesini doğru bulduğumuz için tatbik etmekteyiz. Burada istediğimiz, yetkili kabul ettiğimiz yabancı hukukun bizim veya diğer bir yabancı ülkenin hukukuna atıfta bulunmuş olmasıdır.

b) Türk hukukunda, uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının başka hukuku yetkili kılması halinde bu hukukun maddî hükümlerinin uygulanacağını söyleyen hükmün (renvoi), kesin ifade tarzı kullanılmış olmakla beraber, yabancı hukukun uygulanmasını gerektiren tekmil kanunlar ihtilafı kurallarında uygulanması mümkün değildir. Diğer bir söyleyişle, Türk hukukunda renvoi'nın, kanunlar ihtilafı kaidelerinin düzenlediği her konuda istisnasız uygulanması düşünülemez.

(1) Hukukî işlemlerde **şekil** (m. 6) ile **zamanaşımı** (m. 7) konularını düzenleyen kanunlar ihtilafı kaideleri, renvoi'yı düzenleyen kaide gibi, genel hükümler içerisinde yer aldığından iade atıf ve devam eden atfın uygulanması dışında kalır. Bu sebeple, hukukî işlemler, yapıldıkları yer hukukunun veya o hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun, zamanaşımı ise hukukî işlem ve ilişkinin esasına uygulanan hukukun doğrudan maddî hukuk hükümlerine tâbi olurlar.

(2) Sözleşmeden doğan **borç ilişkilerini** düzenleyen kanunlar ihtilafı kaidesi, diğer kanunlar ihtilafı kaidelerinden farklı olarak, bu ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri "hukuka" değil, fakat "kanuna" tâbi tutmuştur (m. 24 I). Bu kaide de, borç ilişkilerinde taraf iradelerine verilen önemin tabii bir sonucu olarak, kanun seçiminde, seçilen "kanundan" söz etmekle, kanunlar ihtilafı kurallarının değil, fakat maddî hukuk kaidelerinin uygulanacağını ifade etmiş olmaktadır.

(3) Düzenleme şekliyle, uygulanacak hukukun maddî hukuk kurallarının uygulanmasından hareket eden ve renvoi'yı bertaraf gayesini taşıyan kanunlar ihtilafı kurallarında da, renvoi'nin dikkate alınmasından vaz geçilmesi gerekir. Bu tip kanunlar ihtilafı kuralları renvoi'nın anlam ve maksadıyla uyuşmayan kurallardır:

1° Belirli hukukî bir sonucun elde edilmesini gaye edinen bir kanunlar ihtilafı kaidesinin uygulanmasında, renvoi'nın dikkate alınması kanunlar ihtilafı kaidesinin bu gayesi ile bağdaşmayabilir. **Nesebin düzeltilmesinde**, ka-

nunlar ihtilafı kaidesinin tek ve temel gayesi, çocuğun nesebini düzelten bir hukuk düzenini bulmaktır (m. 16). Bu bakımdan, alternatif olarak belirtilmiş bağlanma noktalarına göre tesbit edilen hukukun maddî hukuk kaidelerine göre, nesebin düzeltilmesi temin ediliyorsa, artık iade eden veya devam eden atfın nazara alınmasına gerek yoktur. Aksine davranış kanunlar ihtilafı kaidesinin gayesiyle bağdaşmaz ve renvoi'nın anlamına da ters düşer. Aynı düşünce tarzı, **ölüme bağlı tasarrufları**, şeklen hangi hukuka bağlı olarak yapılırsa yapılsın, geçerli kılma gayesiyle hareket eden kanunlar ihtilafı kaidesi (m. 22 IV) için de söz konusu olabilir.

2° Uygulanacak hukukun belirlenmesinde "en yakın veya daha yakın irtibat" arayan bir kanunlar ihtilafı kaidesinin, renvoi'nın dikkate alınmasını istemediği anlamına gelebilir. Sözleşmeden doğan **borç ilişkilerinde**, sözleşmenin en yakın irtibat halinde bulunduğu yer hukukunun uygulanmasını emreden (m. 24 II) veya **haksız fiillerde** "daha yakın irtibat" unsurunu dikkate alan (m. 25 III) bir kanunlar ihtilafı kaidesi, renvoi'dan vaz geçmiş demektir. Zira, "en yakın irtibat" veya "daha yakın irtibat" renvoi'yı bertaraf eden bir kavram olarak etkili olmaktadır.

c) Genel olarak renvoi'nın, yani iade-atıf ve devam eden-atfın kabulünden (MÖHUK m. 2 III) önce, bu mesele hakkında kanunlarımızda açık bir hüküm yoktu. Bununla beraber Türk doktrini Yargıtayın bir kararına dayanarak renvoi lehine hareket eden bir eğilim[130] içerisindeydi. Yargıtayın ilgili kararı şu idi:

> **Olay ve Karar :** İngiliz vatandaşı olan bir şahsın aklî malûliyet sebebiyle hacir altına alınması talep edilmiştir. Türk Mahkemesi Türk devletler hususî hukuku kaidesi gereğince (MuvK m. 4) ilgilinin millî hukuku olan İngiliz hukukunu uygulamış ve bu sebebi tanımayan İngiliz maddî hukuk kaidelerine göre talebi reddetmiştir. Türk Temyiz Mahkemesi İngiliz hukukunun bu konuda ikametgâh hukukuna atıfta bulunduğunu ve bunun dikkate alınması gerektiğinden hareket etmiştir[131].

İade-atfı ve devam eden-atfı kabul eden gerek genel hüküm, gerekse Ticaret Kanununda[132] yer alan kambiyo senetlerine ilişkin hükümler renvoi'nın, Türk kanunlar ihtilafı kaidesince yetkilendirilen yabancı hukukun yapmış olduğu atıf ile kesileceği esasını getirmiştir. Türk kanunlar ihtilafı hukukuna göre uygulanması gereken yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kaidelerinin bir başka hukuku yetkili görmesi halinde, bu hukukun doğrudan doğruya *maddî*

130) BERKİ 37; SEVİĞ 130 vd.; ULUOCAK Kanunlar İhtilafı 1971 14; GÖĞER 75.

131) Yar. 2. HD., 1.1.1944 (BERKİ / ERGÜNEY 105/106).

132) Aksi fikir SEVİĞ 138 vd..

hukuk hükümleri tatbik edilir (MÖHUK m. 2 III). Böylece "ayna odası" mahzuru da söz konusu olmayacaktır.

Kabul etmek gerekir ki, ekseri vak'alarda iade-atfın ve devam eden-atfın dikkate alınması mantıkî olmaktadır. Özellikle hâkimin kendi hukukunu tatbik sonucunu doğuran olaylarda ve milletlerarası karar ahenginin temin edilebileceği durumlarda renvoi lehine hareket etmek yerinde gözükmektedir. Gerçekten de "vatana dönüş çabası", yani herhangi bir imkânda kendi hukukunu tatbik etmek gayreti yadırganamaz. Çünkü burada kendisine yetki verdiğimiz hukukla ahenkli olunmaktadır. Ve her şeyden önce kendi hukukumuzun tatbikinin daha kolay olduğu ve isabetli ve doğru bir hukuk uygulamasının yabancı hukukun tatbikine nisbetle daha garantili olduğu da inkâr edilemez. Diğer taraftan imkân nisbetinde bizim kanunlar ihtilafı kaidemizin atıfta bulunduğu hukuk nizamına uygun olarak hâkimin karar vermesi arzu edilen bir sonuçtur. O halde yetkili yabancı hukukun hâkimi diğer bir hukuk nizamına gönderilmekte ise kaide olarak bunu dikkate almamak için bir sebep yoktur. Ancak bütün bu söylenenler genel niteliktedir; kesin bir kaide olarak düşünülemez. Her olay kendi durumuna göre değerlendirmeye tâbi tutulabilir. Kanunun sarih olarak müsbet veya menfî bir şey söylemediği durumlarda iade-atfın ve devam eden-atfın kabulü hakkında son söz kanunlar ihtilafı kaidesinin gayesi ve manasından çıkarılacaktır[133].

Misaller : Bir Danimarkalı Türkiye'de menkul tereke bırakarak ölüyor. Onun son ikametgâhı da İstanbul'dadır. Türk hâkimi tabiiyet prensibine uygun olarak onun millî hukukunu (MÖHUK m. 22), yani Danimarka hukukunu tatbik eder. Danimarka hukuku ise ikametgâh prensibi gereğince Türk hukukuna iade-atıfta bulunur. Türk hâkimi burada Türk miras hukukunu tatbik eder (iade-atfın kabulü).

Moskova'da oturmakta olan İsviçreli amca ve yeğen ora hukukuna uygun olarak evlenmişlerdir. Bu evlilik İsviçre hukuku bakımından da geçerlidir. Çünkü, İsviçre hukukuna göre bu derece hısımlar arasındaki evlilik yasak olmakla beraber (ZGB m. 100) İsviçre kanunlar ihtilafı kaidesi gereğince Rusya'da yapılan evlilik, İsviçre hukukunun hükümsüzlük sebeplerinden kurtulmayı hedef alan açık bir niyetle akdedilmemiş olduğundan, geçerli bir evliliktir (eski NAG m. 7 I). Daha sonra eşler İstanbul'a taşınmışlardır. Burada kadının açtığı boşanma davasına karşılık, koca ZGB m. 100'e dayanarak evliliğin iptalini talep etmiştir. Türk hâkimi devletler hususî hukukumuza göre tarafların millî huku-

133) Ayni anlamda *Alman hukuku* bakımından bkz. DÖLLE IPR 94. Gerçekten Alman hukukunda da, kanunca düzenleme dışında bırakılmış olan konularda mahkeme tatbikatı benzer gerekçelerle (bkz. RG JW 1912, 397) iade-atfı kabul eden kanun hükümlerine kıyasla genel olarak renvoi lehine istikamet almış ve bunu yürürlükteki hukuk olarak kabul etmiştir (bkz. BGH NJW 1958, 750 ve BGHZ 28, 380). Bu konuda özellikle bkz. FERID IPR 76 ve DÖLLE IPR 93. Alman hukukundaki bu gelişme, iade eden ve devam eden - atfın kabulünü "atfın anlamına aykırı olmama" şartına bağlayan bir hüküm ile kanunda yer almıştır (EGBGB m. 4/1).

ku olan İsviçre hukukundan hareket edecektir. İsviçre hukuku Rus hukukuna atıfta bulunmaktadır. Bu atfın Türk hâkimince dikkate alınması hiç şüphesiz hakkaniyet gereğidir (devam eden-atfın kabulü).

3. Renvoi problemi milletlerarası eşya hukukunda fazla pratik öneme sahip değlidir. Çünkü hemen hemen tekmil hukuk nizamları bu konuda lex rei sitae prensibine bağlı kalmakta ve bu sebeple iade-atıf veya devam eden-atıf durumları doğmamaktadır. Diğer taraftan genel olarak renvoi'nin kabulünde özellik gösteren konular da mevçuttur:

(1) *Borçlar hukuku alanında* âkit taraflar tatbik edilecek hukuku irade muhtariyeti esasına dayanarak tayin etmiş bulunuyorlarsa, mantıkî bir yorumla, renvoi'yı reddetmek istedikleri sonucuna varılır. Alman hukukunda bu kanunî bir hüküm haline gelmiştir (EGBGB m. 4/2). Taraflar tatbik edilecek hukuk üzerinde yaptıkları anlaşma ile kanunlar ihtilafı kaidelerinin göstereceği hukuka bağlanmak istememişler, aksine uygulanması gereken maddî hukuk kaidelerini bizzat tesbit etmişlerdir. Meselâ âkit taraflar yaptıkları satım akti için tatbiki gerekli hukuk olarak Alman hukukunu tayin etmişlerse, bununla Alman iç hukuk normlarının satım aktine hâkim olması gerektiğini ve Alman devletler hususî hukukunun dikkate alınmayacağını söylemek istemişlerdir.

Misal : İki Türk vatandaşı Belçika'da bir borç akti yapmışlar ve bunu Fransız hukukuna tâbi tutmuşlardır. Türk hâkimi bu hususta karar vermek durumundadır. Türk hâkimi irade muhtariyeti sebebiyle Fransız maddî hukukunu tatbik eder; akdi muhtemelen akit yeri, yani Belçika hukukuna tâbi tutan Fransız devletler hususî hukukunu dikkate almaz. Burada taraf anlaşmasının yorumu yardımıyla devam eden - atıf dikkate alınmamaktadır[134].

Mefruz taraf iradelerine veya **ifa yerine** bağlanma yoluyla borç statüsünün tayininde renvoi meselesi üzerinde kesin bir şey söylemek kolay değildir. Bu husus akdî borç ilişkilerinde renvoi'yı kesin olarak reddeden yeni kanunî hükmün (EGBGB m. 35/1) kabulüne gelinceye kadar **Alman hukukunda** da ihtilaflı idi[135].

(2) *Haksız fiil alanında* haksız fiil yerine bağlanmada renvoi problemi fazla pratik bir fayda sağlamamaktadır. Çünkü hemen tekmil hukuk nizamlarında haksız fiil yeri müşterek bağlanma noktası olarak kabul edilmektedir[136].

(3) *Milletlerarası* sözleşmelerde bir ülke hukukunun uygulanmasından söz edildiğinde, bir maddî norm atfının mı kastedildiği yoksa bir renvoi ola-

134) Bu anlamdaki bir Alman kararı: BGH NJW 1958, 750 ve 1959, 1317.

135) NEUHAUS Grundbegriffe 1962 180 n. 442; DÖLLE IPR 94; FERID IPR 77. Renvoi'nın kabulü lehinde: SOERGEL-KEGEL, Vorbem. 278 vor Art. 7; reddi lehinde: PALANDT / HELDRICH BGB[33] 1978. Borçlar hukukunda genel olarak renvoi'yı reddeden görüş: RAAPE IPR 70.

136) Bu manada RAAPE IPR 70; SOERGEL / KEGEL Art. 12 Bem. 64. Renvoi'nın reddi lehinde: PALANDT / HELDRICH BGB[33] 2027.

yının da dikkate alınması gerekip gerekmediği bir yorum meselesi olmaktadır. Ancak tereddüt halinde iade-atfın ve devam eden-atfın bertaraf edildiğini kabul etmek zarureti vardır[137]. Çünkü milletlerarası bir sözleşmede yer alan kanunlar ihtilafı kaidesinin görevi uygulanacak maddî hukuk kaidelerini tesbit etmektir[138].

d) Yetkili kabul edilen yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kaidelerince yapılan iade-atıf veya devam eden-atıf dikkate alınmakta ise, bu yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kaidelerinin kullandığı *bağlanma kavramları* bizim hukukumuza göre değil, fakat bu yabancı hukuka uygun olarak tayin edilir. Çünkü bu kavramlar iade-atfı veya devam eden-atfı yapan kanunlar ihtilafı normlarına aittirler, onların birer unsurudurlar. Burada lex causae'ya uygun bir yorum söz konusu olmaktadır.

> Lex causae'ya göre yorum prensibinden bir istisna anglo-amerikan kanunlar ihtilafı hukukunda mevcuttur. Orada gayrimenkul kavramının tayini lex rei sitae'ye terkedilmiştir[139].

Renvoi'nın kabulünde iade-atıf veya devam eden-atıfda bulunan kanunlar ihtilafı kaidesinin kullandığı kavramları yine bu hukuka göre tayin prensibi özellikle *ikametgâh kavramı* bakımından önem taşır. Daha önce verilen misallerde görüldüğü üzere genellikle ikametgâh kavramına bağlı hukuk nizamları renvoi olayına sebebiyet vermektedirler. Şu halde bizim kanunlar ihtilafı kaidemizce yetkili görülen yabancı hukukun kanunlar ihtilafı normu ikametgâh hukukuna atıfta bulunuyor ise, burada ikametgâhtan ne anlaşılması lâzım geldiği bu yabancı hukuka göre tesbit edilecektir.

> Daima temas edilen **İngiliz ikametgâh kavramı** üzerinde burada kısaca durmak gerekir. Çünkü İngiliz hukukunda ikametgâh kavramı sırası geldikçe belirtildiği gibi kendisine özgü ve özel yapıda bir karaktere sahiptir; diğer hukukların anlayışından oldukça farklılık gösterir. Üstelik devletler hususî hukukunda pratik önemi çok fazladır.
>
> **İngilizce domicile**[140] belirli bir mahal ile olan ilişkiyi değil, fakat belirli bir hukuk alanı ile irtibatı gösterir. Meselâ İskoç hukuk alanına nisbetle İngiliz hukuk alanı ile olan irtibatı ifade eder. Londra'dan Birmingham'a taşınan bir kimse ise sadece **residence**'ını, **home**'unu değiştirmiştir; yoksa domicile değişikliği söz konusu değildir. Domicile ya bir domicile of origin ya da bir domicile of choice olur. İlki doğumla elde edilir, babanın sahip bulunduğu domicile'den

137) MELCHIOR Grundlagen des IPR 239 vd.; WOLFF IPR 79; DÖLLE IPR 96.

138) FERID IPR 77.

139) Bkz. FERID IPR 77.

140) Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. HENRICH Der Domizilbegriff im englischen IPR: RabelsZ 25 (1960) 456 vd.; WEISSENSTEIN Anglo - amerikanisches Rechtswörterbuch I. Teil: Englisch - Deutsch 59 vd.; ayrıca bkz. yukarıda s. 107 vd..

ibarettir. Daha sonra o kimse bir domicile of choice sahibi olabilir. Ancak bunun için o kimsenin tekrar menşe hukuk alanına asla bir daha dönmeme kararına varmış bulunması şarttır. Fakat bu kararın kabulü kolay değildir, zira İngiliz mahkemeleri böyle bir kararın varlığını çok güçlükle kabul etmektedirler. Ayrıca bir kimse sahip olduğu domicile of choice'dan vaz geçmekle beraber yeni bir domicile of choice tesis etmemiş ise tekrardan domicile of origin'i kazanır. Böyle bir İngilizin domicile'siz kalması mümkün değildir. Ve domicile bir hukuk alanına tâbi olmayı ifade ettiği için, ancak tek bir domicile'e sahip olunabilir. Buna mukabil bir İngiliz birden çok residence'e sahip olabilir. Şu halde meselâ Türkiye'de ikamet etmekte olan bir İngiliz, İngiliz hukuk anlayışına göre, İngiltere'ye tekrar dönmek hususunda aksi çok zor isbat edilebilen mefruz bir niyete sahip bulunduğundan, İngiliz domicile'ni kaybetmiş değildir. Şu sonuç gözönünde tutulursa İngiliz hukuku anlamında domicile kavramının daha çok tabiiyet kavramına benzediğini söylemek doğru olur.

Misal : Bir İngiliz bir şirkette çalışmak üzere İstanbul'a geldiğinde, tekrar İngiltere'ye asla dönmemek kararında —ki bu çok güç isbat edilebilir— değil ise, İngiltere'deki domicile of origin'ini muhafaza eder. Bu İngiliz İstanbul'da menkul tereke bırakarak öldüğü takdirde, Türk hâkimi bu menkul tereke bakımından tabiiyet prensibi gereği İngiliz hukukunu tatbik edecektir (MÖHUK m. 22). İngiliz hukuku ise ikametgâh hukukuna atıfta bulunmaktadır. İkametgâh İngiliz hukuku anlayışına uygun olarak tesbit edilecektir. Buna göre ölen İngilizin ikametgâhı İngiltere'dedir. O halde Türk hâkimi İngiliz miras hukukunu uygulayacaktır. Bu İngilizin İstanbul'da doğmuş ve asla İngiltere'ye gitmemiş olan çocuğu da otomatik olarak babanın ikametgâhını iktisap eder. Aynı şey adamın karısı için de söz konusudur. Eğer kadın aslî bir Türk vatandaşı ise ve kocanın ölümünden sonra, tereddüde meydan vermeyecek şekilde daimi olarak Türkiye'de kalmak istediğini beyan etmiş ise o zaman bu kadın İngiliz hukuk anlayışına göre de Türkiye'de bir domicile of choice tesis etmiş olur.

§ 13. KAMU DÜZENİ ("ORDRE PUBLIC")

I.KAVRAM

1. Kanunlar ihtilafı kaidelerimize göre uygulanması gerekli olan yabancı hukukun belirli bir olaya tatbik edilmesi ülkenin *kamu düzenini* ("ordre public") bozmamalıdır. Eğer yabancı hukukun tatbiki kamu düzenini belirli bir olayda bozacak ise, onun uygulanmasından vazgeçilir. Böyle bir durumda kamu düzeninin *müdahalesinden* söz edilir.

Kamu düzeni kavramının mahiyeti ve esasları üzerinde ittifak edilememiştir. Hatta kamu düzeni müdahalesinin meydana getirdiği sonuçlar üzerinde dahi fikir birliği yoktur. Bununla beraber kamu düzeni müdahalesini kanunî bir düzenlemeye tâbi tutmamış olanlar da dahil, tekmil hukuk nizamları kamu düzeninin müdahalesini daima mümkün görmüşler ve kullanmaktadırlar. Gerçekten de sosyal düzenin temel meselelerine hâkim olan birbirinden farklı hukuk anlayışları kamu düzeni müdahalesinden vaz geçilemiyeceğini açıkça göstermektedir.

Kamu düzeninin **mahiyeti** hakkında iki anlayış mevcuttur. Bugün etkisini geniş ölçüde kaybetmiş olan birinci anlayış kamu düzeni müdahalesini **müstakil** bir bağlama kaidesi niteliğinde görür, öyle ki millî kamu düzeninden sorumlu olan tekmil kanunların mutlak bir yürürlüğü vardır ve bu yürürlük devletler hususî hukukunu tamamlayan bir devletler hususî hukuku prensibidir. Böylece kamu düzeni pratik yönden doğrudan doğruya kendi hukukunun tatbiki sonucunu hâsıl eden müstakil, tek taraflı bir kanunlar ihtilâfı normu görevine sahip olur. Bu anlayışın dayandığı kabul edilen **Mancini doktrini** kendi hukukunun tatbikini haklı kılan her hususun kamu düzenine ("ordine pubblico") ait bulunduğunu kabul eder. Meselâ ülkede bulunan menkul ve gayrimenkul eşyaya mahallî eşya hukukunun tatbiki de kamu düzeni gereğidir. Buna mukabil kamu düzeni müdahalesinin niteliği hakkındaki ikinci anlayış menşeini **Savigny**'de bulur. Buna göre kamu düzeninin müdahalesi, bizim kanunlar ihtilafı kaidemiz tarafından yetkilendirilen yabancı hukuk normlarının tatbiki prensibinin **istisnası** olarak ortaya çıkar. Bu itibarla modern devletler hususî hukukunun da kabul ettiği gibi, meselâ eşya hukukunda lex rei sitae prensibinin tatbiki kamu düzenine değil, müstakil bir kanunlar ihtilafı hukuku sistemine

dayanır. Zira, **Savigny**'den bu yana, kamu düzeninin müdahalesi, hayat ilişkilerini bu ilişkilerin en ziyade sıkı irtibat halinde bulunduğu hukuka tâbi tutma şeklindeki genel kaidenin bir istisnası, hatta bir **ihlâl** olarak görülmektedir.

2. *Türk hukukunda kamu düzeni* (ordre public, amme intizamı) yabancı hukukun tatbikini önleyen istisnaî bir göreve sahiptir. Devletler hususî hukuku kaidelerimizce yetkilendirilen yabancı hukuk ülkenin kamu düzenine "açıkça" aykırılık teşkil etmemesi şartıyla tatbik olunma imkânına sahiptir (MÖHUK m. 5). Şu halde, kamu düzeni bizim için kanunlar ihtilafı hukukuna ait tek taraflı bir "bağlanma kaidesi" değildir. Aksine devletler hususî hukuku kaidemizin gösterdiği yabancı hukuk nizamının tatbiki prensibinin bir istisnasıdır.

Türk hukukunda kamu düzeninin yabancı hukukun tatbikini önleyici niteliğinin istisnaî karakter taşıdığı gerek doktrinde[142] gerekse mahkeme kararlarında[143] genellikle kabul edilmektedir.

Kamu düzeninin bir bağlama kuralı niteliğinde olduğu, Türk hukukunda, emniyet ve asayişe ilişkin kanunların ülkede herkese uygulanacağı hükmüne (MuvK m. 2) (*) dayandırılarak ileri sürülmek istenmiştir[144]. Bu kanunlar yönünden kamu düzeni kavramının bir bağlama kaidesi niteliğinde olduğu söylenmiştir. Bu görüş, yabancı hukukun tatbikinde kamu düzeninin müdahalesinin dayandığı esası dikkate almadığı için, hatalı bir sonuca ulaşmıştır. Emniyet ve asayişe ilişkin hükümler, bir devletler hususî hukuku kaidesine bağlı olmaksızın ülkede bulunan herkes için uygulanma niteliğine sahiptir. Bunların kamu düzenini ilgilendirmesi ile bir kanunlar ihtilafı kaidesi gereği uygulanan yabancı hukuk kaidesini önleyen kamu düzeni müdahalesi arasında bir ilişki kurulamaz[145].

Yabancı hukukun tatbiki bizim için tahammül edilmez şekilde kamu düzenimizi ihlâl sonucunu meydana getirmekte ise bu hukukun ilgili hukuk kaidelerinin belirli olayda uygulanmasından vazgeçilir. Burada ortaya çıkan sonuç önemlidir: Mademki kamu düzeninin müdahalesi hukukumuzda istisnaî niteliktedir; o halde bunun uygulanmasında ihtiyat ve *çekimserlik* gösterilmek gerekir. Diğer bir söyleyişle, hâkim kamu düzenini vesile ederek, kendi hukukunu tatbik kolaylığından yararlanmak maksadıyla, yabancı hukukun uygulanmasını önlememelidir. Hatta yabancı ülkenin kendine özgü, belki de tuhaf

142) ULUOCAK Kanunlar İhtilafı 1971 222 ve n. 677'de zikredilenler.

143) Meselâ 11.10.1961 ve 15.10.1968 tarihli Yargıtay 2. HD. Kararları (BERKİ / ERGÜNEY 68/69 ve YAZICI / ATASOY 791-793).

(*) Bu hüküm zaten yürürlükten kalkmıştır (MÖHUK m. 46).

144) Bkz. GÖĞER 103; ayrıca; ÖKÇÜN Devletler Hususî Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni 1967 42 vd.

145) Aynı anlamda ULUOCAK Kanunlar İhtilafı 1971 223 ve özellikle ÖKÇÜN Devletler Hususî Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni 1967 51 vd..

gözüken hukuk anlayışını, mümkün olduğu ölçüde müsamaha ile karşılayıp, titizlik yapmaktan kaçınmak zorundadır. Hele kendi hukukunun en iyisi olduğu düşüncesinden kurtulmak, başka bir ifadeyle, kendi hukukunu beğenmişlikten uzaklaşıp, hukukî bir fanatizm içine düşmekten kendini kurtarmak, hâkim için özellikle bir görev kabul edilmelidir. Meselâ yabancı bir hukukun kumar ve bahis borcunu dava edilebilir görmesi veya avukat için bir başarı mükâfatı anlaşmasını geçerli kabul etmesi Türk hâkimi için hiç de acayip, tahammül edilemez bir düzenleme olarak nazara alınmamalıdır. Fakat şüphesiz bütün bu müsamahalı düşünüş ve davranışa rağmen zaman zaman kamu düzeninin müdahalesinden kurtulmak mümkün değildir.

3. Kamu düzenini *belirli bir anlamda* müstakil olmayan bir kanunlar ihtilafı kaidesi olarak nitelemek[146] mümkündür. Gerçekten de, diğer tekmil kanunlar ihtilafı kaidelerinin uygulama alanını sınırlayıcı bir göreve sahiptir. Yabancı bir hukukun tatbikini emreden her kanunlar ihtilafı kaidesi ile birlikte kamu düzeni de dikkat edilmesi gereken bir unsurdur. Bu unsur yabancı hukukun tatbikine devam edilebileceği veya onun tatbikinden ya tamamen ya da belirli ölçüler içerisinde vazgeçileceği hakkında belirli bir olayda karar veren yegâne ölçü olmaktadır. İşte bu anlamda, kamu düzeni müstakil olmayan bir kanunlar ihtilafı kaidesi olarak düşünülebilir. Ancak kamu düzenine verilebilen böyle bir anlam, onun istisnaî olma niteliğini etkilemez.

Devletler hususî hukukunun önemi ve geçerliliği kamu düzeninin istisnaî karakterini kabul etmekle haklılık kazanır. Çünkü böyle bir davranış ancak yetkili yabancı hukuka *hakkaniyet gereği* ve *milletlerarası ahenk* menfaatine öncelik tanımanın bir belirtisi olabilir. Meğerki, kendi hukuk kaidelerimizce benimsenen gayelere behemahal erişilmesi mecburiyeti bulunsun ve bu gayelere de sadece kendi hukukumuzun tatbikiyle ulaşılabilsin. Ancak bu da bir istisna kalmak zorundadır.

Bu bakımdan kamu düzenine sık sık iltica edilen bir yerde, bir kenara atılan kanunlar ihtilafı kaidesi ya doğru olarak kullanılmamaktadır veya o kaidenin haklılığı şüphe götürür:

> **Misal :** Baba çocuğundan Türk mahkemesinde nafaka talep etmektedir. Her ikisi de yabancı teb'a olduğundan Türk mahkemesinin yetkili olup olmadığı (milletlerarası yetki) söz konusudur. Türk mahkeme tatbikatı ve genellikle Türk doktrini, yürürlükten kalkan hukuk sistemimizde, nafakayı, aile hukuku meselelerinde Türk mahkemelerini yetkisiz addedip, belirli şartların tahakkuku halinde istisnaen yetkili kılan kanunlar ihtilafı kaidesine tâbi tuttuğu için bu nafaka davasının Türk mahkemesinde görülebilmesini kamu düzenine bağla-

146) DÖLLE IPR 106.

makta idi[147]. Böyle bir uygulamada devamlı olarak kamu düzenine istinad edilmesi nafaka taleplerini niteliğine uygun kanunlar ihtilafı kaidesine tâbi tutmamanın sonucu olmaktadır. Diğer bir söyleyişle aile hukuku meselelerini düzenleyen kanunlar ihtilafı kaidesi (MuvK m. 4) yanlış kullanılmıştır[148]. Eğer doğru kullanıldığı kabul edilecek olursa bu kanunlar ihtilafı kaidesinin nafaka bakımından haklı ve uygun olmadığı sonucuna varılmak gerekirdi.

Bu sebeple kamu düzeninin devletler hususî hukukunun henüz tamamlanmamış kısmından başka bir şey olmadığı fikri ileri sürülebilmiştir[149]. Zira burada gerçekte henüz formüle edilmemiş kanunlar ihtilafı normları örtülü halde bulunmaktadır. Aslında kamu düzeni müdahalesinin kanunlar ihtilafı kaidesinin kalitesini gösteren mehenk taşı olduğu şüphe götürmez. Ancak kamu düzenine iltica zaruretinin nadiren doğduğu olaylarda, bunu düzenleyen kanunlar ihtilafı kaidesinin tatmin edici olmadığı sonucuna varmak doğru olmaz.

Belirli bir olayda yabancı hukukun yetkili kılınması bir "karanlığa sıçrama"[150] halidir. Diğer bir söyleyişle kanunlar ihtilafı kaidemizin yabancı hukuku yetkilendirmesi, nasıl doldurulacağı önceden bilinmeyen "açık çek"[151] gibidir. Bununla yabancı maddî hukuk normlarının bizce bilinmediği veya belirsiz olduğu kastedilmemektedir. Ancak yabancı maddî hukuk normlarının belirli olaya uygulanmasında meydana çıkabilecek sonuçların kamu düzenimizle uyuşmayabileceğinin hesaba katılması gereklidir. İşte bu bakımdan yabancı bir maddî hukuk normunun uygulanması kamu düzeninin "pasaport kontrolünden" (Raape) geçmek mecburiyetindedir. Burada önemle dikkat edilecek olan şudur: *yabancı hukukun bizim hukukumuzdan farklı bir düzenlemeye sahip olması kamu düzenimizin müdahalesi için asla yeterli bir sebep değildir*[151a].

Diğer yandan, kamu düzeninin içeriğini tam olarak tesbit edebilmek, kamu düzeni anlayışının değişkenliği sebebiyle, mümkün olamamaktadır. Daha ziyade ve her şeyden önce, özellikle *anayasal haklarda yer alan ve münferit kanun hükümlerinin temelinde yatan ana prensiplerin millî anlayışları* söz konusu olmaktadır[151b]. Bu anlayışlarda yer ve zamana bağlı olarak meydana gelen değişiklikler, kamu düzeni kavramının kesin bir tarifini yapmayı da zorlaştırmaktadır. Neticede, kamu düzeni, tarif edilmeksizin, kanun hükümlerin-

147) Bkz. NOMER Nafaka Davaları 635 vd..

148) NOMER Nafaka 113 vd..

149) KAHN: Jher Jb 39 (1898) 1, 108.

150) RAAPE IPR 90; RAAPE / STURM IPR 199.

151) FERID IPR 60.

151a) Bkz. ileride s. 232 n. 96.

151b) Yargıtay'a göre, "ahlak ve dürüstlük kurallarını, toplumun, hukukun temel ilke ve yargılarını, adaleti, ahlak anlayışını, Anayasada yer alan temel hakları ciddi şekilde sarsan ve aykırılık oluşturan olaylar kamu düzenini ihlâl eden olgulardır" (Yar. HGK., 6.5.1998 [E.12-287/K.325]).

de somutlaşmaya çalışan, fakat aslında hâkimin takdirine bağlı olarak belirsizlik içerisinde kendini kabul ettiren, genel ve kapsamlı bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kamu düzeninin müdahalesini düzenleyen 5. madde, açık ve kesin olarak sadece "Türk" kamu düzeninden söz etmiştir. Bununla beraber, bu ifade "milletlerarası" alanda hâkim olan anlayışların dikkate alınmasını engellemez. Milletlerarası alanda geçerli ortak prensipler 5. madde çerçevesinde etkili olabilir. Milletlerarası alanda (meselâ, İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi gibi milletlerarası sözleşmelerle) kendini kabul ettirmiş insan haklarına veya ortak hukuk prensiplerine dayanılarak kamu düzeninin müdahalesi temin edilebilir. Eğer milletlerarası alanda geçerli olan anlayış, mahallî anlayışla birleşmekte ise, şüphesiz mahallî kamu düzeninin müdahalesi söz konusu olur. Ancak, yabancı bir hukuk kaidesi, ülkenin kamu düzeninin müdahelesini gerektirecek bir anlayışın bulunmaması halinde de, milletlerarası alanda kendini kabul ettirmiş bir anlayışa dayanılarak kamu düzeninin müdahalesiyle karşılaşabilir.

4. Fransız Hukukunda, emredici bir hukuk olarak "ordre public interne" ile, sadece yabancı hukukun tatbikinde dikkate alınan "ordre public international" arasında ayırım yapılır. Fransız hukuk anlayışıyla "ordre public international" bizim mahallî kamu düzenine uymaktadır. Kamu düzeninin Fransa'da kullanılması diğer belli başlı ülkelere nisbetle oldukça fazladır[152]. Meselâ, Fransız mahkeme tatbikatı yabancı ülkede tesis edilmiş menkul ipoteğini tanımamış, ömür boyu mükellefiyet altına sokan yabancı hukuka ait sözleşmeleri geçersiz kabul etmiş, baba ile çocuk arasındaki nafaka borcunu Code civil'den farklı düzenleyen yabancı hukuku tatbik etmemiş ve evlilik dışı, zina mahsulü çocukların nesebinin tashihi yasağına ilişkin Fransız maddî hukuk normlarının mutlak etkisini kabul etmiştir[153].

Alman hukukunda, 25.7.1986 tarihli Kanuna gelinceye kadar "kamu düzeni menfaatine" bir ihtirazi kayıttan söz edilirdi[154]. Kamu düzeni bu anlamda kanunî bir düzenlemeye sahip idi: "Bir yabancı kanunun tatbiki âdap ve ahlâka veya bir Alman kanununun gayesine aykırı düşecek ise o kanun tatbik edilmez" (EGBGB [eski] m. 30). Alman hukukunda mümkün olduğu ölçüde kamu düzeninin müdahalesinden kaçma eğilimi açıkça görülmekteydi[155]. Yeni düzenlemeyi getiren 25.7.1986 tarihli Kanunda kamu düzeni müdahalesi şu şekilde formüle edildi: "Diğer bir Devletin bir hukuk kaidesi, tatbik edildiğinde Alman hukukunun önemli temel prensipleriyle aşikâr bir uyuşmazlık meydana getirmekte ise uygulanmaz. Bu hukuk kaidesi, tatbik edildiğinde temel haklar ile uyuşmamakta ise özellikle uygulanmaz" (EGBGB m. 6).

Common law ülkelerinde kamu düzeni ("public policy") Kara Avrupası ülke-

152) Genel olarak bkz. BATIFFOL / LAGARDE I 1974 No. 358 vd. (s. 448 vd.).

153) Bkz. BATIFFOL / LAGARDE II 1976 No. 476 (s. 112).

154) RAAPE IPR 91.

155) Bkz. SOERGEL / KEGEL Vorbem 3 vd. vor Art. 30.

lerine nazaran daha dar bir anlama sahiptir[156]. İngiltere'de (meselâ fahişelik ücreti hakkındaki sözleşmeler veya bahis sözleşmeleri gibi) ahlâka aykırı akitleri geçersiz kılmak ve devletin hayatî menfaatlerine zarar verebilecek yabancı hükümleri tatbik etmemek için public policy'den istifade edilir. İngiltere ve Amerika Birleşik Devletlerinde usul hukukunun sınırları Kara Avrupası hukukuna nazaran çok daha geniş tutulmaktadır; bu sebeple de public policy daha seyrek ortaya çıkmaktadır[157]. Meselâ İngiliz mahkemeleri yabancıların boşanma davalarında, kocanın ikametgâhının İngiltere'de olması şartıyla yetkili olmaktadırlar ve o takdirde lex fori'yi tatbik etmektedirler.

Ve nihayet İtalya'da "ordine pubblico" ve İspanya'da "ordan publico" kamu düzenini terminolojik olarak ifade eden kelimelerdir.

Son zamanlarda bir **Avrupa ordre public** kavramından da söz edilmektedir. Bu kavram AET - ülkelerinin birbirleriyle olan ilişkilerinde kamu düzeni müdahalesini ortadan kaldırmak[157a] veya âkit ülkelerin ordre public'lerini kendi ordre public'lerine ithal etmek çabaları çerçevesinde gelişmektedir.

II. KAMU DÜZENİNİN GÖREVİ

Modern literatürde kamu düzeninin *çifte etkisinden* söz edilir: *olumlu* ve *olumsuz etki*[158]. Kamu düzeninin *olumlu etkisi mahallî* hukukun belirli bir hükmünün tercihan tatbikini temin eder. Diğer bir söyleyişle bu etki, kamu düzeni gereği "kendi hukuk nizamımızın dokunulmaz kısmını"[159] ifade eder: bu hukuk kısmıyla uyuşmayan yabancı hukuk uygulanamaz. Bu yabancı hukukun tatbikini temin eden kanunlar ihtilafı normunun taşıdığı bağlantıdan vazgeçilir. Kamu düzeninin *olumsuz etkisi* tatbiki gerekli yabancı hukuka göre elde edilen sonuçların yabancılığı sebebiyle ortaya çıkar ve ilgili yabancı hukuk normunun tatbikini önler[159a].

a) Kamu düzeninin *olumsuz etkisinde*, yabancı kanun hükmünün tasvip edilebilip edilemiyeceği üzerinde durulmaz. Ancak bu hükmün ülkede belirli bir olaya tatbikinin meydana getirdiği somut sonuç veya sonuçların hoş görülüp görülemiyeceği inceleme konusu olur.

156) WOLFF PIL 176 vd. (Özellikle 180 vd.); bak. AKINCI The Public Policy Concept In Conflict of Laws: Argumentum 27/1992 429 vd..

157) WOLFF PIL 177 vd..

157a) Bkz. ileride s. 396 n. 262.

158) Bkz. NEUHAUS Grundbegriffe 1976 364 vd.; MAKAROV Grundriss 94 vd..

159) KEGEL IPR 235.

159a) Yabancı bir ceza kanununun uygulanması imkânını veren Türk Ceza Kanununun 10a maddesinde yer alan ve yabancı ceza hükmünün uygulanmasını engelleyen Türk kamu düzeni kavramının da devletler özel hukukundaki istisnaî nitelikteki "kamu düzeni" kavramı olduğu hakkında bkz. YENİSEY Türk Ceza Hukukunda Yabancı Kanun - TCK 10a: MHB 1-2/1994 174.

Misal : Evli bir İranlı kendi millî hukuku müsaade etmesine rağmen Türkiye'de yine bir İranlı ile ikinci veya üçüncü veya dördüncü evliliğini yapamaz. Buna mukabil kendi ülkesinde dört kadınla geçerli evlilikler yapmış olan İranlının bu evliliklerden olma çocukları arasında Türkiye'de miras sebebiyle bir ihtilaf çıktığında, İran miras hukuku tekmil bu çocuklar için, Türkiye'de doğmuş olanlar için dahi, Türk mahkemesince tatbik edilir. Böyle bir olayda Türk kamu düzenini ihlâl eden İran hukukunun çok evliliğe ilişkin hükümleri Türkiye'de doğrudan doğruya uygulanamamakta, buna mukabil mirasa ilişkin hükümlerin meydana getirdiği sonuçlar bakımından tatbik edilmesinde mahzur görülmemektedir.

1987 tarihli yeni **İsviçre** Federal Kanunu, kamu düzeninin olumsuz etkisini açık bir ifadeyle belirlemiştir: "Yabancı bir hukukun hükümlerinin uygulanması, İsviçre kamu düzeni ile uyuşmayan bir sonuç meydana getirecek ise, bertaraf edilir" (m. 17).

Alman hukukunda literatür kamu düzeni müdahalesini düzenleyen eski hükmün (EGBGB m. 30) yorumunda "âdap ve ahlâk" ile "bir Alman kanununun gayesi" formüllerini ayrı ayrı değerlendirmede pratik fayda görmemiş ve ordre public kavramını bir bütün olarak yorumlamıştır. 30'uncu maddede yer alan bu iki durumun birbirlerini geniş ölçüde ihata ettikleri kabul edilmekle beraber, kamu düzeninin kendini ihlâl eden yabancı hukuktan korunma fonksiyonu ile behemahal uygulanması gereken mahallî hukukun tatbikini temin eden fonksiyonu birbirinden ayrı tutulmuştur. Şöyle ki, yabancı hukukun **âdap ve ahlâka aykırılığından** söz edildiği durumlarda, kamu düzeni yabancı hukuku uygulamaktan men eden **olumsuz** bir fonksiyona sahiptir. Buna karşılık, Alman kanununun **gayesine aykırılıktan** söz edildiğinde kamu düzeni yabancı hukukun bir kenara bırakılarak Alman hukukunun belirli normlarının tatbikini garanti altına alan **olumlu** bir fonksiyonu yerine getirmektedir.

Milletlerarası uygulamada kamu düzeninin olumsuz etkisine ait misalleri, Sovyet Rusyanın müsadere kararlarının tatbiki ile ortaya çıkan olaylarda görmek mümkündür. Bu kararların sonucu olan mülkiyet intikalleri ihtilafın görüldüğü yabancı mahkemenin ülkesinde meydana gelmişse kabul edilmemekte (kamu düzeninin olumsuz etkisi) buna mukabil Sovyet Rusya'da sonuçlanmışsa tereddütsüz tanınmaktadırlar. Hukukî durum şöyle olmaktadır: Ekseri vak'ada Sovyet Rusya'da millileştirilen ve bunun sonucu maliki de değişen mallar ve sanat eserleri yeni maliki (resmî bir Sovyet teşebbüsü veya ilgili şeyi Rusya'da satın almış özel bir şahıs) tarafından yabancı ülkeye getirildiğinde, bunlar eski maliklerince görülüp teşhis edilmekteydi. Bu eski malikler millileştirilen veya müsadere edilen şeylerin iadesini talep etmişlerdir. Gerek Almanya'da gerekse İngiltere'de, mülkiyet intikalinin daha önce Sovyet Rusya'da gerçekleşmiş olaylarla meydana gelmiş olması şartıyla, bu davalar reddedilmiştir. İkinci Dünya Harbinden sonra Polonya'da ve Çekoslovakya'da Alman vatandaşlarına uygulanan müsadere tedbirleri bakımından meydana gelen ihtilaflarda da Alman mahkeme tatbikatında genel olarak aynı prensipten hareket eden kararlar bulunmakla beraber, mülkiyet intikalini meydana getiren söz konusu tedbirlerin özel olarak Alman vatandaşlarına uygulanma-

sını âdap ve ahlâka vahim bir aykırılık gören ve bu sebeple mülkiyet intikallerini tanımayan kararlar da az sayıda değildir[160].

Millileştirme tedbirlerinin ihtilafın görüldüğü mahkeme ülkesinde sonuçlandırılmasını kamu düzenine aykırı gören diğer bir misal Fransız mahkeme tatbikatında yer alan Ropit - Şirketi vak'asıdır. Sovyet Hükûmeti, Rusya'daki iç harb esnasında Odesa Limanı'nı Sovyet kuvvetlerinin Limana girişlerinden kısa bir süre önce terkederek Marsilya Limanı'na gelen Ropit-Şirketi (Rus Deniz Nakliyat ve Ticaret Şirketi) gemilerinin iadesini talep etmiştir. Fransız mahkemeleri, Sovyet millileştirme tedbirlerinin Fransa'da tatbikinin mümkün olamıyacağı gerekçesiyle bu gemilerin Sovyet Hükûmetine iadesini reddettiler[161].

b) "Gerekli görülen hallerde" Türk hukukunun uygulanması (MÖHUK m. 5), kamu düzeninin *olumlu etkisinin* ortaya çıkmasını ifade eder[161a]. Bunun için, Türk hukuk nizamında behemahal tatbik edilmeyi isteyen hükümlerin bulunması gereklidir. Belirli bir olayda yabancı hukukun tatbikini haklı kılan devletler hususî hukukuna ait sebepler bulunsa dahi, bu yabancı hukukun tatbiki her şart altında geçerli olmak isteyen mahallî bir hukuk hükmüne *aykırı* olmamalıdır. Böylece burada mahallî hukuk hükümlerinin tatbikini gerektiren sebepler yabancı hukukun tatbikini haklı kılan sebeplerden daha kuvvetli olarak kendini kabul ettirmektedir. Bu durumun ilk görüntüsü, yabancı hukukun tatbikinin, bizim hukuk nizamımızın mahallî hükümlerde tezahür etmiş olan temel hukuk prensipleri ve hakkaniyeti anlayışıyla bağdaşmaması halidir. Fakat belirli olayı ihata eden bir mahallî norm mevcut olmasa dahi, yabancı hukuk kaidesinin tatbikiyle bizim hukuk nizamımızın temel kıymetlerinin ihlâl edilmesi de mümkündür. Böyle bir olayda da bizim için tahammül edilmez olan yabancı hukuk geri çevrilir ve onun yerine bizim kendi taleplerimize hizmet eden hükümler ikame edilir.

Türk hukukunda hile ve ikrah sebebiyle aktin feshine ilişkin hükümlerin, tatbiki gerekli yabancı hukukça tanınmasa dahi Türk hâkimi tarafından uygulanması gerektiği söylenebilir. Çünkü bu hükümler Türkiye'de daima geçerli olma niteliğine sahiptirler. Bunların dışında aile hukuku alanında ailenin temel yapısına ilişkin hükümler, meselâ evlilikte kadının yeri, çocuklarla ana baba arasındaki şahsî ilişkiler ve çocukların nesep durumları hakkındaki hükümler için de aynı şeyler söylenebilir.

Misal : Zaruret halinde bulunan ve mutad meskenleri Danimarka'da olan anne ve babasına bakmayı reddeden çocuk aleyhine Türk mahkemesinde na-

160) Tekmil bu kararlar için bkz. MAKAROV Grundriss 95 vd.

161) Trib. commerce Marseille, 23.4.1925 (Clunet 1926 331); Cour d'Aix, 23.12.1925 (Clunet 1926 667); Cass. Req. 5.3.1923 (Clunet 1928 674).

161a) Bu konu ile ilgili olarak "müdahaleci normlar" kavramı için bkz. yukarıda s. 56 vd..

faka talep edilmiştir. Taraflar Türkiye'de bulunmaktadırlar ve hepsi Danimarka tabliyetindedirler. Yetkili Danimarka hukuku çocuğun ana babaya karşı nafaka mükellefiyetini kabul etmediği için (18.5.1960 tarihli Çocukların Hukukî Durumu Hakkındaki Kanun No. 200, § 13-19), Türk hukukunun bunu temin eden hükümleri kamu düzeninin olumlu etkisi altında uygulanır.

Hangi nitelikteki mahallî hükümlerin kamu düzeninin olumlu etkisini meydana getirebileceği konusunda bütün olayları içerisine alabilen kesin bir *formül* verebilmek mümkün gözükmemektedir.

Alman hukukunda Alman Yargıtayı ve mahkemeleri böyle bir formülü geliştirmeye çalışmışlardır: "Devletler hususî hukuku hükümlerine göre uygulanması gereken yabancı hukuk ile Alman hukukunun dayandığı sosyal görüşler veya devlet politikasına ait görüşler arasındaki farklılık yabancı hukukun tatbikinin doğrudan doğruya Alman politik veya ekonomik hayatına tesir edebilecek derecede önemli bulunuyorsa" kamu düzeninin etkisi kendini gösterecektir[162]. Bu formül yetersiz görülerek genellikle redde uğramış[163] ve hatta çok dar olduğu Federal Mahkeme tarafından da kabul edilerek daha sonra şu formül verilmiştir[164]: "Belirli olayda yabancı hukukun tatbiki, sonuç olarak, Alman düzenlemesinin temel fikirlerine ve bu düzenlemede yatan hakkaniyet anlayışlarına, yabancı hukukun tatbikini **tahammül edilmez** hale getirecek derecede aykırı bulunuyorsa" kamu düzeninin olumlu madahalesi kaçınılmaz olur.

aa) Kamu düzeninin olumlu etkisini meydana getiren maddî hukuk kaideleri ile "örtülü" kanunlar ihtilafı kaidesi taşıyan hükümler birbirine karıştırılmamalıdır. Mahallî bir hukuk normu bizim için sanki Türk hukukuna yapılan bir atfı ihtiva eden "örtülü kanunlar ihtilafı kaidesi" niteliğini de taşıyorsa bu maddî norm karşısında yabancı hukukun tatbikinden vazgeçilir. Ancak bu nevi bir maddî normun tatbiki bağlanma unsurunun gerçekleşmesine bağlıdır. Para borcu Türkiye'de yerine getirilecek ise Borçlar Kanununun 83'üncü maddesi hükmü gereği, Türk parasıyla ödeme yapılır. Burada kamu düzeninin müdahalesi söz konusu olmayıp, örtülü bir kanunlar ihtilafı kaidesi gereği Türk maddî hukuk normunun tatbiki zarureti vardır.

bb) Daima tatbiki zarurî olan mahallî hukukun *emredici* normları ile kamu düzeni müdahalesi de aynı şey değildir, birbirinden ayırt edilmek gerekir. Mahallî maddî normların kamu düzeninin olumlu etkisini meydana getirebilmeleri için emredici nitelikte (jus cogens) olması şarttır. Fakat her emredici niteliğe sahip normun kamu düzeni müdahalesini meydana getireceği de söylenemez. Meselâ vasiyi belirli hukukî işlemler için vesâyet mahkemelerinin

162) Alman mahkemelerinin bu ve buna benzer formülleri için bkz. SOERGEL / KEGEL Art. 30 Bem. 10 vd..

163) Özellikle bkz. SOERGEL / KEGEL Art. 30 Bem. 13.

164) BGH 1968, BGHZ 50, 370, 375.

iznine bağlı tutan hükümler Türk hukukunda emredicidirler; fakat vesâyet statüsü izin gereğini tanımayan bir yabancı hukuk ise kamu düzeninin müdahalesinin şart olduğunu söylemek mümkün değildir. Aynı şey rüşt yaşını tesbit eden mahallî hukuk normu için de söylenebilir.

Bu itibarla mahallî bir normun emredici karaktere sahip olması, onu behemahal devletler hususî hukukuna ait kamu düzenini harekete geçiren bir norm haline getirmez.

> **Savigny** emredici kaideler ("jus cogens") içerisinde, fertlerin arzusuna terkedilmemiş olmakla beraber, "ahlâkî sebeplere veya genel refaha ilişkin sebeplere" dayanan normların özel bir yeri bulunduğunu kabul etmiştir. **Savigny**'ye iltihakla, Fransız ve İtalyan doktrininde **milletlerarası kamu düzeni** ile **mahallî kamu düzeni** arasında bir ayırım meydana getirilmiştir. "Milletlerarası" kamu düzeni yabancı maddî normlar karşısında da tatbiki gerekli olan emredici hukuk kaideleridir. "Mahallî" kamu düzeni ise sadece iç hukukta emredicilik vasfına sahip emredici hukuk kaidelerinden ibarettir.

cc) Mahallî hukukun *bazı düzenlemeleri* yabancı hukuk karşısında *genel olarak geçerlilik* niteliğine sahip olur.

> İlk önceleri **kamu hukukunun** ekseri normları, özellikle döviz mevzuatı, ithalat yasakları ve benzerleri bu nitelikte görülüyordu. Ayrıca **devlet müdahalesini** ortaya koyan yabancı hukuk hükümleri, ezcümle istimlâk hukuku kamu düzeninin müdahalesine uğramaktaydı. Ancak bu alanda milletlerarası kamu hukukunun müstakil kanunlar ihtilafı normları, burada kamu düzeninin etkisini azaltıcı şekilde geliştirildi; fakat yine de bu alanda kamu düzeninin müdahalesini göstereceği dar bir saha "hâlâ" mevcuttur[165].

III. KAMU DÜZENİNİN MÜDAHALESİNE İLİŞKİN BAZI ÖZELLİKLER

1. Kamu düzeninin müdahale edebilmesi yabancı hukukun *tatbikinin* kamu düzenini ihlâl etmesine bağlıdır. Yoksa yabancı hukukun bizim düzenlememize uygun olmaması kamu düzeninin müdahalesini gerektirmez. Şu halde bizim kanunî düzenlememize uygun olmayan yabancı kanunun tatbiki mümkündür. Buna karşılık bizim kanunî düzenlememize uygunluk gösteren bir yabancı kanunun tatbikinin kamu düzenimizin müdahalesine uğraması da ihtimal dahilindedir.

> **Misaller :** İran teb'alı bir musevi Türkiye'de menkul tereke bırakarak ölmüştür. Menkul tereke hakkında yetkili hukuk ölenin millî hukuku, yani İran hukukudur. İran hukuku musevi dinine ait ve sağ kalan eşe miras hakkı tanımayan

165) KEGEL IPR 67.

bir düzenlemeye sahiptir. Ölenin karısına miras hakkı tanımayan yabancı kanunun Türk mahkemesince tatbiki bizim hukukumuzdaki düzenlemeyle hiç uyuşmamasına rağmen kamu düzenimizin müdahalesine uğramaz[166].

Müslüman bir Faslı yine Faslı bir kadınla evlidir. Onun Türkiye'de ikinci bir kadınla evlenmesi mümkün değildir. Çok evliliğe müsaade eden bir hukuk kaidesinin tatbiki bizim temel hukuk anlayışımızla hiçbir şekilde bağdaşamaz. Fakat bu Faslı kendi ülkesinde evlenmiş ise Türk hâkimi ikinci, üçüncü, müteakip karının nafaka taleplerini kabul etmek mecburiyetinde olurdu. Çünkü bizim hukukumuz tarafından redde uğrayan çok evliliğin meydana getirdiği sonuç, yani nafaka talepleri kamu düzenimize aykırı olmadığı gibi hatta kamu düzenimizce tasvip görür.

Bir Türk vatandaşı İngiliz tabiiyetini iktisap ve müteakiben çocuğunu mirastan iskat etmiştir. Çocuk Türkiye'de mahfuz hisse talebinde bulunmuştur. Menkul tereke bakımından tabiiyet prensibi gereği (MÖHUK m. 22) İngiliz hukuku yetkilidir. Babanın İngiliz tabiiyetini sırf kendi oğlunun mahfuz hissesini bertaraf etmek için iktisap ettiği anlaşılırsa, Türk hâkim, mahfuz hisse ve iskat bakımından Türk hukuku ile bir uygunsuzluğu olmamasına rağmen, bu İngiliz hukuk kaidesini uygulamayabilir. Çünkü bu olayda bu kaidenin tatbiki ahlâka aykırılığı bakımından kamu düzenimizin müdahalesine sebebiyet verebilir.

2. Yabancı bir kanunun tatbiki bizim *ahlâk ve dürüstlük* anlayışımıza, toplumun temel görüşlerini ciddî şekilde sarsmasından korkulacak derecede aykırı bulunuyorsa kamu düzenimizin müdahalesi beklenebilir[167].

Misaller (FERID IPR 61) : 12 yaşındaki bir İspanyol kızı Türk evlendirme memuru önünde kendi millî hukukuna göre evlenmeye ehil olduğu gerekçesiyle (Codice Civil m. 83 I) evlenmek istediğinde, kamu düzeninin düşünülebilecek bir müdahalesi ahlâkî düşünüş tarzına bağlanabilir.

Bir New York'lu millî hukukuna göre üvey kızı ile evlenebilir. Böyle bir evlilik Türkiye'de yapılmak istendiğinde, tarafların evlenme ehliyeti hakkında kendi millî hukukları tatbik olunacaktır (MÖHUK m. 12). Bu evliliğin Türkiye'de yapılmasına kamu düzeni müdahale ederse, bu müdahalenin sebebi böyle bir evliliğin Türk toplumunun ahlâk anlayışını ihlâl etmesiyle izah edilebilir. Zamanla ahlâkî anlayış ve görüşler değişebilir. O takdirde kamu düzeninin müdahalesinde önceki ahlâkî anlayışın mı yoksa değişen şekliyle ahlâkî anlayışın mı dikkate alınacağı meselesi ortaya çıkar. Eğer önceki anlayış tercih edilirse, kamu düzenimizi ilgilendirmeyen ve geçerli olması gereken kaideleri bir kenara bırakmak tehlikesi doğar; buna mukabil değişen şekliyle bugünkü ahlâk anlayışından hareket edilirse ilgililere haksızlık yapmak tehlikesi doğar; zira taraflar hukukî işleme, meselâ evlenme aktine teşebbüs ederken, o anda geçerli bulunan ahlâkî anlayışı dikkate alırlar.

166) Yar. 2. HD., 15.10.1968 (YAZICI / ATASOY 791 vd.); Alman hukukunda: OLG Hamm, 29.4.1992 (IPRax 1/1994 49 vd.).

167) Yar. 2. HD., 31.3.1944 (BERKİ / ERGÜNEY 144-146)

Prensip olarak, hukukî işleme teşebbüs anındaki değil, fakat **hüküm zamanındaki kamu düzeni** anlayışı esas alınır: "public policy is the policy of the day"[168]. Bu prensibe rağmen, olaydan olaya şartları dikkate alarak doğruya ulaşmak zarureti vardır. Hiç şüphe yok ki, toplumun temel prensiplerine ait bulunan veya kendilerinden vaz geçilmesi mümkün olmayan prensipler söz konusu ise, bunlar ilgili olayın tahakkuku zamanında henüz oluşmamış olsalar da, dikkate alınmak mecburiyetindedir. Meselâ hukukî işleme teşebbüs edildiği zaman henüz yürürlükte bulunmasalar dahi döviz ilişkileri hakkındaki normlar dikkate alınmak mecburiyetindedir. Ancak bu konunun, kanunların geçmişe etkili olması meselesi ile de ilişkili olduğu dikkatten kaçırılmamalıdır.

Kanun değişikliğiyle (yasak olana müsaade edilmesi veya müsaade edilenin yasaklanması) veya milletlerarası sözleşmelerle veya genel anlayıştaki gelişme sonucu **kamu düzeni anlayışı değişebilir**. Bu nevi tekmil olaylarda kamu düzeninin müdahalesinde çok dikkatli ve özellikle ihtiyatlı olmak gerekir.

3. Anayasada yer alan *temel hakların* yabancı hukukun uygulanmasında da dikkate alınmasında kamu düzeni, daima büyük rol oynamaktadır. Türk mahkemesi yabancı kanunu tatbik ederken bu kanun hükümlerinin Anayasaya uygunluğunu göz önünde bulundurmak mecburiyetindedir. Ancak Anayasaya aykırılık halinde Anayasa Mahkemesi yolunun işleyebilmesi, her şeyden önce yabancı kanunların da Anayasaya uygunluk bakımından denetlenebilmesi fikrinin kabulüne bağlıdır[169]. Şurası muhakkaktır ki, temel hak ve hürriyetler bakımından Anayasada yer alan prensip ve kıymet hükümlerini belirli bir olayda tahammül edilmez bir şekilde ihlâl edebilecek yabancı kanun hükümlerini kamu düzeni müdahalesiyle önlemek mümkün ve zarurîdir.

Misaller : Bir İtalyan erkeğinin bir Türk kadınından zina mahsulü bir çocuğu oluyor. İhlâle uğrayan evlilik boşanma ile son buluyor ve zina mahsulü çocuk evlilik dışı çocuk olarak tesbit ediliyor. İtalyan Türk kadını ile evlendiğinde bu çocuğun sahih nesepli çocuk durumuna geldiğini iddia ediyor. Neseb durumuna İtalyan hukukunun tatbikinden hareket edildiğinde bu iddianın reddi gerekir, çünkü İtalyan hukukuna göre zina mahsulü çocukların ana babalarının daha sonra birbiriyle evlenmeleri, sona ermiş evlilikten olma çocukların bulunması halinde, çocuğun nesebini sahih hale getirmemektedir. İtalyan hukukunun bu hükmünün olayda Türk kamu düzeni ile bertaraf edileceğini söylemek mümkündür; çünkü zina mahsulü olan çocukların bu şekilde haksızlığa maruz bırakılması Anayasanın, aileyi Türk toplumunun temeli kabul eden anlayışına aykırı görülebilir.

Bir İsrail yahudisi Türkiye'de bir Türk kadını ile evlenmek istiyor. İsrail'li bakımından tatbiki gerekli yahudi evlenme hukuku (MÖHUK m. 12) yahudi ile yahudi olmayan arasındaki bir evliliği yasaklamaktadır. Burada da Anayasanın din ve ırk farklılığına dayanan böyle bir hükmün tatbikine kamu düzeni yardımıyla mani olunabileceği söylenebilir.

168) FERID IPR 66.

169) Bu konuda: NOMER Anayasa 563 vd..

Katolik bir İspanyol önceki evliliği geçerli bir şekilde bir Türk mahkemesinin boşanma kararıyla sona ermiş bulunan bir Türk kadını ile evlenmek istiyor. İspanyolun evlenme ehliyeti MÖHUK m. 12 gereği İspanyol hukukuna göre tayin edilir. Bu hukuk İspanyolun evlenmesine manidir, zira Türk kadının elde ettiği boşanma kararını İspanyol hukuku tanımaz (*) ve onun evliliğinin hâlâ devam ettiğinden hareket eder. Burada da İspanyol hukukunun tatbiki halinde evlenme temel hakkına ilişkin Anayasa hükmünün ihlâl edilebileceği kabul edilebilir. Ve dolayısıyla belirtilen gerekçe ile evliliğin yapılmasına mani olunamaz[170].

4. Kamu düzeninin müdahalesinde hususî hukuk normlarının *hüsnüniyet prensibine* dayanan hükümleri de genellikle sebep teşkil edebilir. Bu nevi hükümler ahlâka aykırılık fikrini de çoğu kere birlikte düşünmeye sevkeder. Meselâ hile ve ikrah sebebiyle aktin feshine ilişkin hükümler, fahiş cezaî şartın tenzilini gerektiren hüküm bu niteliktedir. Yukarıda temel haklar dolayısıyla verilen misallerde yer alan olayların Anayasa hukuku ile doğrudan doğruya bir ilişkisinin bulunduğu kabul edilmese dahi, evlilik içerisinde kadının yeri, ana babanın çocuklar ile olan şahsî ilişkileri, özellikle çocukların yetiştirilmesi ve himayesi gibi ailenin temel unsurlarına ilişkin aile hukuku hükümlerinin buraya da ait bulunduğu gözden kaçırılmamalıdır.

5. Yabancı hukuk kaidesinin, bir hukuk normu olarak kamu düzeninin müdahalesine uğraması söz konusu değildir. Aksine yabancı hukuk kadesinin tatbikinin "ülkede" tahammül edilmez şekilde kamu düzenini ihlâl etmesi aranır. Bu bakımdan kamu düzeni müdahalesinin ortaya çıkabilmesi için, hükme konu olan maddî münasebetin belirli bir ölçü içerisinde, *ülkeyle ilişkisinin* bulunması şarttır. Prensip olarak yabancı ülkede etkisini gösteren ve yabancı ülkede, yabancı hukuka tâbi olarak yapılan işlemler Türk hukukunu ve Türk kamu düzenini ilgilendirmez. "Ülke ile ilişki arttıkça kamu düzeninin müdahale etmesi ihtimali de o ölçüde büyür"[171].

Maddî münasebet **çok eskide** kalmış ve bu sebeple durum istikrara kavuşmuş ise artık kamu düzeninin müdahalesi etkisini büyük ölçüde kaybeder. Meselâ 1918 yılında Bolşevikler tarafından müsadere edilmiş sanat eseri tablolar, sergilendirilmek üzere bugün İstanbul'a getirildiklerinde, 1918 yılının müsadere kurbanlarının mirasçıları müsaderenin bedelsiz olması sebebine dayanarak kamu düzeni müdahalesini beklemeleri olumlu sonuç vermez. Burada kamu düzeni anlayışının zamanla değişmesi meselesinden farklı olarak durumun kazandığı istikrarın kamu düzeninin etkisini zayıflatması da söz konusudur.

(*) Yapılan değişiklikle, 7.7.1981'den beri yabancı ayrılık ve boşanma kararlarının İspanyol hukukunda tanınması temin edilmiştir (C.c. m. 107 II).

170) Bu konuda ve mevcut farklı düşünceler için bkz. NOMER Yeni Evlilik 483 vd..

171) DÖLLE IPR 107.

Önmesele olarak ele alınan hukukî münasebetlerde de kamu düzeninin müdahalesi pek mümkün değildir. Çünkü burada da yabancı hukukun bir **tatbiki** söz konusu olmamaktadır. Meselâ ilk evliliğini gizleyerek ikinci defa Türkiye'de bir evlilik yapan bir İranlının bu ikinci evliliğinin kamu düzeni müdahalesine uğraması mümkün iken yıllar sonra onun ölümünde ikinci evlilikten doğan çocukların miras hakları ihtilaf konusu olduğunda bir ikinci evliliğin geçerliliği önmesele olarak halledilirken kamu düzeni etkisinden uzak kalır.

6. Bazı hukuk nizamları genel kamu düzeni müdahalesi yanında kanunlarında *belirli konular* için mahallî hukukun istisnasız tatbikini temin eden *özel ihtirazî kayıtlar* koymuşlardır. Bunlar belirli konularda kanunlar ihtilafı kaidesi gereğince tatbiki icap eden yabancı hukuku bertaraf etmeleriyle belirlenirler.

Bu nevi özel ihtirazî kayıtlara genellikle **Alman hukukunda** rastlanmaktadır: Meselâ,

EGBGB [eski] m. 12 : "Almanya dışında ika olunan bir haksız fiilden dolayı bir Alman'a karşı, Alman kanunlarının kabul ettiğinden daha geniş talepler ileri sürülemez." Veya, EGBGB m. 13 III : "Almanya'da yapılan evlenmelerin şekli münhasıran Alman kanunlarına göre tayin edilir."

Görüldüğü gibi bu özel kayıtların bazısı kendisinden talepte bulunulanın vatandaşlık sıfatına bağlı olarak mahallî hukuka imtiyaz tanır (m. 12). Diğer bir kısmı ise, gerçek özel bir ihtirazî kayıt niteliğinde olarak[172], tarafların vatandaşlığına veya yabancılığına bakmaksızın, mutlaka ve şartsız mahallî hukuku tercih ederler (m. 13 III).

Hukuk politikası bakımından bu özel kamu düzeni kayıtlarının faydası üzerinde hukukçular arasında birlik yoktur. Bazıları[173] bunları tasvip etmezler. Çünkü bunlar devletler hususî hukuku hakkaniyetini feda ederek makbul bir sebep olmaksızın mahallî hukukun tatbik alanını kaide olarak genişleten istisnaî hükümlerdir. Bu sebeple genel kamu düzeni müdahalesi yeterlidir. Buna mukabil bu nevi özel kayıtların faydası da şöyle ifade ediliyor[174]: bunlar kısmen genel kamu düzeni müdahalesinin gerçek somutlaşma şeklidir, kısmen de sadece vatandaş veya mahallî hukukî işlem güvenliği menfaatine hizmet eden himaye kayıtlarıdırlar.

7. Yabancı hukukun tatbikini kabul eden *milletlerarası* sözleşmelerde kamu düzeni müdahalesini bertaraf etmek veya kullanılmasını zorlaştırmak için gayretler sarfedilmiştir. Çünkü kamu düzeni müdahalesiyle sözleşme hükümlerinin kolayca bir kenara itilmesinden korkulmaktadır. Bununla beraber ülkelerin kamu düzeni müdahalesinden vaz geçmeye henüz hazır olmadıklarını tecrübeler göstermiştir.

172) MAKAROV Grundriss 100.

173) KEGEL IPR 64, 244; ve sonuç olarak: MAKAROV Grundriss 101.

174) NEUHAUS Grundbegriffe 1976 384.

Devletler hususî hukukuna ait meselelerle meşgul olan milletlerarası sözleşmelerin bir kısmında genel bir kamu düzeni kaydı bulunur; bu kayıt, söz konusu sözleşmeye göre uygulanması gerekli hukuk nizamına ait hükümlerin âkit devletlerin kamu düzenine ilişkin mahallî normları karşısında uygulanmaması gerekeceği manasını taşır[175].

Fakat son yıllarda La Haye Konferanslarında hazırlanan sözleşmelerde kamu düzenini sınırlayan bir formül kullanılmaya başlandı: Sözleşmeye göre uygulanması gerekli hukuk ancak, bu hukukun lex fori'nin kamu düzeni ile **aşikâr uyuşmazlık** ("manifestement incompatible") halinde olması şartıyla bertaraf edilebilecektir[176]. Şüphesiz burada da tatbiki gerekli yabancı hukuk normunun mahallî kamu düzenine aykırılığının "aşikâr" olup olmadığını, sözleşmeyi tatbik etme durumunda olan mahkeme veya idarî makam tesbit ve takdir edecektir. Buna rağmen bu "aşikâr uyuşmazlık", genel kamu düzeni kaydına nisbetle kamu düzeni müdahalesini daha sınırlayıcı bir formül olarak tercih edilmelidir (MÖHUK m. 5 : "açıkça" aykırılık).

Yine La Haye sözleşmelerinin de içerisinde bulunduğu bazı milletlerarası sözleşmelerde kamu düzenine ilişkin bir hüküm yer almaz. Bu durumda sözleşmeye göre yetkili olan yabancı hukukun âkit devletlerin kamu düzeni karşısında gerileyip gerilemeyeceği meselesi gerek doktrinde gerekse tatbikatta önemli fikir ayrılığına sebep olmuştur[177]. Burada açık milletlerarası sözleşmelerle kapalılar arasında bir ayırım yapılması gerektiği, kapalı sözleşmeler için kamu düzeni müdahalesinden âkit devletlerin vaz geçtiklerinin kolayca kabul edilebileceği, buna mukabil açık sözleşmelerde sözleşmeye taraf olan ülkelere kamu düzeni müdahalesiyle kendi hukuk nizamlarının uygulanması imkânının tanındığından hareket edilebileceği fikri de doktrinde müdafaa edilmektedir[178].

IV. KAMU DÜZENİ MÜDAHALESİNİN SONUÇLARI

Mahallî hukuk nizamında uygulanma alanı içerisine giren her olayda behemahal tatbik edilmeyi isteyen hükümler (kamu düzeninin olumlu etkisi) bir

175) Meselâ 19.3.1940 tarihli Montevideo Andlaşmalarına ekli Protokol m. 4 (MAKAROV Quellen II 118); 18.6.1903 tarihli Kolombiya ile Ekvator arasındaki Devletler Hususî Hukukuna ait Sözleşme m. 53 (MAKAROV Quellen II 126); Devletler Hususî Hukuku Hakkında Müşterek bir Kanuna Geçiş ile ilgili 11.5.1951 tarihli Benelux-Sözleşmesi m. 26 (MAKAROV Quellen II 136); 15.6.1955 tarihli Menkul Şeylerin Milletlerarası Satımlarında Tatbik Edilecek Hukuka İlişkin La Haye Sözleşmesi m. 6 (MAKAROV Quellen II 530).

176) Meselâ: Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Kanuna Dair 24.10.1956 tarihli Sözleşme, m. 4 (RG. 24 Aralık 1971 - 14052); Küçüklerin Korunması Alanında Makamların Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk Hakkında 5.10.1961 tarihli Sözleşme, m. 16 (RG. 21 Ocak 1983 - 17966); Ölüme Bağlı Tasarrufların Şekline İlişkin 5.10.1961 tarihli Devletler Hususî Hukuku Sözleşmesi, m. 7 (RG. 17 Ocak 1983 - 17931).

177) Bu konuda bkz. MAKAROV Die Haager internationalprivatrechtlichen Abkommen und die Vorbehaltsklausel: Fschr Max Gutzwiller 1959 303 vd.

178) MAKAROV Grundriss 102 vd..

yana bırakılacak olursa, genel olarak kamu düzeninin müdahalesi yabancı hukuk kaidesinin tatbikini *önlemek* şeklinde ortaya çıkar. Yetkili yabancı hukuk normunun tatbik edilmemesi halinde, onun yerine hangi hukuk kaidesinin uygulanacağı, diğer bir söyleyişle yetkili hukuk normunun bertaraf edilmesiyle ortaya çıkan *boşluğun hangi ikame hukuk normuyla* doldurulacağı bir problem teşkil eder.

Burada iki görüş mevcuttur. Birine göre yabancı bir hukuk normunun kamu düzenine istinatla bertaraf olması lex fori'nin tatbiki sonucunu hâsıl eder. Bu görüş **Fransa**[179] ve **İtalya**'da[180] ekseriyetle, **İsviçre**'de[181] de kısmen temsil edilir. Diğer görüşe göre, kamu düzeninin müdahalesiyle meydana çıkan boşluğun prensip olarak lex fori ile doldurulması söz konusu değildir: Boşluk öncelikle ilgili yabancı hukuk tarafından bizzat doldurulmalıdır. **Alman** doktrininde genellikle tasvip gören[182] bu görüş, Alman Temyiz Mahkemesinin bir kararına[183] dayanır:

Karar: İsviçre hukukuna göre, Alman hukukunda olduğu gibi alacak hakları zamanaşımına tâbidirler. Ancak İsviçre hukukunda bazı alacak hakları istisnaen zamanaşımına uğramazlar. Alman hâkiminin zamanaşımına tâbi olmayan böyle bir alacak hakkında karar vermesi mecburiyetinde kalması üzerine; Alman Temyiz Mahkemesi İsviçre hukukunun bazı alacakların zamanaşımına uğramazlığı hükmünün kamu düzeni sebebiyle uygulanamıyacağına karar verdi. Ancak bunun üzerine Alman zamanaşımı hükmünün tatbik edileceği sonucuna da varmadı. Temyiz Mahkemesine göre, Alman hâkimi boşluğun İsviçre hukukundan hareketle doldurulup doldurulamıyacağını, bu halde İsviçre hukukunun genel zamanaşımı süresinin tatbik edilebilip edilemiyeceğini tetkik etmelidir. Bunun sonucu zamanaşımına Alman hükümlerinin değil, aksine yabancı hukukun genel nitelikteki zamanaşımı hükümlerinin tatbik edilmesi gereği ortaya çıkar. Ve böylece yabancı hukukun istisnaî mahiyetteki belirli alacakların zamanaşımına tâbi olmamaları hükmü yerine aynı hukukun genel zamanaşımı hükmü uygulanır. Bu kararla, Alman Temyiz Mahkemesi İsviçre hukukunun genel zamanaşımı hükmünü, bu hükmün uygulama alanı dışında bırakılmış bir olaya da teşmil etmiş olmaktadır[184].

179) BATIFFOL / LAGARDE I 1974 No. 364 s. 455; LEREBOURS - PIGEONNIERE (Loussouarn), Droit international privé 1970 No. 381, s. 464; MAURY L'ordre public en droit international privé français et en droit international privé allemand: Revue critique 1954 24; LAGARDE Recherches sur l'ordre public en droit international privé 1959 No. 172 vd., s. 201 vd..

180) MORELLI Elementi di diritto internazionale privato 1959 81; MONACO L'efficacia della legge nelli spazio (Diritto internazionale privato) 1964 102 vd.; Giorgio BADIALI Ordine pubblico e diritto staniero 1963 285 vd..

181) Charles KNAPP Essai sur la sauvegarde de l'orde public et la protection des faibles en droit international privé, Mélanges François Guisan 1950 191 vd..

182) Bkz. RAAPE IPR 99; NUSSBAUM Deutsches IPR 69; LEWALD Das deutsche IPR auf Grundlage der Rechtsprechung 1931 36; FRANKENSTEIN IPR I 231; MAKAROV Grundriss 100; DÖLLE IPR 112/113; FERID IPR 68; FIRSHING Einführung 1974 61; ve İsviçre hukukunda SCHNITZER IPR I 237.

183) RG 19.12.1922 (RGZ 106, 72).

184) KEGEL IPR 243.

Misal : Fransa'da ikamet eden Türk vatandaşı bir avukat yine Fransa'da yaşayan ortodoks rum asıllı bir Türk vatandaşının Türk makam ve mahkemeleri önünde işlerini takip etmek üzere temsil yetkisini almıştır. Fransız hukukuna tâbi bulunan vekâlet aktinde bir vekâlet ücreti kararlaştırılmıştır. Ancak bu ücret anlaşması Avukatlık Kanunu m. 164 III hükmü gereği kamu düzenine aykırıdır. Ancak bu aykırılık, vekâlet ücretinin Türk hukukundaki Asgarî Ücret Tarifesine göre hesaplanacağı anlamına gelmez. Burada, bir sözleşmeden hareket edilemediğine göre, Fransız hukuku çerçevesinde avukatın hangi miktarda ücrete hak kazanmış olduğunun tetkiki ve ona göre karar verilmesi gerekir[185].

Böyle bir çözüm, yine Alman hukukunda tenkide uğramıştır. **Kegel** bu çözümü yabancı hukuka haklı olmayan bir tecavüz kabul etmiş ve bu gibi olaylar için Alman devletler hususî hukukunda maddî normlar teşkil edilmesini teklif etmiştir. Meselâ, ona göre, zamanaşımına uğramazlık söz konusu ise, bunun yerine "bizim hissimizin kabul edebileceği en uzun zamanaşımı süresi (meselâ 50 yıl)" kullanılmalıdır. Böylece asgarî ölçüde yabancı hukuka tecavüz edilmiş olunur[186]. Bununla beraber yapılan teklif pratik bakımdan uygun görülmemiş ve burada yabancı hukukta yapılan bir "intibak" olayından vaz geçilemiyeceği ifade edilmiştir[187].

Yabancı hukukun bir normu kamu düzeni sebebiyle tatbik edilemiyorsa, doğan boşluğun yine yabancı hukukun hükümleriyle doldurulması bir *prensip* olarak kabul edilmek gerekir. Ancak yabancı hukuka ait ilgili hükümler bütünü ile bizim kamu düzenimizin müdahalesine uğrayarak tatbik imkânından mahrum kalıyorsa, o zaman bizim kendi hukukumuzun uygulanması veya zaruret halinde genel hukuk prensiplerine başvurulmasından başka çare yoktur.

Misal (FERID IPR 68) : İtalyan hukuku tanıma yok ise babalığın mahkemece tesbiti müessesesini (herkesçe malûm metres hayatı yaşama, kaçırma, ırza geçme gibi çok sınırlı istisnaî durumlar haricinde) prensip olarak kabul etmemektedir. Bu bizim için bütünü ile tahammül edilmez bir düzenleme sayılabilir. Burada İtalyan hukukunun bu düzenlemesi tatbik edilirse, çocuğu bizim hukuk sistemimize nazaran çok daha kötü bir duruma sokan, İtalyan hukukunun evlilik dışı çocuk statüsüne bağlamış oluruz. Çünkü İtalyan hukukunda tanımada ve istisnaen kabul edilen babalığın mahkemece tesbitinde çocuk ancak isim ve tabiiyet haklarına ilişkin sonuçlar elde edebilmektedir. Üstelik (**Kegel**'in dediği gibi), yabancı hukuk faydasız olarak derin şekilde tecavüze uğramış olacaktır. Bu itibarla, İtalyan hukukuna nisbetle çocuk için daha kötü bir durum meydana getirmediği sürece, İtalyan nesep hukuku yerine mahallî hukuku (lex fori) tatbik etmek en doğru çözüm olur.

185) Benzer bir olayda Alman Temyiz Mahkemesi aynı sonuca varmıştır (BGH: IPRspr. 1968/69 No. 445, s. 638).

186) KEGEL IPR 243.

187) FERID IPR 68; MAKAROV Grundriss 99. Ayrıca bkz. NEUHAUS Grundbegriffe 1962 270 vd. ve biraz farklı şekilde: 1976 388 vd..

V. YABANCI KAMU DÜZENİ

Türk hâkimi prensip olarak yalnız kendi ülkesinin kamu düzenini dikkate alabilir. Yabancı bir hukukun kamu düzeni müdahalesi Türk hâkimini hiçbir şekilde ilgilendirmez.

Misal : Atinalı iki ortodoks yunanlı Paris'de kilise hukukuna uygun olarak ortodoks papazı önünde evleniyorlar. Bir Türk hâkimi evliliğin geçerliliği hakkında karar vermek durumundadır. Türk devletler hususî hukukuna göre evlenmenin maddî şartları yönünden Yunan hukuku söz sahibidir. Şekil bakımından locus regit actum prensibi yanında lex causae'nın aradığı şekilde yapılan evlenmelerin de geçerli olduğu kabul edilebilseydi[187a], Yunan hukuku bakımından olayda geçerli bir evlilik meydana gelirdi. Ancak Yunun hukuku ve onun tatbiki Fransız kamu düzenini ihlâl eder. Fransız hukukuna göre evlilik mevcut olmayan bir evlilik niteliğindedir. Türk hâkimi, kendi hukukunda da Türkiye'de yapılacak evlenmenin münhasıran Türk hukukunun şekil şartlarına uyularak yapılması emredildiği halde, Fransız hukukunun kamu düzenini dikkate almıyacağı için Paris'te lex causae'ya uygun olarak yapılan evliliği geçerli kabul edecek idi.

İstisna olarak yabancı hukukun kamu düzeninin de dikkate alındığı olayların olabileceği kabul edilmiştir. Ancak bu olaylarda da aslında mahallî hukukun veya mahallî kamu düzeninin söz sahibi olduğu görülmektedir;

(a) Yabancı hukuk devam eden atıf sonucu tatbikî gerekli bir hukuk ise, bu hukukun tatbikinde bizim kanunlar ihtilafı kaidemizce yetkilendirilen yabancı hukuk nizamının kamu düzeninin dikkate alınması gerektiği ileri sürülmektedir[188].

Misal : Hıristiyan bir Avusturyalı ile yahudi bir Letonyalı kız 1918'den önceleri evlenmişler ve daha sonra İtalyan vatandaşlığına geçmişlerdir. Türk hâkimi önünde evliliğin geçerliliği söz konusudur. Evlenme ehliyeti bakımından evlenme anındaki millî hukukları nazara alan özel bir hükmün (m. 12 I) bulunmaması ihtimalinden hareket edilecek olursa; evliliğin geçerliliği hakkında tarafların millî hukuku olan İtalyan hukuku dikkate alınmak gerekir (m. 3). İtalyan hukukunun evlilik anındaki millî hukuklara, yani Avsuturya hukuku ile Letonya hukukuna atıfta bulunduğu görülür. O zamanki Avsuturya hukuku böyle bir evliliği geçerli kabul etmez. Çünkü Avsuturya hukukuna göre hıristiyan ile hıristiyan olmayanlar aralarında geçerli bir evlilik yapılamazdı (1918 yılına kadar yürürlükte kalan ABGB § 64). Ancak İtalyan kamu düzeni böyle bir evlenme maniinin kabulünü önler ve bizzat atıfta bulunduğu Avusturya hukukunun tatbikine mani olur. İşte burada Türk hâkimi bu kamu düzeninin müdahalesini kabul edecektir. Çünkü kanunlar ihtilafı hukukumuzca yetkilendirilen

187a) Türk hukukuna göre, Fransız hukukunun müsaade etmesi halinde Yunan hukukunun şekil şartına uygun yapılmış evlenmeler geçerli olabilir (MÖHUK m. 12 I); bkz. ileride s. 212 vd..

188) DÖLLE IPR 114; ayrıca bkz. FERID IPR 69.

hukuk İtalyan hukukudur. Ve Avusturya hukuku ancak İtalyan hukukunun kabul ettiği ölçüde tatbik edilebilme imkânına sahiptir. Bu bizim hukukumuzun isteğidir.

Bu olayda İtalyan hukukunun kamu düzeninden hareket edilmek yerine, doğrudan doğruya Türk kamu düzeninin yardımıyla aynı sonuca varılabilmesi ihtimali de gözden uzak tutulmamalıdır[189].

(b) Nihayet yabancı hukukun kamu düzenine aykırılık, aynı zamanda Türk toplumunun ahlâk ve dürüstlük anlayışını da ihlâl etmekte ise, yine yabancı kamu düzeninin müdahalesi dikkate alınır. Ancak burada gerçekte sadece Türk kamu düzeni etkisini göstermiş olmaktadır.

Misal (DÖLLE IPR 114) : Londra'da oturan bir Fransız yine Fransız vatandaşı olan çocuklarını kanunî miras hakkından mahrum edebilmek maksadıyla İngiliz vatandaşlığına geçer. Ve daha sonra çocukları hiç dikkate almaksızın vasiyette bulunur. Menkul tereke hakkında karar vermek durumunda olan Türk hâkimi, murisin millî hukuku olan İngiliz hukukundan hareket etmek (MÖHUK m. 22), fakat İngiliz miras hukukunu, çocukları Code civil'in tanıdığı portion reservée'den mahrum ettiği nisbette tatbik etmemek zorundadır. Bu durumda, Türk hâkimi murisin hileli statü değişikliğinden önceki millî hukuku olan Fransız hukukunu dikkate almış olmaktadır. Şu halde olayda İngiliz hukukunun tatbikine mani olan Fransız kamu düzeni Türk hâkimince nazara alınmaktadır; bunun sebebi ise bu kamu düzeni müdahalesinin Türk toplumunun ahlâk anlayışına da uygunluk göstermesidir.

Bu nevi olaylarda çoğunlukla "kanuna karşı hile" probleminin de birlikte ortaya çıktığı hatırlanmalıdır.

189) FERID IPR 69.

§ 14. YABANCI HUKUKUN TATBİKİ

I. GENEL OLARAK

Devletler hususî hukukunun varlığı, kanunlar ihtilafı kaidelerinin yabancı bir hukukun tatbikini emrettiği durumlarda kendisini hissettirir. Ve bunun sonucu olarak, yabancı hukuk mahkemece tatbik edildiği takdirde devletler hususî hukukunun varlığı fiilen ortaya çıkmış olur.

1. Bizim kanunlar ihtilafı kaidemiz yabancı bir hukukun tatbikini istemekte ise, bu, somut olayda *bizim* yabancı hukuku olayın çözümünde kendi hukukumuza nazaran daha uygun gördüğümüz düşüncesine dayanır.

Yabancı hukukun tatbiki, diğer bir devlet veya devletler topluluğu karşısındaki hukukî veya ahlâkî bir mükellefiyete istinad etmemekte, aksine her kanun koyucunun kendi hukuk anlayışına ve hukuk şuuruna terkedilmiş olmaktadır. Bununla beraber her kanun koyucunun kendi hukukuna tâbi fertler karşısında, hakkaniyeti (veya adaleti) tesis etmek mükellefiyetinden bahsetmek mümkündür. Bunun gerekçesi, devletlerin, kendi ülkesi için hukuk nizamları tesis etmedeki devletler hukukuna ait yetkinin **keyfîlik** anlamına gelmemesinde bulunur. Aslında devletlerin bu yetkisi, hukukî ilişkinin tarafları bakımından en haklı ("âdil") ve en uygun[190] olan hukuk nizamının tesbitinde diğer devletler hukuku süjelerinden bağımsızlığı manasına gelir.

Bununla beraber hususî hukuk süjelerinin hukukî ilişkilerinde kanun koyucunun daima kendi koyduğu hukuk nizamı üzerinde ısrar etmesi, kendi hukuk nizamının hükümleri mücerret olarak daha âdil ve uygun olsa dahi, hukukî ilişkinin tarafları bakımından âdil ve uygun olmayan sonuçlara götürebilir. Böylece kanun koyucunun, diğer bir ülkenin kendisine has özellikleri bakımından belirli bir hukukî ilişkide daha âdil ve daha uygun bir hukuk nizamına sahip olabileceğini kabul etmesi zarurî ve normaldir. Bu itibarla her kanun koyucunun, adaleti tesis ile mükellef olduğu taraflar karşısında, yabancı ülkede mevcut hukuk nizamını da dikkate alarak, hukukî ilişkilerde **gerektiğinde** kendi maddî hukuk normunu bir yana bırakıp, yabancı maddî hukuk normuna

190) Burada uygunluk, **gerçeğe** ve **gayeye uygunluğu** ifade eder; BEITZKE Betrachtungen zur Methodik im Internationalprivatrecht, Rechtsprobleme in Staat und Kirche: Fschr Rudolf Smend 1952 16.

tatbik alanı tanıması icap eder. Kanun koyucu bunu yaparken en âdil ve en uygun maddî hukuk normunun vaz'ını emreden ahlâkî mükellefiyetini de yerine getirmiş olur[191].

2. Bir kanunlar ihtilafı kaidesi yabancı hukukun tatbikini emrediyorsa, bu, gerçekten *yabancı* bir hukukun tatbik edilmesi anlamına gelir. Yetkilendirilen yabancı hukuk, bizim kendi, millî hukukumuz olmayıp, *yabancı* bir hukuktur. Bu tesbitin teorik önemi yanında, özellikle meydana getirdiği pratik sonuçları çok daha önem taşır.

Yabancı bir hukuk kaidesi hukukî norm olabilme karakterini kendi hukuk nizamından alır, ancak yabancı bir hukuk kaidesi olarak tatbik edilebilme imkânını mahallî kanunlar ihtilâfı kaidelerinden, başka bir söyleyişle, mahallî kanun koyucudan elde eder. O halde yabancı hukuk, mahallî hukuk haline gelmez, **yabancı** hukuk olarak tatbik alanı kazanır.

Yabancı hukuk kaidesi hiç şüphesiz kendi menşe ülkesinde bir hukukî norm karakterine sahiptir. Umumî bir kaidenin bu karakteri, bu kaide kendisini vaz'eden devlet otoritesinin hâkimiyet alanı dışında tatbik edilse dahi kaybolmaz. Yabancı hukukî norma tatbik alanı tanındığında, hâkim, yabancı hukuk normunu, aynen kendi hukukunu tatbik ederken yaptığı gibi, kendisine arzedilen maddî hukuk ilişkisine uygulayabileceği kaideyi istihraç edeceği umumî ve mücerret bir norm olarak mütalâa eder. Şu halde yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kaidelerinin emriyle "yabancı hukuk" olarak nazara alınması, ona bir **yürürlük** karakteri tanınması meselesi olmaktadır. Yabancı hukuk, **hukuk** olarak, fakat **yabancı hukuk** olarak kalmakta ve hâkim tarafından kendi kanunlarının emri gereği tatbik edilmesi onu "mahallî hukuk" yapmamaktadır[192].

3. Hâkimin hukuku bilme mecburiyetini ifade eden *jura novit curia* kaidesi bir faraziyedir ve yabancı hukukun tatbik edildiği olaylarda geçerli değildir. Gerçekten kendi hukukunu bilmesi dahi hâkim için bir faraziyeden ibaretken, yabancı bir hukuku da bildiğinden hareket etmek veya ondan yabancı hukuku öğrenmesini istemek mümkün değildir. Bir faraziye olarak dahi hâkime yabancı hukuku bilmek mecburiyeti yüklenemiyeceğine göre, bu hukukun tesbiti kendine has bir usule tâbi olacaktır.

Hâkimin hukuku bilmesi bir faraziye olduğuna ve hâkime hukuk kaidelerini **araştırıp** tesbit edebilmesi için usul hukukuna ait hiçbir imkân tanınmadığına göre, hâkim fiilen bilmediği bir hukuk kaidesini ve anlamını ancak delile ve isbata ihtiyaç göstermeyen **özel** bir araştırma sonucu bulabilir. Hâkimden böyle dava dışı özel bir araştırmayı sadece kendi millî hukuku için beklemek imkânı vardır. Buna karşılık böyle özel araştırma imkânını yabancı hukuk için de beklemek, yani hâkimin hukuku bildiği faraziyesini yabancı hukuku da içerisine alacak şekilde genişletmek, doğrudan doğruya bir imkânsızlığa ulaşır[193].

191) NOMER Yabancı Kanun 29 vd..

192) NOMER Yabancı Kanun 32 vd..

193) RIEZLER 491.

II. YABANCI HUKUKUN TESBİTİ

Devletler hususî hukuku kaidelerinin işleyebilmesi, bu kaidelerle tatbiki emredilen yabancı hukuk hükümlerinin tesbit edilebilmesine bağlı kalmaktadır. Bu sebeple yabancı hukukun muhtevasına ulaşılabilme *usulü* devletler hususî hukukunun varlığına ve özellikle uygulama şekline geniş ölçüde tesir edebilen önemli bir unsur teşkil eder. O kadar ki, yabancı hukukun muhtevasını tesbit imkânı devletler hususî hukukunun bir *temel meselesi* ve "gizli kralı"[194] kabul edilmiştir.

Devletler hususî hukukunun can damarını teşkil eden "*yabancı* hukukun muhtevasını tesbit usulü", yabancı hukuku araştırma ve bulabilme imkânı verdiği ölçüde başarılı sayılabilir.

1. Yabancı hukukun muhtevasını tesbit usulü, yabancı hukukun tatbik edilmesi *gereğini* tayin ile başlar. Bu, yabancı hukukun tatbik edileceğini *hâkimin* mi, yoksa tarafların, daha doğrusu *ilgili tarafın* mı tayin ve tesbit edeceği meselesidir.

a) Türk kanunları uyarınca *"re'sen"* hüküm vermek mecburiyetinde olan hâkim (HUMK m. 76 c. 1), kendi kanunlar ihtilafı kurallarını da re'sen uygular (MÖHUK m. 2 I). Bu konuda ne doktrinde ne de mahkeme tatbikatında tereddüt görülmüştür[195]. *Türk usül hukukunda* tarafların veya ilgili tarafın yabancı bir kanunun tatbikini ileri sürmesi gerekli değildir. Hâkim aynen maddî hukukunda olduğu gibi, tatbiki gerekli yabancı kanunu devletler hususî hukuku kaidelerine göre tesbit eder. Bu hâkimin *resmî görevidir*[196]; jura novit curia.

> Kanunlar ihtilafı kaidelerinin tarafların iradesine itibar ettiği konularda, tatbiki gerekli hukukun taraflarca veya ilgili tarafça ileri sürülmesi zarurî olabilir. Bu özellikle akit statüsü alanında ortaya çıkabilir. Türk kanunlar ihtilafı hukukunda akit statüsü alanında tarafların iradesine bir bağlama kaidesi niteliği tanınabildiği ölçüde[197] (akitlerde irade muhtariyeti), tarafların veya ilgili tarafın seçmiş oldukları hukuka istinad etmeleri, bu hukukun belirlenmesi için aranabilir. Aksi halde hâkimin kanunlar ihtilafı kaidelerinin göstermiş olduğu yabancı hukuku tatbik etmek mecburiyeti devam eder. Taraf iradesine hiçbir rol tanımayan devletler hususî hukuku kaidelerinin tatbikinde taraf iradelerinin hiçbir etkisi yoktur. Tarafların şu veya bu yabancı kanunun tatbikini istemeleri veya istememeleri[198] veya ihtilaf konusu hakkında Türk maddî hukuku kaide-

194) KEGEL Zur Organisation der Ermittlung ausländischen Privatrechts: Fschr Nipperdey I 1965 462.

195) NOMER Yabancı Kanun 49 n. 116'da zikredilen müellif ve mahkeme kararlarına bakınız.

196) BERKİ 44; Yar. 11. HD., 16.9.1997 (E. 5344/K.5910): YKD 198-5/1998 674.

197) Bkz. NOMER Hakemlik 520 vd. (523); MÖHUK m. 24 I.

198) Yar. 2. HD., 11.5.1967 (YAZICI / ATASOY 242).

lerinin tatbikinde ittifak etmeleri önemli değildir. Türk kanunlar ihtilafı kaideleri yabancı bir hukukun tatbikini emrettiği takdirde, tarafların iradelerine bakılmaksızın, bu yabancı hukuk hâkim tarafından tatbik edilmek mecburiyetindedir.

b) Kanunlar ihtilafı kaideleri *bağlanma noktaları* kullanır. Bu bağlanma noktaları bir takım vakıalardan ibarettir. Kanunlar ihtilafı kaidelerinin nazara alınmasını *hukuken* temin eden bu vakıaları da hâkimin re'sen tesit etmek mecburiyeti, üzerinde durulması gereken bir konudur. Çünkü hâkim bağlanma noktalarını teşkil eden vakıaları bizzat tesbit edememekte ise, bunların ilgili tarafça iddia ve isbatı şart olacaktır.

Türk hukukunda maddî vakıaların ilgili taraflarca dermeyan edilmesi mecburiyeti ve hâkimin taraflarca ileri sürülmeyen vakıaları re'sen nazara alamıyacağı ve onları hatırlatabilecek hallerde dahi bulunamıyacağı esas olduğuna göre[199], yabancı hukukun tatbikini temin edebilecek bağlanma noktalarının, yani ilgili vakıaların da taraflarca veya ilgili tarafca iddia ve delillendirilmesi icap eder. Bu itibarla yabancı hukukun tatbik edilip edilmiyeceğinin anlaşılması için belli vakıaların gerçekleşip gerçekleşmediğinin bilinmesine ihtiyaç varsa, bunun isbat edilmesi lâzımdır ve bu konuda isbat yükü yabancı hukuk kaidesinden istifade etmeyi ümid eden tarafa aittir.

Türk hukukunda maddî vakıaların hâkim tarafından re'sen araştırılamıyacağı prensibi ihtilaflı kazada da bazı hallerde, meselâ boşanma, ayrılık ve evliliğin iptali gibi davalarda, istisnaen tatbik edilmez. Bu nevi davalarda taraflar yanında, hâkime de vakıaların araştırılması ve incelenmesinde görev düşer[200]. Bu bakımdan istisnaen vakıaların hâkim tarafından da araştırılmasının mümkün olduğu ihtilâflarda, yabancı bir hukukun tatbikini temin edecek olan bir vakıanın (bağlanma noktasının) da hâkimce re'sen araştırılması hatalı olmayacaktır[201].

2. Taraflar arasındaki hukukî ihtilafa kanunlar ihtilafı kaideleri gereğince, *belirli* yabancı bir hukukun tatbik edileceği noktasına ulaşıldıktan sonra, bu yabancı hukukun *muhtevasının* nasıl tayin edileceği, yani mahkemece mi, yoksa taraflarca mı veya birlikte mi araştırılacağı meselesinin halli gerekir.

Re'sen tatbik ettiği kanunlar ihtilafı kaidesi gereğince yabancı bir hukukun tatbiki sonucuna ulaşan hâkim, bu yabancı hukuku da "re'sen" bilmek mecburiyetinde değildir. Daha önce belirtildiği üzere, yabancı hukuk kaidesi bir hukuk normu olarak kabul edilmesine rağmen jura novit curia prensibine tâbi değildir.

199) POSTACIOĞLU 234; KURU Hukuk Muhakemeleri Usulü II 1980 1324 vd..

200) Bkz. KURU Hukuk Muhakemeleri Usulü 1974 345 ve n. 25.

201) Yar. 2. HD., 24.12.1963 (İKİD 39/1963 2814/2815).

Hâkim, Türk kanunlar ihtilâfı kurallarına göre yetkili olan "yabancı hukukun *muhtevasının* tesbitinde tarafların *yardımını* isteyebilir" (MÖHUK m. 2 I).

> Usul Kanunundaki artık uygulanma gücünü kaybeden ilgili hükmün (HUMK m. 76 c. 2) ifade şekli ise yanıltıcı idi. Öyle ki, hüküm yabancı bir hukukun tatbiki gerekiyorsa, bu hukukun muhtevasının sadece yabancı hukukun tatbikine istinad eden tarafça araştırılıp isbat edilmesi gerektiği gibi bir mana çıkarılmaya müsaitti[202]. Halbuki re'sen tatbik mecburiyetinde olduğu kendi kanunlar ihtilafı kaidesinin emri gereğince yabancı hukuku uygulayacak olan hâkimin, bu yabancı hukukun muhtevasını ancak ilgili tarafın isbatına bağlı olarak tesbit edebileceğini kabul etmek mümkün değildir. Tarafların talebi olmaksızın, hatta tarafların istekleri hilafına yabancı bir hukukun tatbikine re'sen karar vermek mecburiyetinde olan hâkimin, yabancı hukukun muhtevası için yabancı hukukun tatbikine "istinad" eden tarafa bağlı kılınması bizzat usul hukukumuzun sistemine aykırı düşer.

Tatbiki gerekli yabancı hukukun ilgili kaidelerini biliyorsa, hâkimin bunları *"re'sen"* uygulayacağından şüphe yoktur (MÖHUK m. 2 I). Bilmiyorsa bir yardım ihtiyacı doğar[203]. Bu ihtiyaca uygun olarak, hâkim taraflardan yabancı hukukun muhtevasını tesbit için *yardım* isteyebilir. Ancak bu yardımı herhalde yabancı hukukun tatbikinden yarar bekleyen taraf yapmaya çalışacaktır. Bununla beraber yabancı hukuku tesbiti için taraflara yüklenen *yardım mükellefiyeti*, hâkimin yabancı hukukun muhtevasını "re'sen" araştırmasına engel teşkil etmez.

> Yabancı hukuk hakkında adlî mercilerce bilgi edinilmesini kolaylaştırmak amacıyla karşılıklı bir yardımlaşma sistemi kuran 7.6.1968 tarihli **"Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesine"** Türkiye de taraftır[204]. Bu Sözleşme gereğince, âkit taraflar **medenî ve ticarî hukukları** ve hukuk usulleri ile yargı örgütleri konusunda birbirlerine bilgi vermeyi kararlaştırmışlardır (m. 1/1). Verilen bilgi, ilgili yasa ve tüzük metinleri ile içtihat kararlarını ihtiva edecektir. Ancak sağlam bilgi edinilmesi için gerekli görülecek ölçüde, doktrine ait eserler ve hazırlık çalışmaları gibi tamamlayıcı belgeler ve hatta açıklayıcı yorumlar da verilen bilgiye eklenebilecektir (m. 7). Yine Sözleşme gereği, bu bilgiler adlî mercileri bağlamıyacaktır (m. 8).

Yabancı bir hukukun, bir hukuk olarak tatbik edilmesi halinde dahi, hâkimin yabancı hukuku bilme faraziyesi işlemiyeceği için, yabancı hukukun muhtevasını tesbitte tarafların da yardımını temin etmek en normal yoldur. Yabancı hukukun tatbikini menfaatine uygun bulmayan taraftan böyle bir yar-

202) Bu manada POSTACIOĞLU 255/256; ÜSTÜNDAĞ I 43/44.

203) Usul Kanunundaki hüküm bakımından bkz. UMAR İsbat Yükü 1968 14; aynı manada: ULUOCAK Kanunlar İhtilafı 1971 34.

204) RG. 26 Ağustos 1975 - 15338.

dımı beklemek faydasızdır. O halde, ancak yabancı hukuka istinad eden tarafın bu yardımı yapması beklenebilir. Çünkü yabancı hukukun muhtevasının belirlenmesi, talep ve iddialarını buna istinad ettiren tarafın menfaatinedir. İşte bu mantıkî düşünceye uygun olarak, Kanun, yabancı hukukun muhtevasını prensipte tesbit etmek mecburiyetinde olan hâkimin yanında yabancı hukuktan yarar uman tarafa da bir yardım mükellefiyeti koymuştur. Gerek mahkemece, gerekse ilgili tarafça yapılan araştırmalara rağmen yabancı hukukun hukukî ihtilafa tatbik edilecek hükümleri tesbit edilememiş ise, artık yabancı hukukun tatbiki imkânsızlaşır. Bu durum ise, yabancı hukuktan yarar uman tarafa yüklenmiş olan yardım mükellefiyetinin *müeyyidesini* ortaya çıkarır. Yani yabancı kanun tesbit olunamazsa Türk kanunları uygulanır (MÖHUK m. 2 II; HUMK m. 76 c. 3).

> Yargılamaya taraflardan birinin yokluğunda devam edilmesi halinde (HUMK m. 377) de yabancı hukukun muhtevasını tayin usulünde bir değişiklik olmaz. Hâkim yabancı hukukun muhtevası ile ilgili olarak yargılamada hazır bulunan tarafın iddiası ile (HUMK m. 381) bağlı değildir. Yabancı hukuk bir vakıa olmadığına göre, tarafın verdiği bilgilerin doğruluğundan emin değil ise, bunlarla bağlı olmaksızın yabancı hukuk hakkında gerekli bilgileri bizzat temin etmek mecburiyetindedir.

Böylece, yabancı bir hukuku tatbik etmek mecburiyetinde olan hâkime, yabancı hukukun muhtevasını tesbit için *yardım* olmak üzere[205], 2'nci madde (ve HUMK. m. 76), taraflara ilgili yabancı kanun hükümlerini bulmak mükellefiyetini yüklemiş olmaktadır. Bu anlayış Türk mahkeme tatbikatında, bazı kararlarda sarih olarak yer almış, diğerlerinde de hemen hemen daima hâkim olmuştur[206]. Halbuki Türk doktrininde, tatbikatın bu açıklığını bulmak mümkün değildir[207].

> Kanunun yabancı hukukun tatbikinde taraflara yüklediği **yardım** (veya HUMK m. 76: **"İsbat"**) **mükellefiyeti** ile usul hukukunun "isbat külfeti" birbirine karıştırılmamalıdır. Kendisine **İsbat külfeti düşen** taraf, iddiasına mesnet teşkil eden vakıayı isbat edemediği takdirde, artık ondan bir hukukî netice çıkarma hakkını kaybeder. Halbuki 2'nci maddede sözü edilen "yardım" ve 76'ncı maddede sözü edilen "isbat" mükellefiyeti, hâkime yabancı hukukun bilinmesinde bir **yardım** temin etmekten ibarettir. Yabancı hukuku uygulaması gereken hâkim, elindeki tekmil imkânları kullanarak yaptığı araştırmalara rağmen

205) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun mehazını teşkil eden Kanunun ("Code de Procédure Civile de la République et Canton de Neuchâtel"), 76 ncı maddeye tekabül eden 70 inci maddesi, yabancı hukukun tatbiki halinde, yabancı hukuku ileri süren tarafa tahmil edilen bir isbat külfetinden bahsetmemekte, sadece mahkemeye bilgi ("Connaissance") sağlamaktan söz etmektedir.

206) Bu kararlar için bkz. NOMER Yabancı Kanun 72 vd..

207) NOMER Yabancı Kanun 72 n. 197.

bu bilgiyi sağlayamamış ise, yabancı hukukun tatbik edilebilmesi, onun tatbikinde menfaat gören tarafın bu bilgiyi hâkime temin etmesine bağlı kalmaktadır. Taraf bu bilgiyi temin edemediği veya isbat edemediği takdirde, yabancı hukukun tatbik edilmemesi **sonucuna** katlanmak zorundadır.

3. Hukukumuz, vakıa olmadıkları halde, yabancı hukuk kaideleri için bir *yardımdan* söz etmiştir. Ancak sözü edilen "yardım" (HUMK m. 76; "isbat") olayı mutad manasında bir isbatı ifade etmez. Hâkim meselâ yabancı kanun metinlerinden istifade yoluyla veya yabancı mahkeme kararları ve literatürü tetkik ile veya herhangi bir şekilde yabancı hukuku bizzat tesbit etmiş ise artık "yardım" söz konusu olamaz. Çünkü "isbat etmek" ile, hâkimi bir vakıaya ait iddianın doğruluğuna ikna gayesiyle ilgili tarafın yaptığı bir muamele anlaşılır. Halbuki burada Kanun yabancı *hukuk kaidelerinin* tesbitini gerekli görmüş ve buna müsaade etmiştir. Burada, mahkemeye yabancı hukuk kaidelerinin mevcudiyeti ve muhtevasını açıklamak gayesini takip eden bu faaliyetin, kendine has bir delil ikamesi faaliyeti olduğunda şüphe edilemez. Taraf, bu faaliyetiyle hâkime yabancı hukuk kaidelerinin belirli bir muhtevaya sahip bulunduğu ve hâlen yürürlükte olduğu hususunda kanaat vermek çabasındadır. Ancak yardım konusunun özelliği, yani vakıa olmayıp hukuk normları olması, isbat usulünde bir *serbestliği* gerekli kılmıştır. Bu sebeple yabancı hukukun tesbitinde gerek hâkim gerekse yardım faaliyetine girişen taraflar usul hukukunda yer almış olan isbat vasıtalarıyla tahdit edilmemişlerdir.

Yabancı hukukun tesbiti usulünü *tayinde*, 2'nci (ve 76'ncı) madde, hâkime geniş bir hareket serbestisi tanımıştır. Bu serbesti içerisinde yabancı hukukun araştırılması için takip edilecek usul, hâkimin görev anlayışına bırakılmış olmaktadır. Çünkü hâkim ne tarafların iddia ve isbat taleplerine ne de vakıa isbatının hudut ve şekillerine ve ne de Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunda yer alan isbat vasıtalarına bağlıdır. İspat usulünde sahip olduğu serbestisi gereği, imkânı dahilinde bulunan tekmil bilgi kaynaklarını kullanmak hususunda hem yetki ve hem de mükellefiyet sahibidir[208]. İlgili taraf (veya taraflar) da yabancı hukukun muhtevasını mahkemeye her türlü kanaat verici delille isbat edebilme hakkına sahip bulunmaktadır. Şüphesiz hâkim, taraflarca verilmiş olan bilginin doğruluğu ve tamamiyeti hakkında yeterli bir kanaate varmış ise bunlara dayanarak hüküm verebilir.

Hâkimden ilk merhalede kendi **şahsî** bilgisini değerlendirmesi ve uygulaması beklenir. Hâkim davada tatbik edeceği yabancı hukuk hakkındaki bilgisini ya herkes tarafından bilinen bir malûmat olarak veya dava dışında, kendi şahsî araştırmalarıyla, meselâ yabancı kanun metinlerini, yerli veya yabancı dokt-

208) Bu manada, meselâ: Yar. 2. HD., 26.5.1949 (FİŞEK Gayrisahih Nesepten Doğan Kanun İhtilâfları 1954, 38).

rin ve tatbikatı inceleme sonucu elde etmiş olabilir[209]. Bu yolun dışında, hâkim **diğer bilgi kaynaklarına** resmen müracaat edebilir. Burada hâkimin önünde çeşitli imkânlar vardır. Meselâ Adalet Bakanlığından, yabancı ülkedeki Türk temsilciliğinden veya Türkiye'deki yabancı temsilcilikten bilgi talep edebilir. **Türk mahkemelerinin** genellikle kullandıkları yol, hukuku tatbik edilecek yabancı devletin Türkiye'deki temsilciliğinden ilgili yabancı kanun metinlerinin sorulması şeklinde olmuştur. Böylece yabancı temsilcilikten gelen yabancı kanun metinlerinin tasdikli tercümelerine istinad edilmiş ve bununla yetinilmiştir. Şüphesiz birçok olayda tercüme kanun maddeleri yetersiz olmakta ve mahkemelerce yanlış kararların verilmesine sebebiyet verilmektedir. Bu itibarla, diğer hukuk sistemlerinde de tercih edildiği üzere, olay ile ilgili yabancı hukuk hakkındaki malûmatın, ihtisas sahibi hukukçulardan veya yabancı hukuk ile meşgul müesseselerden, meselâ Üniversitelerdeki Devletler Hususî Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Kürsü veya Enstitülerinden temin edilmesi çok daha emin ve sağlam bir yoldur. Üstelik, konu ile ilgili olmak üzere yabancı hukuk hakkında mücerret bir bilgi temini yerine, vak'a dosyasını da ihtisas sahibi hukukçu veya müesseselere göndererek doğrudan doğruya hukukî ihtilafa ait bir **hukukî** ve **ilmî mütalâa** alınması yabancı hukukun tesbiti ile ilgili birçok problemleri de halleder. Yabancı hukukun birkaç maddesinin tercümesi yerine, gerçek yabancı **hukuk** temin edilmiş olur.

Yabancı hukuk hakkında mütalaa veren ihtisas sahibi hukukçu "bilirkişi" haline gelmektedir. Böyle bir bilirkişi mütalaası, diğer ve olağan bilirkişi mütaalalarından farklıdır. Bunda, bilirkişi **hukukî meseleler** hakkında açıklamalar yapmaktadır. Halbuki normal bilirkişiler için hukukî meselelerde açıklama yapmak yasaklanmıştır (HUMK m. 275). Yabancı hukuk hakkında bilgi edinilmesinde ihtisas konusu bizzat yabancı hukukun kendisi olmaktadır. Bu konuda bilgi veren bilirkişi **hâkime ait bir görevi** üstlenmiş değildir, sadece mahkemeye yabancı hukuk hakkında bilgi aktarmaktadır. Mahkeme onun verdiği mütalaa ile bağlı değildir. Eğer bilirkişinin verdiği mütalaa tatmin edici bulunmamış ise, mahkeme yabancı hukuk hakkında daha geniş bir araştırmaya girişebilir ve hatta bu araştırmayı yapmak onun görevi olur.

Yabancı hukuku isbat durumunda kalan taraf da aynı yollardan istifade ile yabancı hukuk üzerine ihtisası olan bir hukukçunun veya müessesesinin mütalaasını getirebilir. Genellikle mahkemeler tarafları, yabancı hukuku ihtisas sahibi bir şahıs vasıtasıyla isbat etmesi hususunda teşvik etmekte veya mükellef tarafı bununla görevlendirme yoluna gitmektedir.

4. Yabancı hukukun *gerçek* muhtevasının tesbit edilmesi gerektiğinde şüphe yoktur[209a]. Türk hâkimi yabancı hukuku, yabancı hâkimin onu uygula-

209) Türk mahkeme tatbikatında, İtalyan boşanma hukukunun tatbik edildiği bazı kararlar, boşanmayı tanımayan eski İtalyan hukuk hükümlerinin, hâkimin **şahsî** bilgisi olarak tatbik edildiğini kabule müsaittir; bu nevi kararlar için bkz. NOMER Yabancı Kanun 88 n. 250.

209a) **Muvakkat tedbir** ve **ihtiyatî haciz** taleplerinde derhal karar verilmesi gerekeceği için, hâkim tatbiki istenilen yabancı bir hukukun gerçek muhtevasını tam ve doğru olarak bilmek imkânından mahrumdur. Bu bakımdan da, muvakkat tedbir ve ihtiyati haciz taleplerinde lex fori'nin tatbiki zaruridir; bkz. ileride s. 224. Zira yabancı hukukun muhtevasını tayin hususunda hakimin mükelleflyetl, sadece taraf veya taraflarca ibraz edilmiş bilgi kaynaklarıyla sınırlandırılamaz.

dığı şekliyle tatbik edecektir. Bu itibarla yabancı hukuk, yabancı mahkeme tatbikatında nasıl uygulanmakta ise, Türk hâkimi de yabancı hukuku böylece anlayıp, tatbik edecektir. Yabancı hükümleri yabancı hukukta kabul edildiğinden daha iyi yorumlamak ve tatbik etmek bize düşen bir görev değildir. Tam aksine yabancı hukuka bir müdahale ve tecavüz anlamına gelir.

Aynı hükmü taşıyan kanun maddelerinin ülkeden ülkeye farklı yorumlanması mümkündür. Hangi hukuk tatbik ediliyorsa, o hukukun yorum tarzı kabul edilecektir. Aynı kanun hükmünün farklı şekilde yorumlanması özellikle Belçika ve Fransız hukuklarında görülmüştür:

Misal : El yazısı ile yazılmış vasiyetnamenin şartlarını ortaya koyan Code civil m. 970, Belçika'da (1857'den bu yana) kastî olmaksızın yanlış konan tarihin vasiyetnamenin geçerliliğine zarar vermiyeceği şeklinde yorumlanırken, Fransa'da tamamen farklı anlayış kabul edilmiştir. Türk hâkimi Belçika hukukunu tatbik ederken Belçika yorumunu, Fransız hukukunu uygularken Fransız anlayışını kararında kullanmak zorundadır.

Buna mukabil, Türk hâkimi, yabancı hukukta yer alan, fakat Türk hukukunun tanımadığı (meselâ Amerikan hukukundaki "Punitive Damages" gibi cezaî nitelikteki ek bir tazminat talebini) düzenleyen yabancı hukuk kaidesini uygulamak durumunda değildir.

Yabancı hukukta mevcut boşlukları doldurmak veya hukuku geliştirmek hususunda hâkim aynen yabancı hâkim gibi hareket edecektir. Tatbiki gerekli yabancı kanun hükmünün, Anayasasına uygunluğunun hâkim tarafından tetkik edilip edilemeyeceği yine yabancı hukuk sisteminin bu yetkiyi hâkime verip vermediğine bağlı kılmak gerekir. Yabancı hukukun tetkikinde, kanunlar ihtilafı kaidelerinin dikkate alınıp alınmıyacağı ise, hâkimin kanunlar ihtilafı hukukunun renvoi, yani iade-atıf ve devam eden-atıf müessesesini kabul edip etmediğine bağlıdır.

Kamu düzeninin müdahalesi dışında, yabancı hukukun tatbiki bizim mahkemelerin görev sahası dışında bir faaliyeti gerektirdiği takdirde bu yabancı hukukun tatbiki mümkün olmaz. Meselâ bir Türk hâkimi bir aile meclisini ("conseil de famille"; Fransız C.c. m. 406-416) Fransız hukuku çerçevesinde davet edemez ve bu aile meclisine başkanlık yapamaz. Buna mukabil bir Türk mahkemesinin bizim hukukumuzda süre ile sınırlı olmasına rağmen İtalyan hukukuna uygun olarak karı kocanın süresiz ayrılığına karar verebilir, çünkü ayrılık bir müessese olarak Türk hukukuna yabancı değildir.

5. Yabancı bir hukukun tatbik edilebilmesi, mahallî kanunlar ihtilafı kaidesinin gerçekleşmesini emrettiği bir bağlanma noktasının *varlığına* ve yabancı hukukun muhtevaca hukukî ihtilafı halledilebilecek şümul ve derinlikte *tesbit edilebilmesine* bağlıdır.

Devletler hususî hukuku kaidelerinin işleyebilmesi bu kaidelerin aradığı bağlanma noktalarının varlığına bağlı bulunduğundan bu bağlanma noktası

veya noktaları tesbit (veya varlığı isbat) edilemezse devletler hususî hukuku kaideleri tatbik alanına geçemezler. Bunun ifade ettiği mana şudur ki, bir hukukî ihtilafta mahallî maddî hukukun tatbiki *asıl*, yabancı maddî hukukun tatbiki ise *istisnadır*. Yabancı hukukun tatbikini temin edebilecek bağlanma noktasının tesbit (veya isbat) edilememesi halinde, asla rücû edilerek lex fori'nin, yani hâkimin maddî hukukunun tatbik edileceği üzerinde tereddüt edilemez.

Yabancı hukukun tesbit edilememesi halinde *lex fori*'nin, yani Türk hukukunun tatbiki Türk hukukunda kanunî bir hüküm olarak yer almıştır (MÖHUK m. 2 II ve HUMK m. 76 c. 3).

Türk mahkeme tatbikatı, daha önce belirttiğimiz gibi, yabancı konsolosluklardan yabancı kanun metinlerinin sorulması ile yabancı hukuku tesbit yolunu tercih etmiştir. Böylece konsolosluklardan gelen kanun metinlerine istinad edilmiş ve bunlarla yetinilmiştir. Bu gibi kanun metinlerinin tatbiki gerekli yabancı hukuku, hiç olmazsa birçok vak'ada, tam olarak aksettirdiği söylenemez. Buna mukabil sözü geçen kanun metinlerinin **en büyük ihtimalle** yabancı hukuku ifade ettiğinden hareket edilebilir. Şu halde Türk mahkemelerinin, yabancı hukukun muhtevasını kesinlikle tesbit edemedikleri hallerde, yabancı hukuku "en büyük ihtimalle" tatbik ettiklerini söylemek mümkündür[210]. Ancak yabancı hukukun dışında hayalî bir takım kaidelerin tatbiki şüphesinin bulunduğu veya yabancı hukukun tam olarak bilinemediği veya anlaşılamadığı tereddüdünün olduğu her vak'ada yabancı hukukun tatbikinden vazgeçilerek Türk maddî hukukuna göre karar verilmesi kanun icabıdır.

Yabancı hukukun muhtevaca tesbit edilememesi halinde yabancı hukukun Türk hukuku ile aynı olduğu faraziyesi[211] Türk hukuku için düşünülemez. Önce böyle bir farazîyeye Türk hukuku için gerek yoktur, zira Türk hukukunun tatbiki kanun hükmüdür. Üstelik bu faraziye yabancı hukukun vakıa olduğu anlayışına istinat eden ve kanunî bir çözümün bulunmadığı hukuk sistemlerinde lex fori'nin tatbikini temin gayesini taşır. Türk hukuku için bunlar söz konusu değildir[212].

III. TEMYİZ MAHKEMESİNDE YABANCI HUKUK

Temyiz Mahkemesinde temyiz tahkikatı birbirine bağlı iki mesele bakımından önem taşır. Bunlardan ilki, tatbiki gerekli hukuk nizamının *doğru* tesbit edilip edilmediği, ikincisi ise tesbit edilen bu hukukun *doğru* tatbik edilip edilmediğidir. Birinci mesele şu sualin hallini gerektirir: Temyiz Mahkemesi,

210) Meselâ bu durumun özellikle belirli hale geldiği bir karar: Yar. 2. HD., 9.11.1948 (BERKİ / ERGÜNEY 64 vd.).

211) KURU Hukuk Muhakemeleri Usulü II 1980, 1332; ÜSTÜNDAĞ II 44.

212) Bu faraziye Yargıtay kararlarında da daima redde uğramıştır; bu kararlar ve bu konuda geniş bilgi için bkz. NOMER Yabancı Kanun 114 n. 351; 111 vd..

vak'a mahkemesinin tatbik etmiş olduğu mahallî hukuk yerine, yabancı bir hukuku tatbik etmesi icap edip etmediğini veya tatbik etmiş olduğu yabancı bir hukuk yerine, mahallî hukuku veya diğer bir yabancı hukuku tatbik etmesi icap edip etmediğini tetkik edebilir mi ve etmeye mecbur mudur? İkinci meselede bir adım ileri atılmıştır ve şu sualin cevabı verilecektir: yabancı hukuku tatbik etmiş olan vak'a mahkemesinin yabancı hukuk kaidelerini yabancı hukuk nizamının anladığı manada tatbik edip etmediğini tetkik etmek Temyiz Mahkemesinin görevi midir?

a) İlk merci mahkemesinin ihtilafın halli için hangi hukuk nizamını tatbik edeceği mahallî devletler hususî hukuku tarafından tesbit edilir. Tatbiki gerekli hukuk nizamı hakkında yapılan hata, kanunlar ihtilafı kaidelerinin, yani iç hukukun ihlâli anlamına gelir. Bu sebeple ilk merci mahkemesinin kararını, tatbiki gerekli Türk hukuku yerine yabancı bir hukuka veya tatbiki gerekli yabancı hukuk yerine Türk hukukuna veya diğer bir yabancı hukuka istinat ettirmiş olması temyiz itirazı teşkil eder. Bir bağlanma noktasının yanlış değerlendirilmesi ile ortaya çıkabilen böyle bir hata, mahallî kanunun Yüksek Mahkemece tetkikini gerektiren bir ihlâl teşkil eder (HUMK m. 428/1).

> Mahallî kanunlar ihtilafı normlarının doğru tatbik edilip edilmediğinin Yüksek Mahkemece kontrolü, vak'a hâkimince kanunlar ihtilafı kaidesinin emrine uyulup uyulmadığının, diğer bir söyleyişle, tatbik edilen hukukun yetkili olup olmadığının tetkiki anlamına geldiğinden, yetkili yabancı hukukun lex fori'ye (iade-atıf) veya diğer bir yabancı hukuka (devam eden-atıf) atıfta bulunup bulunmadığı meselesinin de temyizen incelenmesi icap eder[213]. Bu inceleme ile Yüksek Mahkeme, yetki verilen yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kaidelerinin de doğru anlaşılıp anlaşılmadığını kontrol etmiş olmaktadır.

b) Tatbiki gerekli yabancı hukukun vak'a mahkemesince *doğru* tatbik edilmiş olup olmadığının Temyiz Mahkemesinde tetkiki meselesinin halli kanunî bir sarahat yoksa Temyiz Mahkemesinin görevini tesbit etmeye bağlı kalır. Türk hukukunda da durum budur.

> Temyiz merciinin hukuk politikası bakımından birinci temel görevi hukukun tatbikinde birliği temin etmektir. Bu görev, ülkede hukukun tatbikinde birliği temin etmek suretiyle mahallî hukukun inkişafını da temin ve muhafaza gayesine yöneliktir. Eğer Temyiz mercii yalnız bu göreve sahip ise yabancı hukukun temyiz kontrolü dışında kalacağı iddia edilebilir. Çünkü bu şekilde sınırlı bir göreve sahip Temyiz mercii yabancı hukukun tatbikatını düzeltmek veya yabancı hukukun tatbikinde birliği temin etmek ve böylece yabancı hukukun gelişimi ve muhafazası gayesine hizmet etmek yetki ve imkânına sahip kabul edilemez. Ancak aynı tip maddî ilişkilere, ülkenin çeşitli mahkemeleri tarafından verilen birbirinden farklı kararlar mahallî hukuk birliğini tehlikeye sokabilecek nitelikte olursa, yabancı hukukun bu yönden temyizen kontrolüne gidilebilme imkânı doğacaktır.

213) Yar. 2. HD., 1.1.1944 (BERKİ / ERGÜNEY 105/106).

Buna mukabil Temyiz merciinin görevi, hukukun tatbiki ve gelişiminde birliği temin etmek yanında, en azından aynı önem ölçüsü içerisinde **vak'a hakkaniyetine** de hizmet etmek ise, yabancı hukukun temyiz kontrolüne tâbi olacağında tereddüt edilemez. Aksine bir yola gitmek, yabancı hukukun tatbik edildiği olaylarda, vak'a hakkaniyeti görevini Temyiz merciinin yerine getirmemesi sonucunu doğurur.

Türk Temyiz Mahkemesinin, temyiz mercilerinin genellikle görevini teşkil eden hukukun birliğini temin etmek ve vak'a hakkaniyetine hizmet gayelerinden birini diğerine tercih ettiğini söyleyebilmek kolay değildir. Bu konuda dayanılacak deliller kesin bir sonuca varmayı mümkün kılacak nitelikte değildir[214]. Ancak, birini diğerine tercih etme meselesi bir yana, Türk Temyiz Mahkemesi vak'a hâkimince verilen kararı *hukuka uygunluk* bakımından inceleme konusu yaparken tahakkuk ettireceği iki gaye vardır. Bu gayeler hukukun birliğini temin ve *vak'a* hakkaniyetine hizmettir. Yabancı hukuk da vak'a hâkimince *hukuk olarak* tatbik edildiğine göre, yabancı hukuk kaidelerinin yanlış tatbik edilmesi, hukukun tatbikinde birliği temin etmek gayesi bakımından olmasa dahi vak'a *hakkaniyetine hizmet gayesi* yönünden temyizen tetkik edilmek gerekir. Temyiz Mahkememizin vak'a hâkimince tatbik edilen yabancı hukuk kaidelerinin tatbikini kontrol ettiği ve yabancı hukuk kaidelerinin hatalı tefsir ve tatbik edildiğini gördüğünde vak'a hâkiminin kararını bozduğu muhakkaktır[215].

Yabancı hukukun temyiz merciince kontrol edilmemesini yabancı hukukun vakıa olduğu faraziyesine dayandırmak, en azından yabancı hukukun temyiz edilebilmesi konusunda terkedilmiş ve belki de pek kullanılmamış bir yol olmasına rağmen, Türk doktrininde yabancı hukukun maddî bir vakıa olduğu faraziyesine bağlı kalınarak, bu hukukun doğru tatbikinin Temyiz Mahkemesinin tetkiki dışında kalması gerektiği genellikle ileri sürülmekte idi. Fakat bu sonucun Temyiz Mahkemesince benimsenmemesi karşısında da, yabancı hukukun Temyiz Mahkemesince tetkikinin "meseleyi maddiyenin takdirinde hata edilmesi" halinin temyiz sebebi olmasıyla mümkün olduğu veya olabileceği ilâve edildi[216]. Türk doktrininin bu genel doğrultusuna katılmaya imkân olmadığını, zaten lüzum da bulunmadığını ve Kanunumuzun yabancı hukuk maddelerini de **hukuk normu** olarak nazara aldığını daha önce belirtmiştik.

214) Bu konuda bkz. NOMER Yabancı Kanun 132 vd.. Ancak şu husus açıktır ki, Temyiz Mahkemesi "meseleyi maddiyenin takdirinde hata edilmesi" şeklindeki temyiz sebebine (HUMK m. 428/5) dayanarak delillerin takdirinin doğru yapılmış olup olmadığını da incelemekte (bkz. KURU Hukuk Muhakemeleri Usulü 1974 702 n. 19 ve 19a; POSTACIOĞLU 724 vd.); böylece kararı maddî yönden de tetkike tâbi tutarak vak'a hakkaniyetinin teminine de özel bir önem vermektedir. Bu öneme Temyiz Mahkemesi bir Tevhidî İçtihad Kararında (Tem. Tev. İç. K., 9.5.1960; RG. 28.6.1960 - 10537) temas etmiş ve "İçtihadı birleştirme kararı ile kabul edilen afakî esasları tatbik ederek istikrarı sağlama prensibinin sayısı belli hadiselerde feda edilmesinde de bir yolsuzluk düşünülemez ve bu şekilde bir tatbikat, adalete güveni sarsmak şöyle dursun, bilâkis bu güveni kuvvetlendirir" diyerek, gerektiğinde vak'a hakkaniyetine ulaşmak için hukukun tatbikinde birliği sağlamak gayesinin dahi feda edilebileceğini ifade etmiştir.

215) Bu kararlar için bkz. NOMER Yabancı Kanun 136 vd..

216) BERKİ 120; GÖĞER 137 vd.; ULUOCAK Kanunlar İhtilafı 1971 35; ÜSTÜNDAĞ II 1977 44 vd..

İKİNCİ BÖLÜM
Devletler Hususî Hukukunun
ÖZEL KISMI

§ 15. TÜRK DEVLETLER HUSUSÎ HUKUKUNUN BAĞLAMA KURALLARI

I. GENEL ESASLAR

1. 1330 tarihli Muvakkat Kanun

1. Devletler hususî hukukunun "Genel Kısmı" anlatılırken Türk devletler hususî hukuku kaidelerine yeri geldikçe temas edilmiştir. Burada, Türk Medenî Kanunu ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun genel sistematiğine tâbi olarak, devletler hususî hukuku düzenlememiz izah edilecektir.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun yürürlük tarihi 22 Kasım 1982'dir. Bu tarihe kadar yürürlüğünü muhafaza eden 1330 tarihli Muvakkat Kanunun düzenlemesi de gerektiği ölçüde belirtilecektir.

2. Türk devletler hususî hukukunun 22 Kasım 1982 tarihine kadar ana kaynağını teşkil eden "Türkiye'de Bulunan Yabancıların Hukuk ve Vazifeleri hakkındaki Muvakkat Kanunun 4'üncü maddesi, devletler hususî hukuku ihtilaflarında gerek tatbik edilecek hukuk (devletler hususî hukuku) gerekse milletlerarası yetkiye (milletlerarası medenî usul hukuku) dair hükümler ihtiva eder. Ancak bu hükümler çok eksiktir ve devletler hususî hukukuna ait tekmil ihtilafları içine almaz.

3. Muvakkat kanunun 4'üncü maddesinin tatbik edilecek hukuka ilişkin olarak getirmiş olduğu hüküm şudur:

"...yabancılara ait olup, evlenme, boşanma, ayrılık, babalık, nesep, evlâd edinme gibi aile hukukuna ve rüşt, mezuniyet, hacir ve vesâyet gibi ehliyete ve menkul mallara ait vasiyet ve terekeye ilişkin davalar", Türk mahkemelerinde görüldüğü takdirde, "kamu düzenine aykırı olmamak şartıyla, ilgililerin millî kanunlarına, kanunlar ihtilafı halinde devletler hususî hukuku kaidelerine göre muamele görürler."

Hüküm "yabancılara ait" ihtilaflar için çözüm getirmiştir. Ancak bu hükmün, yabancılar için konmuş olmakla beraber *Türk vatandaşlarına* da uygu-

lanacağı kabul edilir. Diğer bir söyleyişle, bu tek taraflı kanunlar ihtilafı hükmü, çok taraflı kanunlar ihtilafı hükmü olarak[1] kullanılır.

4. Muvakkat Kanunun 4'üncü maddesinde yer alan bu hüküm devletler hususî hukukunun belirli konularını düzenlemiştir. Bunlar şahsın hukukuna ve aile hukukuna ilişkin konular ile menkul tereke ve vasiyet meseleleridir. Bunların dışında kalan devletler hususî hukuku konularında hüküm bir şey söylememektedir.

> 4'üncü maddede yer alan hüküm, evlenme (evlenme akti, evlenme aktinin feshi), ayrılık, babalık, nesep ve evlâd edinme gibi aile hukukuna ait davalardan söz ederken, "gibi" kelimesiyle, Medenî Kanunun Aile Hukuku Kitabında yer alan tekmil meseleleri değil, sadece saydığı müesseselerin niteliğinde olan aile hukukuna has meseleleri kasdetmektedir. Aile Hukuku Kitabında düzenlenmiş olmakla beraber, aile hukukuna has ve şahsî statüyü tayin eden meselelerden olmayan konular, özellikle nafaka, mal rejimlerine ait talepler ve maddî ve manevî tazminat talepleri gibi mamelek hukukuna ait konular bu hükmün dışında kalmaktadır. Yine hüküm, rüşt, mezuniyet, hacir ve vesâyet gibi ehliyete ilişkin davalardan bahsederken, "gibi" kelimesiyle Şahsın Hukuku Kitabında yer alan tekmil konuları değil, fakat sadece hacir ve vesâyet gibi aile hukukunda düzenlenmiş meseleleri de misal kabilinden sıralayarak şahısların ehliyeti ile ilgili konuları işaret etmektedir. Menkul mallara ait vasiyet ve tereke ihtilafları da yukarıda sayılan nitelikteki şahsî statü konularının tâbi olduğu rejime bağlanmıştır[2].

5. Ele aldığı konuları da, 4'üncü madde hükmü tam olarak düzenlemiş değildir. 4'üncü madde hükmü, düzenlediği konularda, *millî hukuk prensibini* getirmiş olmakla beraber, tarafların farklı tabiiyette olmaları halinde hangi hukukun tercih edileceğini söylememiş, bunu "devletler hususî hukuku kaidelerine" bırakmıştır. Böylece bu noktada doktrin ve mukayeseli hukuktan istifade imkânı özellikle açık bırakılmıştır. Bununla beraber, 4'üncü madde hükmünün getirmiş olduğu millî hukuk prensibinin, düzenlemiş olduğu konulara bir "bütün" olarak hâkim olması esasından ayrılmak mümkün değildir. Bu bakımdan ayrı tabiiyet halinde de aynı prensipten, yani millî hukuk prensibinden hareket etmek zaruridir. Ancak taraflardan hangisinin millî hukukunun tercih edileceği devletler hususî hukukunun genel prensiplerinden istifade ile tesbit edilecektir.

6. Türk devletler hususî hukuku kaidelerinin düzenlemediği konularda bir *boşluk* söz konusudur. Hâkim iç hukukta kanun boşluğunu doldurmak için kullandığı usulü "prensip olarak" burada da takip eder[3]. Hâkimin kanunlar ih-

1 Bkz. yukarıda s. 84 vd..

2) Bu konuda Türk doktrininin genellikle kabul ettiği farklı yorum ve bunun tenkidi için bkz. NOMER Nafaka 25 vd..

3) Bkz. yukarıda s. 78 vd..

tilafı kaidesi koyma görevini yerine getirirken doktrinden ve mukayeseli hukuktan yararlanması ve kıyas yolunu kullanması büyük önem taşır.

Türk devletler hususî hukuku kaidelerinin düzenlemediği konular için en önemli kaynak Türk mahkemelerinin uygulaması olmuştur. Bu uygulamanın, kararların sayısı bakımından çok sınırlı olmasına rağmen, getirdiği çözümlerle bir sisteme ulaşabildiğini söylemek[4] mümkündür. Türk mahkemelerinin uygulaması yanında, Türk doktrininin teklif ettiği çözümler de Türk devletler hususî hukuku sisteminin tamamlanmasında yardımcı bir unsur olmuştur.

2. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanunu

Bugün devletler hususî hukukunun ana kaynağını, 22 Kasım 1982 tarihinde yürürlüğe giren 20 Mayıs 1982 tarihli ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkındaki Kanun teşkil etmektedir. Kanun iki kısım içerisinde "milletlerarası özel hukuk" ile "milletlerarası usul hukukunu" düzenlemiştir. Birinci Kısımda düzenlenen milletlerarası özel hukuk, genel hükümlerle kanunlar ihtilafı kurallarını göstermektedir. Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi ile yabancı kararların tanınması ve tenfizini düzenleyen İkinci Kısım "milletlerarası usul hukukunu" büyük bir bölümüyle ele almış olmaktadır.

3. Hukukî Muamelelerde Şekil

1. Hukukî muamelelerin muhtevası ile şekli arasındaki sınır hukuktan hukuka farklılık gösterebilir. Bazı devletlerde kilise nikâhı evlenme aktinin bir şekli olarak kabul edilirken, meselâ Yunan hukukunda kilise nikâhı evlenme aktinin esasa ait bir unsurudur, yani muhtevaya aittir. Şu halde, bir devletler hususî hukuku kaidesinde "şekil" kavramı bağlanma konusu olarak kullanılmakta ise, vasıflandırma probleminin çözümü için söylenenler burada geçerli olur: kısaca lex fori şekil kavramını tesbit eder.

2. Statüler teorisi devrinden bu yana, hukukî muamelelerin şekli için *locus regit actum* kaidesi hâkim olmuştur. Bu, bir hukukî muamelenin şekil bakımından yapıldığı yer kanununa bağlı olması anlamına gelir. Daha yakın zamanlarda, şeklin bir hukukî muamelenin özelliğini teşkil ettiği, bu sebeple şekle de o hukukî muamelenin muhtevası için uygulanan hukukun hâkim olması gerektiği anlayışı kuvvet kazandı. Fakat bu anlayışa rağmen pratik sebeplerden dolayı hukukî muamelenin yapıldığı yer kanununun (lex loci actus) yetkisinden vaz geçilemedi. Çünkü belirli hukukî muamelelerde sadece yapıl-

4) NOMER Ahkâmı Şahsiye 507; ayrıca bkz. GÖĞER Kanunlar İhtilafı 1973 34 vd..

dığı yer hukukunun kabul ettiği şekle uymak mecburiyeti ortaya çıkıyordu. Diğer taraftan, muhtevaya hâkim olan hukukun, yani hüküm statüsünün uygulanması, bazı hukukî muamelelerde zarurî oluyordu. Hukukî muamelenin yapıldığı yer hukukunun hiç tanımadığı ve bu sebeple şekline ait hükümlere de yer vermediği bir hukukî muamelenin (meselâ bir miras mukavelesinin) ancak hüküm statüsünün kabul ettiği şekle göre yapılması mümkündür. Bütün bu pratik zaruretler, ekseri hukuk nizamının hukukî muamelelerin şekli konusunda lex loci actus (yapıldığı yer hukuku) ile lex causae (hüküm statüsü)'nın yetkilerini bir arada kullanmasına yol açtı. Böylece hukukî muamelelerde şekil yapıldığı yer hukukuna da uygun olsa, muhtevaya hâkim olan hukuka göre de yapılmış bulunsa geçerli kabul edilmiş oldu.

Sadece lex loci actus'a yetki veren devletler hususî hukuku kaidesine çok nadir rastlanır[5]. Buna mukabil birkaç hukuk nizamı lex loci actus ve lex causae yanında hukukî muamelede taraf olanların millî hukukunu da şekil için yetkili kabul etmiştir[6].

Alman hukukunda, bir hukukî muamelenin şekli hüküm statüsüne tâbi olmakla beraber, lex loci actus'un şekil hükümlerine riayet edilmesi de yeterli kabul edilir (EGBGB m. 11 I). **Fransız** hukukunda da, Temyiz Mahkemesinin 20.7.1909 tarihli kararından[7] beri, lex loci actus'un tatbikinin ihtiyarî karekterinden söz edilir. Bu, şekle lex causae'nın da uygulanabileceği anlamına gelir. Bunlara mukabil, İngiliz hukukunda locus regit actum kaidesinin emredici mi yoksa ihtiyarî bir karaktere mi sahip olduğu kesinlik kazanmış değildir[8]. Bununla beraber bu kaidenin arazilere ilişkin hukukî muamelelerde geçerli olmadığı muhakkaktır. Akitler alanında ise locus regit actum kaidesinin ihtiyariliği kabul edilmektedir. **Amerika Birleşik Devletleri**'nde de doktrin ve uygulamada birlik yoktur[9].

4. a) *Türk* pozitif hukukunda locus regit actum kaidesinin ihtiyarîliğine yer verilmiştir. Hukukî işlemler, yapıldıkları yer hukukunun (mahal hukuku, lex loci actus) veya o hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun (işlem hukuku, lex causae) öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilirler (m. 6). Bu iki hukukun *"alternatif"* olarak uygulanması kabul edilmiştir. Yani bu iki hukuktan birinin uygulanması iradî olabileceği gibi tesadüfî de olabilir. Hukukî işlemin şeklen bu iki hukuktan birine uygun olması, o hukukî işlemin şeklen devletler hususî hukuku bakımından geçerli olması için yeterlidir. Bu

5) Meselâ Krallık Mevzuatına Dair Genel Hükümler hakkındaki *Danimarka* Kanununa göre (m. 10), "hukukî muamelelerin şekli tesis edildikleri yer hukukuna tâbidir".

6) Meselâ 16.3.1942 tarihli *İtalyan* Codice civile m. 26 I; 15.3.1940 tarihli *Yunan* Medenî Kanunu m. 11.

7) Gesling c. Viditz, D.P. 1911, 1. 185.

8) WOLFF PIL 447.

9) RABEL The Conflict of Law II 1960 493 vd..

iki hukuktan birini seçme zorunluluğu olmadığı için, hukukî işlemin taraflarının hangi şekle uymak istedikleri önem taşımaz. Burada hukukî işlemin şeklen geçerliliğinde, *favor negotii* hâkimdir. Hukukî işlemin geçerliliğine *en uygun* olanı nazara alınır.

> Şüphesiz taraflar **borç akitlerinin** şeklini belirli bir hukuk nizamına tâbi tutabilirler (m. 24). Böyle bir durumda, belirlenen hukuk, şekil için işlem hukuku (lex causae) olur. Bu itibarla, aksi kararlaştırılmamış ise, mahal hukukunun şekil hakkındaki kaidelerinin geçerliliğini engellemez. Mahal hukukuna uygun olarak gerçekleştirilen şekil de hukuken geçerlidir.

b) Hukukî işlemin şeklinde, mahal hukuku ile işlem hukuku alternatif olarak uygulandığından, bunlardan birine göre şekil geçersiz olsa dahi diğerine uygun olması şekil bakımından hukukî işlemi geçerli hale getirir.

> **Misal :** Bir Arjantinli ile bir Türk, İsviçre'nin Bern şehrinde bir borçlar hukuku akti yapmışlar ve akit statüsü olarak Arjantin hukukunu kararlaştırmışlardır. Bern'de yaptıkları aktin şekli Arjantin hukukuna (işlem hukuku) uygun ise, artık şeklin İsviçre hukukuna göre geçerli olup olmadığı önem taşımaz. Türk hukuku için işlem hukukuna uygun olarak şeklin gerçekleşmiş olması yeterlidir (m. 6).

c) 6'ncı maddeye göre, hukukî işlemler, "o hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun" öngördüğü şekle uygun olarak da yapılabilir. Bununla kastedilen o işleme hâkim olan hukuk, yani *işlem hukukudur*. İşlem hukuku meselâ, borçlar hukuku akitlerinde taraflarca tatbiki kararlaştırılmış olan hukuk veya taraflarca kararlaştırılmamışsa ifa yeri hukukudur (m. 24). Aynî haklarda lex rei sitae (m. 23 I), nişanlanma ve evlenmede tarafların millî hukukları (m. 11 ve m. 12), ölüme bağlı tasarruflarda ise prensip olarak miras statüsü (m. 22) işlem hukuku olmaktadır.

> Farklı vatandaşlıktakilerin nişanlanmasında ve evlenmesinde olduğu üzere, **birden fazla** hukuk nizamı **işlem hukuku** olmakta ise, mahal hukukunun kullanılmaması halinde, işleme hakim olan birden çok hukukun şekil hükümlerine göre şeklin geçerli olması gerekli hale gelir.

Hukukî işlemin yapıldığı yer hukukunun şekle ilişkin kanunlar ihtilafı kaideleri nazara alınmazken işlem hukukunun şekle ait kanunlar ihtilafı kaidelerine uyulmak zarureti vardır (m. 2 III). Ve bu sebeple işlem hukukunun devletler hususî hukuku kaideleri, şeklin yapıldığı yer hukukuna tâbi olacağı hükmüne sahip ise, artık işlem hukukunun maddî hukuk kaideleri uygulanamaz. Böyle bir durumda alternatiflik işlemez. Hukukî işlemin mahal hukukuna uygun olarak şeklen gerçekleştirilmesi gerekir. Zira burada mahal hukuku ile işlem hukuku aynı hukuk olmaktadır. Fakat borçlar hukuku alanında, işlem hukukunun devletler hususî hukuku kaidelerinin sınırlı olarak dikkate alınabileceği gözden kaçırılmamalıdır[10].

10) Bkz. yukarıda s. 140 vd..

d) Tek bir kişinin irade beyanının yeterli olduğu hukukî işlemlerde, iradenin beyan edildiği yer, hukukî işlemin *yapıldığı yerdir*. Böyle bir irade beyanının hukukî sonuç doğurabilmesi için belirli bir şahsa veya makama yöneltilmiş veya gönderilmiş veya vasıl olması şartı, beyanın yapıldığı yerin, hukukî işlemin yapıldığı yer olması kaidesini değiştirmez. Şu halde meselâ, Almanya'da tanzim edilmiş ve Türkiye'deki mümessile gönderilmiş olan bir yetki belgesinin yapıldığı yer Almanya'dır. Alman hukukunun aradığı şekil şartlarına uygun olması bu hukukî işlemin "şeklen" geçerli olması için yeterlidir.

> Bir irade beyanının "aracı" vasıtasıyla açıklanmasında, beyanın yapıldığı yer, aracının değil, iradesi açıklanan şahsın iradesini verdiği yerdir. Temsilci vasıtasıyla irade bayanının yapılmasında, temsilcinin irade beyanını açıkladığı yer hukukî işlemin yapıldığı yerdir.
>
> Bazı hukuklarda kabul edilen, aracı kullanarak yapılabilen evliliklerde durum farklıdır. Bu tip evliliklerde evlenme yeri, evlenme merasiminin yapıldığı yerdir. Bu sebeple kendisine tevdi edilen evlenme iradesini açıklayan aracının, bu beyanı açıklama yeri işlem yeri olmaktadır.
>
> Japonya ve Güney Kore'de olduğu üzere, nişanlıların talebi üzerinde yapılan tescil ile meydana gelen evlenmelerde de bu tescil hukukî bir işlem olmayıp, idarî bir işlem olmasına rağmen, taleplerin yapıldığı yer değil, fakat tescil yeri evlenme yeri olarak kabul edilir.
>
> Bir hukukî işlemin yapıldığı yer olarak, iradenin **gerçekten** beyan edildiği yer nazara alınır. Bir belgede gerçeği ifade etmeyen bir işlem yeri gösterilmiş ise, bu yer hukuku işlem hukuku olarak kabul edilebilir. Gerçek işlem yeri hukuku bundan etkilenmez.

İki taraflı hukukî işlemlerde, işlem *hazır olmayan* kişiler arasında yapılmakta ise, taraflardan her birinin irade beyanlarının, bu beyanların yapıldıkları yerdeki hukuk nizamının şekil şartlarına uygun olması gerekli ve yeterlidir. Farklı fikirler bulunmakla beraber[11], bu sonuç hukukî işlemlerde şeklin yapıldığı yer hukukuna tâbi tutulmasında temel teşkil eden işlem güvenliği, pratik ihtiyaçlar ve kolaylık temin etme fikrine uygun olduğundan tercih edilmelidir.

e) 6'ncı madde hukukî işlemlerdeki "şekilden" söz etmektedir. Bu madde anlamında nelerin *şekle* ait olduğu tesbit edilmek gerekir. Bu, lex fori'ye ait bir "vasıflandırma" meselesidir. Burada yapılacak vasıflandırma, aynı zamanda, ehliyete ve esasa ait olarak düzenleme getirmiş olan diğer kanunlar ihtilafı kaidelerinin geçerlilik alanı ile 6'ncı maddenin geçerlilik alanı arasındaki sınırın çizilmesi anlamına gelir.

11) Bkz. TEKİNALP 83 vd.; özellikle SOERGEL - KEGEL Art. 11 Rz. 10.

Meselâ, evlenma ilânı, evlenme işlemine resmî evlendirme memurunun veya din adamının iştiraki ve bunların yetkileri meselesi evlenmenin maddî şartlarına değil (m. 12 c. 1), fakat evlenmenin şekline ait meselelerdir (m. 12 c. 2). Buna mukabil **temsilci** vasıtasıyla evlenmenin yapılabilmesi meselesi, şekil yanında evlenmenin maddî şartlarını da ilgilendirdiğinden, nişanlıların millî hukuklarının da uygulanması gerekir.

Usul hukukuna ait hükümlerde "şekil" farklı bir etkiye sahip olabilir. Meselâ, Türk hukukunda (ve Fransız hukukunda, code civil m. 1341) yer alan ve belli bir miktardan yukarı değerdeki hukukî işlemlerin senetle isbat mecburiyetini getiren hüküm (m. 288) de şekle aittir. Zira bu hüküm, belirli hukukî işlemler için yazılı şekli mecburi kılmakta ve doğrudan doğruya şekle ait bir düzenleme getirmektedir. Bununla beraber, aynı zamanda **usulî** bir hüküm olduğundan[12], senetle isbat mecburiyetine ilişkin bu kaide, bu mecburiyeti tanımayan bir ülkede yapılmış olan hukukî işlemlerin Türk mahkemelerinde isbatında da uygulanır (usul hukukunda lex fori prensibi).

f) *İşlem hukuku* şekle hâkim bulunuyor ve fakat *işlem diğer bir ülkede* yapılmakta ise, işleme *resmiyet* veren memurların iştiraki meselesi önem taşır. Meselâ Türk hukukunun aradığı bir resmî senet, Alman noteri tarafından düzenlenebilir mi? Veya Texas Eyaletindeki bir *notary public* tarafından düzenlenmiş olan bir senet, Türk hukukunun kabul edebileceği bir resmî senet midir?

Türk hukuku, yabancı bir makamın veya memurun, kendi hukukuna göre senetlere resmiyet vermesini, senetlerin resmî senet olması için yeterli görmektedir. Bu durum özellikle yabancı noterlerce verilen resmiyet için geçerli bir prensiptir.

Şu halde, **resmî senetlerde,** bir senede resmiyet veren, senedî tanzim eden makam veya şahsın sıfat ve yetkisidir. Bu bakımdan yabancı bir ülkede bir senede resmiyet vermeye yetkili makam veya memurlar tarafından düzenlenmiş senetler de "locus regit actum" kaidesi gereği resmî senet hüküm ve kuvvetindedir (HUMK m. 296)[13].

5. İşlem hukuku ile mahallî hukukun alternatifliği bazen kendiliğinden ortadan kalkar. İşlem hukuku ile mahal hukukunun aynı olması ihtimalinde, meselâ bir Türk vatandaşının İstanbul'da bir vasiyetname yapmasında, şekle uygulanacak tek bir hukuk mevcuttur. Çünkü Türk hukuku hem işlem hukuku (murisin millî hukuku, m. 22 I), hem de mahal hukuku (yapıldığı yer hukuku, m. 6) olmaktadır.

Hukukî işleme hakim olan hukukun, devletler hususî hukuku kaideleri sadece mahal hukukunun şeklini geçerli kabul etmekte ise (iade-atıf veya devam eden-atıf hali), yine şeklin tâbi olacağı tek bir hukuk (mahal hukuku) mevcuttur.

12) Bkz. ileride s. 310.

13) Bkz. Yar. 12. HD., 1.11.1983 (YKD 2/1984 266-268). Ve ayrıca ileride s. 321 ve dip n. 72.

6. **Kambiyo senetlerinde** (poliçe, bono veya emre yazılı senet ve çek) taahhütlerin şekli **prensip olarak** mahal hukukunun hâkimiyeti altındadır. Poliçe ile yapılan taahhütlerin şekli bu taahhütlerin imzalandığı[14] memleketin kanunlarına tâbidir (TK m. 679). Aynı esas bono (TK m. 690) ve çekler için (TK m. 732) de geçerlidir. Ayrıca bir Türkün yabancı memlekette yapmış olduğu bir poliçe veya bono taahhüdü Türk mevzuatının gösterdiği şekle uygun bulunduğu takdirde, Türkiye'de başka bir Türke karşı muteberdir. Çeklerde ise şekil yönünden ödeme yeri kanunu ile emredilen şekle riayet etmek de şekil yönünden geçerliliği temin eder.

7. Türk hukukunda *taşınmaz* mallar üzerindeki *aynî haklara ilişkin hukukî işlemlerde* sadece işlem hukuku (lex causae) söz sahibidir (m. 23). Taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklara ilişkin hukukî işlemlerde, *şekli*, taşınmazın bulunduğu yer hukuku (yani *lex rei sitae* veya lex rei sitae'nin iade atıf ya da devam eden atıfda bulunduğu hukuk) tayin eder. Bu prensip gerekçesini işlem güvenliğinde bulur. Ancak Türk hukuku aynı prensibi, taşınır mallar üzerindeki tasarrufların şekli bakımından kabul etmiş değildir (m. 23 III).

Aynî haklara ilişkin hukukî işlemlerle, aynî haklara doğrudan doğruya etkili olan hukukî işlemler yanında, bir aynî hakka doğrudan doğruya etkili bir hukukî işlemi yapma borcunu doğuran işlemler de kastedilmektedir. Yani, aynî bir hakka ilişkin hem tasarrufî hem de iltizamî işlemler lex rei sitae prensibinin hâkimiyeti altındadır. Hukukî işleme "şekil" bakımından getirilen bu hüküm, bu bakımdan taşınır mallara ilişkin hukukî işlemler için uygulanmaz.

Türk maddî hukukunda gayrimenkul mülkiyetini nakil borcunu doğuran akitlerde **resmî şekil** kabul edilmiştir (MK m. 634). Bunun yanında, gayrimenkul mülkiyetini nakil borcunu doğurmasına rağmen Medenî Kanunda resmî şekle bağlı tutulmayan bazı akitler de vardır (Meselâ, MK m. 611 II).

Resmî şekli gerçekleştirecek mercî Türk hukukunda ayrıca gösterilmiştir. 2644 sayılı Tapu Kanununun 26 ncı maddesine göre, "mülkiyete, mülkiyetin gayrî aynî haklara" mütedair resmî senetler tapu sicil muhafızları veya memurları tarafından tanzim edilir. Tapu siciline tescil ile kurulan **kat mülkiyeti** için de aynı şey geçerlidir (Kat Mülkiyeti K. m. 10 IV). Bu gibi, düzenlenmesi Tapu sicil muhafızlarına veya memurlarına verilmiş olan resmî senetlerin yabancı ülkelerde gerçekleştirilmesi mümkün değildir[15].

Taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklara ilişkin olmayan *diğer hukukî işlemler*, meselâ vekile, müvekkili adına taşınmaz mal iktisap etme borcu yükleyen bir vekâlet akti, şekli sadece işlem hukukuna tâbi tutan hükme (m. 23 III) tâbi değildir.

8. Türk hukuku **evlenmelerde,** mahal hukukunun şeklini mecburî kılmıştır. Türkiye'de yapılan evlenmelerde bu kesin bir kaidedir. Buna mukabil yaban-

14) Poliçede gösterilen imza (tanzim) yeri, gerçek (fiilî) imza yerinden farklı ise, gerçek imza (tanzim) yeri dikkate alınır; bkz. MORAWITZ Das internationale Wechselrecht 1991, 70. Değişik: ÖZDEEMİR, H. 267.

15) Bkz. ileride s. 321 vd., n. 74 ve 75.

cı ülkelerde yapılan evliliklerde, yabancı hukukun devletler hususî hukuku kaidelerinin kabul edebileceği diğer bir hukukun şekil şartına uygun hareket edilebilir (m. 12).

9. Yapılacak hukukî işlem, mahal hukukunca **bilinmemekte** ise, böyle bir işlemin şeklini sadece işlem hukuku tayin eder. Mahal hukuku hiçbir şey söylemediği için, mahal hukukuna göre bir şekilsizlikten söz edilemez.

4. Zamanaşımı

1. Zamanaşımının tâbi olacağı hukuk hakkında devletler hususî hukukunda iki görüş vardır. Dünyanın ekseri hukuk nizamlarında zamanaşımı medenî hukukun bir müessesesi olarak görülür ve kanunlar ihtilafı hukuku bakımından ilgili hukukî muameleye hâkim olan hukuka (hüküm statüsü) tâbi kılınır. Buna mukabil Common Law hukukunun hâkim olduğu ülkelerin hukuk sistemlerinde[16] zamanaşımı prensip olarak usul hukukuna aittir. Bu sebeple common law hukukuna göre, zamanaşımına uğrayan medenî hukuka ait talep hakkı değil, fakat usule ait dava hakkıdır. Bu ise, zamanaşımının daima lex fori'ye tâbi olması sonucunu doğurur; zira usul hukukuna ait meselelerde yabancı bir hukukun söz sahibi olması kabul edilmez. Halbuki zamanaşımını hüküm statüsüne tâbi tutan hukuk nizamlarında meselâ miras hukukuna ait bir talep hakkının zamanaşımına uğramasında miras statüsü, eşya hukukuna ait bir talep hakkının zamanaşımında eşya statüsü söz sahibi olmaktadır.

2. *Türk hukukunda* zamanaşımı maddî hukukun bir müessesesidir. Bu sebeple, zamanaşımına konu olan *talebin tâbi olduğu hukuk* (lex causae, hüküm statüsü veya "lex obligationis") zamanaşımı hakkında da karar verir (m. 7). Yabancı hukuktaki zamanaşımının veya süresinin Türk hukukundan farklı düzenlenmiş olması, *prensip olarak*[17], Türk kamu düzenini ilgilendiren bir konu değildir. Meselâ akdî ilişkilerden doğan taleplerde taraflarca seçilmiş veya objektif olarak tayin edilmiş akit statüsü, haksız fiillere ilişkin taleplerde haksız fiilin işlendiği yer hukuku, aynî haklara ait taleplerde lex rei sitae, aile hukukundan doğan taleplerde ilgili özel statü bu taleplerin zamanaşımı hakkında da uygulanır.

16) 1984 yılına kadar, zamanaşımını usul hukuku kuralı olarak kabul eden *İngiltere*'de, kabul edilen bir kanun (Foreign Limitation Periods Act 1984: *Carter*, [1985] 101 Law Q. Rew. 68); ŞANLI Zamanaşımı 646 vd.) ile, İngiliz mahkemelerinde görülen davalarda, common law anlayışı terk edilerek, zamanaşımının maddî hukuk vasfı kabul edildi (DICEY/MORRIS 186) ve zamanaşımı, Kara Avrupa'sı hukuklarında olduğu üzere, uygulanan maddî hukuk hükümlerine tâbi tutuldu (CHESHIRE/NORTH/FAWCETT[12] 80 vd.). *Amerika Birleşik Devletleri*'nde, aksine gelişmeler mevcut olmakla beraber (Bkz. HAY 197 vd.) zamanaşımının usul hukuk vasfı etkisini devam ettirmektedir.

17) Yar. 11.HD., 28.5.1998 (YKD 3/1999 352) ve bu karara ilişkin olarak özellikle: KRÜGER Türkisches internationales Verjährungsrecht: IPRax 6/1999, 493 vd. Ayrıca ileride s.318, n.65'deki konuyla ilgili Yargıtay kararlarına bkz.

Talebin tâbi olduğu hukuk, zamanaşımının *başlangıcı, süresi, durması, kesilmesi ve hükümleri* hakkında da geçerlidir.

Yabancı bir mahkemede açılmış bulunan davanın Türk hukukuna tâbi olan zamanaşımını **kesip kesmiyeceği** hususunda tereddüt doğabilir[18]. Ancak yabancı mahkemede açılmış bulunan bir davanın Türk maddî hukukuna tâbi bulunan zamanaşımını kesmesi mümkün değildir. Zira milletlerarası usul hukukumuz yabancı mahkemede açılmış bir davanın usul hukukumuzda prensip olarak hiçbir etkiye sahip olamıyacağından hareket etmiştir. Evvelâ, istisnalar dışında, yabancı mahkemede açılan bir dava için "derdestlik" itirazı kabul edilmemiştir[19]. Ve sonra da, yine usul hukukumuzda, yetkisiz bir mahkemede dava açılmasının zamanaşımını kesmesi, davanın sonuçta yetkili ve görevli Türk mahkemesinde açılmış olmasına bağlı kılınmıştır (HUMK m. 193 III, IV)[20]. Buna mukabil, yetki sözleşmesine dayanılarak yabancı mahkemede açılan davada, yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz görmesi halinde, davanın Türk mahkemesinde açılabilmesi imkânı tanınmış olduğundan (m. 31), zamanaşımı süresi dolmuş olsa bile, Türkiye'de dava açabilmek için BK m. 137'deki munzam süreden istifade edilebilecektir.

3. *Kıymetli evrak hukukunda*, zamanaşımı özel olarak düzenlenmiştir. Poliçe, bono ve çeklerde, "müracaat hakkının kullanılması için gereken müddetler", poliçe, bono veya çek'in *keşide edildiği yerde* geçerli olan mevzuata göre tâyin olunur (TK m. 681, 690, 730).

4. Türk hukukunda zamanaşımı maddî hukukun bir müessesesi olduğundan, bu vasıflandırma devletler hususî hukuku bakımından da geçerlidir (lex fori'ye göre *vasıflandırma*). Bu sebeple, talebe uygulanan hukukun (lex causae), İngiliz ve Amerikan hukuk alanında olduğu üzere, zamanaşımını usul hukukuna ait bir müessese olarak ("dava hakkının zamanaşımına uğraması") düzenlemiş bulunması önem taşımaz. Zamanaşımının bu düzenlemesi dikkate alınmaksızın, yabancı hukuk lex causae olarak uygulanır.

5. Yabancı hukuka tâbi zamanaşımı süresinin Türk hukukunda kabul edilenden daha kısa veya daha uzun olması[21] prensip olarak **Türk kamu düzeninin** müdahalesini gerektirmez. Buna mukabil belirli bir talep hakkını zamanaşımına tâbi tutmayan veya fevkalade kısa bir zamanaşımı süresine tâbi tutan ya-

18) Bkz. TEKİNALP 104 vd..

19) Bkz. ileride s. 353 vd.

20) **Alman hukukunda** hâkim fikir, yabancı mahkemeden alınan kararın Almanya'da tanınmasının ihtimal dahilinde olması halinde, yabancı mahkemede açılan davanın Alman hukukuna tâbi olan zamanaşımını kesebileceği şeklindedir (SOERGEL - LÜDERITZ Rz 319 vor Art. 7). Fakat bu çözüm tarzı, yabancı derdestliğin de aynı şartla kabul edilebileceğine dair alman hukukundaki anlayış (ROSENBERG Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrecht9 1961, 482) ile paralellik teşkil etmektedir. Bu bakımdan, böyle bir anlayışın yer almadığı Türk hukuku için, aynı çözüm tarzının ileri sürülebileceğini zannetmiyoruz.

21) Bkz. ileride s. 318, n. 65.

bancı kanun hükmünün Türk kamu düzeni ile uyuşmayacağı söylenebilir. Böyle bir durumda, muhtemelen yabancı hukukun genel zamanaşımı süresinin uygulanması yoluna gidilecektir[22].

II. ŞAHSIN HUKUKU ALANINDA

1. Gerçek Şahıslar

a. Hak ehliyeti

Gerçek şahısların *hak ehliyeti,* yani haklara ve borçlara sahip olabilme ehliyeti kişiye en sıkı şekilde bağlı olan bir konudur. Bu bakımdan burada "taraf menfaati" önde gelir. Şu halde, bir şahsın hak ehliyeti onun *şahsî statüsüne* tâbi olur[23].

1. *Prensip.* Türk hukukunda bir şahsın hak ehliyetine sahip olup olmadığını onun *milli hukuku* ("şahsî statü") tayin eder (m. 8 I).

Hak ehliyetinin millî hukuka, yani şahsın tabiiyetine bağlanması, yeni doğan bir çocuğun öncelikle tâbiiyetinin bilinmesini gerektirir. Bu bakımdan, prensibin, "bir şahsın hak ehliyeti hakkında, —hak ehliyetine sahip olsaydı— tabiiyetinde olacağı devletin hukuku karar verir" şeklinde ifade edilmesi daha doğru olur.

Vatansızlar ve mülteciler hakkında onların ikametgâh, bulunmadığı takdirde sâkin oldukları yer hukuku (m. 4; 1951 tarihli Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Sözleşme, m. 12) millî hukuk yerine geçer.

2. *Hak ehliyetinin başlangıcı ve sona ermesi.* Bugün, tekmil hukuk nizamlarında hak ehliyeti, yani haklara ve borçlara sahip olabilme ehliyeti her şahsa tanınmış bulunmaktadır.

Bugünkü dünyada **esaret** devletler hukuku topluluğuna dahil her devlette kamu düzenini ihlâl eden bir müessese olarak kabul edilmekte, bir şahsın hak ehliyetini kaldıran hiçbir etki tanınmamaktadır.

Ancak hak ehliyetinin başlangıcı ve sona ermesi hakkında hukuk nizamlarında bazı farklı hükümler görülmektedir.

a) Bir şahsın millî hukuku onun hak ehliyetinin *başlangıcı* hakkında da karar verir. Gerçi hak ehliyeti prensip olarak her hukuk nizamında doğum ile başlar, fakat münferit de olsa pratik sonucu olan bazı farklılıklar mevcuttur.

---

22) Bkz. yukarıda s. 159 vd..

23) Farklı bir düzenleme olarak, *Liechtenstein* hukukunda, bu ülkede doğan yabancıların hak ehliyetine mahallî hukuka tâbi hukukî işlemler bakımından mahallî hukuk uygulanır; Şahıs ve Şirketler Hukuku, m. 53 (Bkz. MAKAROV Quellen I Liechtenstein 8).

"Doğum" olayı, **şahsiyetin (kişiliğin)** doğumunu ve dolayısıyla hak ehliyetinin elde edilmesini temin eder. Tekmil hukuk nizamlarında prensip bu olmakla beraber, şahsiyetin doğum anı hakkındaki hükümlerde farklılıklar olabilmektedir. **Türk hukukunda** olduğu gibi, bazı hukuklarda, şahsiyet sağ olarak doğumun tamamlandığı anda başlar (Türk MK m. 27 I; BGB § 1). Diğer bazılarında ise ayrıca çocuğun yaşama yeteneğine de sahip olması aranır (Fransız code civil m. 725; İspanyol hukuku ek olarak, bir "figura humana" yanında 24 saat yaşama şartı da koymuştur, codico civil m. 30). Şahsiyetin doğumunda hukuk nizamlarındaki bu farklılıklar pratik sonuçlar hasıl etmektedir.

Misal : Bir İspanyol ile evli olan Türk vatandaşı kadın doğum yapar yapmaz, doğan çocuk ise 10 saat yaşadıktan sonra ölmüştür. Mirasın intikalinde, İspanyol hukukuna göre çocuk hiç şahsiyet elde edememiş olduğundan, terekeye koca ve annenin hısımları mirascıdır. Halbuki Türk hukukuna göre, terekeye sadece koca ve anneden sonra ölmüş olan çocuk mirascı olur.

b) Hak ehliyeti dünyanın her yerinde *"ölüm"* ile *sona erer*. Bununla beraber gaipliğin sonucu olarak şahsiyetin ve dolayısıyla hak ehliyetinin son bulmasında hukuk nizamında farklı düzenlemeler vardır.

Kilise hukukunda görülen **manastır ölümüne** artık rastlanmıyor. Böyle bir ölüm şeklini hâlâ kabul eden Ekvator'da da görünüşe göre uygulaması yok. Buna mukabil **medenî ölüm** ceza olarak mevcudiyetini sürdürmektedir. Meselâ, New York'da hayat boyu hapis cezasına mahkumiyet halinde [Penal Law § 511] veya Kaliforniya'da ölüm cezası verilmesi halinde [Penal Code § 2602] "medenî ölüm" hali meydana gelmektedir. Batı Afrika Devletlerinden Gabun'un, ölüm cezasının hayat boyu hapse çevrilmesi halinde de medenî ölümü kabul ettiği bildirilmektedir[24]. Bütün bu hukuk kaidelerinin Türk kamu düzeninin müdahalesine uğrayacağı (m. 5) tabiidir.

3. *Taraf olma ehliyeti. Medenî usul hukukunda,* bir davada davacı, davalı veya müdahil olabilme ehliyeti "taraf ehliyeti" olarak ifade edilir. Taraf olma ehliyeti hukuklarda farklı şekilde düzenlenmiş olabilmektedir. Türk hukukunda, hak ehliyetine sahip olan her gerçek şahıs davada taraf ehliyetine de sahiptir (HUMK m. 38).

Türk hukuku gibi, diğer bazı hukuklarda da (meselâ Alman ZPO § 50) hak ehliyetine sahip şahıs taraf olmaya da ehil kabul edilmiş olmakla beraber, hak ehliyeti ile taraf ehliyeti her zaman birbirine uygunluk göstermez[25]. Diğer bir söyleyişle, hak ehliyeti ile taraf ehliyeti aynı şey değillerdir, sadece aynı bağlanma noktasını, yani **şahsî statüyü** kullanırlar. Bu, gerçek şahısların taraf olma ehliyetleri için **millî hukukun** tatbiki anlamına gelir.

4. **Özel ehliyet.** Bazı hukuklarda gayrimenkul iktisabı, vasî veya mirascı olabilme gibi bazı **münferit** hak ve borçlara ehliyet, hak ehliyetinden farklı bağ-

24) KEGEL IPR 1985 316.

25) Hak ehliyetine sahip olmayan dernekler ve şahıs ve mal topluluklarının taraf olma ehliyetleri için bkz. ileride s. 301 vd..

lanma noktalarına tâbi tutulmuştur. Bu gibi **özel hak ehliyetleri** hakkında **hüküm statüsüne** yetki tanınmaktadır.

Türk hukukunda, özel hak ehliyetleri de genellikle (farklı: mirasa ehil olma) millî hukuka tâbi tutulduğundan (meselâ m. 11 I, m. 12 I, m. 18 I, m. 22 V) şahsın **hak ehliyeti** ile aynı bağlanma noktası (şahsî statü) kullanılmış olmaktadır.

5. **Hayat ve ölüm karineleri.** Şahsın kaybolması halinde, bazı hukuklar, şahsın ölüp ölmediği ve ne zaman öldüğü (dolayısıyla hak ehliyetini kaybetmiş olduğu) hususunda hayat veya ölüm karineleri kabul ederler. Şahsın kaybolma durumuna göre ya hayatta olması (ölümü isbat edilmelidir) ya da ölmüş olduğu (hayatta olduğu isbat edilmelidir) karine olarak kabul edilir. Veya hiçbir karine yoktur (şahsın hayatta olduğunu veya ölü olduğunu iddia eden isbatla yükümlüdür). Karineye dayanan bir sistemde ayrıca mahkemece bir karar alınmasına gerek görülmeyebilir.

Türk hukukunda, cesedi bulunmayan kimse, ölümüne muhakkak gözü ile bakılmayı gerektirecek haller içinde kaybolmuş ise, o kimse ölmüş sayılır (**"ölüm karinesi"**; MK m. 30 ve 42). Ayrıca birden fazla insanın aynı olayda ölmesi halinde, hangisinin evvel veya sonra öldüğünü tesbit mümkün olmadığı takdirde, aynı anda ölmüş sayılırlar (**"birlikte ölüm karinesi"**; MK. m. 28 II).

İsbat külfeti, genel isbat külfetine ilişkin esaslara tâbidir[26]. Bu sebeple, hayat ve ölüm karineleri, hak ehliyetinin tâbi olduğu hukuka, yani **şahsî statüye** (millî hukuk veya ikametgâh hukuku) göre düzenlenir. Burada, hüküm statüsünün de uygulanmasını isteyen görüş mevcuttur.

6. *Ölüm ve gaiplik kararı.* Bazı hukuklar, yargısal bir tesbit yapmaksızın, belirli olaylara dayanılarak kaybolan şahıs hakkında *ölüm kararı* veya *gaiplik kararı alınmasını* kabul etmişlerdir.

Meselâ, **common law**'da yedi yıllık bir gaiplik süresinin geçmesi halinde şahsın öldüğü kabul edilir. Bunun anlamı, bir ölümü iddia eden kişinin, ölümün kabulünü gerektiren olayları isbat etmek mecburiyetinde olduğudur.

Alman hukukunda da, ölümü çok muhtemel kılan olayların özel bir dava usulünde isbat edilmesi gerekir. O zaman mahkeme şahsın öldüğünü ve belirli bir zamanda öldüğünü bir mahkeme kararıyla tesbit eder (VerschG § 9 I 1). Prusya hukukundan gelme olan bu sistem **Avusturya, Çekoslovakya, İtalya ve İspanya hukuklarınca** benimsenmiştir.

Fransa'da, Türk hukukunda olduğu üzere, sadece gaiplik kararı ("déclaration d'absence") vardır. Alınan bir gaiplik kararına, genellikle ölüm kararına nisbetle daha az katı ve geçici etkiler tanınmaktadır. Code civil'i takip eden, **İtalya, İspanya** gibi hukuklarda bu etkiler farklılıklar göstermektedir.

26) Bkz. ileride s. 297 vd..

Türk hukukunda sadece gaiplik kararı alınabilir. Bunun için, ölüm tehlikesinden en aşağı bir sene veya gaibin son haberinden beş sene geçmiş olması lâzımdır (MK m. 32 I). Bu gaiplik kararının şahsın hukukuna (MK m. 43), aile hukukuna (MK m. 94) ve miras hukukuna (MK m. 526) ilişkin sonuçları vardır.

Kısaca ifade edilmek gerekirse, gerek ölüm kararının, gerekse gaiplik kararının şartları ve usulü hukuktan hukuka çok farklılıklar göstermektedir.

Ölüm veya gaiplik kararının bir *mahkeme kararı* olarak ortaya çıkması, mahkemenin milletlerarası yetkisi ve uygulanacak hukuk meselelerini birlikte getirmektedir. Ayrıca yabancı mahkeme kararının tanınması da gündeme gelmektedir.

(1) **Milletlerarası yetki**. Bir yabancı hakkında Türkiye'de ölüm veya gaiplik kararı verilmesi talep ediliyor ise, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi **özel** olarak düzenlenmiştir (m. 29): Türkiye'deki ikametgâhı, yoksa sâkin olduğu yer, sâkin değilse mallarının bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir.

Yetkili olan Türk mahkemesi yabancı hakkında onun millî hukukunu uygulamak durumunda (m. 10 c. 1) ise, bu hukukun hükümlerine uygun olarak gaiplik veya ölüm kararı verecektir. Gaiplik kararının Türk hukukunda, kişiliği sona erdirdiği ve ölüm siciline kaydedildiği (MK m. 43) dikkate alınırsa, Türk hukukunda tanınmamakla beraber, gaiplik kararı ile aynı nitelikte olan ölüm kararını da verebileceğinde tereddüt etmemek gerekir.

(2) Bir "mahkeme kararı" niteliğinde olması şartıyla, yabancı bir mahkemeden verilmiş ölüm veya gaiplik kararı Türkiye'de **tanınabilir** (m. 42 I ve II). Karar bir yabancı hakkında ise, uygulanmış olan hukuk önem taşımaz. Bir Türk hakkında ise uygulanmış olan hukuk, kararın tanınmasında etkili olabilir (m. 38e). Bunun dışında, ister yabancı isterse Türk vatandaşı hakkında olsun, yabancı bir mahkemeye ait ölüm veya gaiplik kararının tanınmasında tek önemli şart, taşıdığı hükmün Türk kamu düzenine aykırı olmamasıdır (m. 38 c).

(3) Türk mahkemesinde bir yabancının ölüm veya gaipliği hakkında *uygulanacak hukuk*, şahsî statü olarak *millî hukuktur*; gaiplik veya ölmüş sayılma kararı, hakkında gaiplik veya ölmüş sayılma kararı verilecek kişinin millî hukukuna tâbidir.

Prensip millî hukuk olmakla beraber, istisnaî olarak Türk hukuku da, *lex fori* niteliğiyle, yetkilendirilmiştir: millî hukukuna göre hakkında gaiplik veya ölmüş sayılma kararı verilemeyen yabancının mallarının Türkiye'de bulunması veya eşinin veya mirasçılarından birinin Türk vatandaşı olması halinde *Türk hukukuna göre* ("lex fori") gaiplik veya ölmüş sayılma kararı verilebilir (m. 10).

Kayıp kişiler hakkında iki **milletlerarası sözleşme** mevcuttur. Bir tanesi, Lake Success'de 6.4.1950 tarihine kabul edilmiş olan "Kayıp Kişilerin Ölüm Ka-

rarları Hakkındaki Birleşmiş Milletler Sözleşmesidir". İkinci Dünya Harbinde ve sonrasında Avrupa, Asya ve Afrika'da ikamet sahibi kaybolmuş kişilere ilişkindir. Diğeri, 14.9.1966 tarihli Atina CIEC-Sözleşmesidir. Ölüm kararlarında mahkemelerin ve makamların milletlerarası yetkilerini düzenlemektedir. Türkiye ikisine de iltihak etmemiştir.

b. Fiil ehliyeti (medenî hakları kullanma ehliyeti)

Gerçek şahısların *fiil ehliyeti*, yani bir şahsın kendi fiili ile haklar tesis edebilmesi ve mükellefiyetler altına girebilmesi ehliyeti de *şahsî statüye* tâbidir. Burada özellikle önem taşıyan *hukukî muamele ehliyeti*, yani bir şahsın kendi fiilleri ile hukuken geçerli muamelelerde bulunabilme ehliyetidir.

Statüler teorisinden bu yana hukukî muamele ehliyeti, kişinin şahsî özelliğine ait olması itibariyle, şahsî statüye tâbi kılınmıştır. Bu çözüm Kara Avrupası hukuklarında ortak bir teamül hukuku haline gelmiş ve devletler hususî hukuku kanunlarına geçmiştir. Buna mukabil Amerika Birleşik Devletlerinde, gayrimenkullere ilişkin hukukî muameleler hariç, hukukî muamele ehliyeti için lex loci actus yetkilidir. Gayrimenkullere ilişkin hukukî muamelelerde ehliyet common law'da, yani Amerika Birleşik Devletleri'nde ve İngiltere'de, lex rei sitae'ye tâbidir. Hukukî muamele ehliyetini şahsî statüye tâbi tutan hukuklar için ya ikametgâh prensibi ya da tabiiyet prensibi söz konusu olmaktadır. Kara Avrupası ülkelerinden hukukî muamele ehliyetini şahsî statü olarak ikametgâh hukukuna tâbi tutan ülkeye misal olarak **Danimarka,** millî hukuka tâbi tutan ülkeye misal olarak **Almanya** (EGBGB m. 7) zikredilebilir.

1. *Prensip.* Türk hukukunda fiil ehliyeti hakkında şahsî statü olarak *millî hukuk* tatbik edilir (m. 8 I).

Vatansızlar ve mülteciler hakkında onların ikametgâhı, bulunmadığı takdirde sâkin oldukları yer hukuku millî hukuk yerin geçer (m. 4; 1951 tarihli Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Sözleşme, m. 12 I).

2. Bir şahsın hukukî muamele ehliyetine sahip olduğu veya sınırlı ehliyete sahip bulunduğu veya hukukî muamele ehliyetinden yoksun bulunduğu ve bunların sonuçlarının[27] neler olduğu hakkında onun millî hukuku karar verir.

Meselâ **rüşt yaşını,** tam fiil ehliyetini temin eden bir müessese olarak **kazaî rüştü,** Türk hukukunda olduğu üzere **evlenmenin kişiyi reşit kılıp kılmadığını** millî hukuk tayin eder.

3. Fiil ehliyeti alanında *genel* hukukî muamele ehliyeti ile *özel hukukî muamele ehliyetlerinin* ayrılması önem taşır. Genel hukukî muamele ehliyeti Kanunun 8 inci maddesinde I. fıkrada düzenlenmişken, özel hukukî muamele ehliyetleri, içinde yer aldıkları hukuk alanlarında özel olarak düzenlenme

27) Farklı, fakat benimsenmeyen bir Alman mahkemesi kararı (OLG Düsseldorf, 25.11.1994) için bkz. BAETGE Anknüpfung der Rechtsfolge bei fehlender Geschäftsfähigkeit: IPRax 3/96 185 vd.; 199 vd.

konusu olurlar. Ancak *belirli* muamelelere teşebbüs için aranan ehliyetler, *muhtevaca* genel hukukî muamele ehliyetinden farklı olarak düzenlendiği takdirde pratik öneme sahip olurlar. Meselâ evlenme ehliyeti maddî evlilik hukukunun, vasiyetname ehliyeti maddî miras hukukunun, haksız fiil ehliyeti haksız fiil hukukunun bir parçasıdır. Ancak bu özel hukukî muamele ehliyetleri, kanunlar ihtilafı yönünden genel hukukî muamele ehliyeti hükmüne tâbi tutulmuş olabilirler (evlenme ehliyeti için m. 12 I, vasiyetname ehliyeti için m. 22 V).

Buna mukabil, bir hukukî muamelenin veya bir hukukî fiilin yapılabilmesi için tam bir *hukukî muamele ehliyetine* gerek olup olmadığı veya *sınırlı muamele ehliyetinin* veya sadece *tabii bir arzuda bulunma kabiliyetinin* yeterli olup olmadığı farklı kanunlar ihtilafı kaidelerince tâyin edilir: genellikle bu konularda *"hüküm statüsü"* yetkili olur. Meselâ sahipsiz bir menkul malın iktisabında ("ihraz"), tabiî arzuda bulunma kabiliyetinin yeterli olup olmadığı hakkında hüküm statüsü olarak *lex rei sitae* karar verir (m. 23 I).

Böylece, genel hukukî muamele ehliyetinden *"muhtevaca"* farklı düzenlenmiş *belirli* hukukî muameleler için şahsî statü yerine *hüküm statüsü* yetkili olabilir.

> Özellikle evlilik içi, evlilik dışı nesepte, evlad edinme ve vesâyet hukukunda kimin **kanunî temsilci olduğu,** diğer kanunlar ihtilafı kaidelerine göre tayin edilmektedir. Ve **kanunî temsilcinin** "bizzat" yapacağı hukukî muamelelerden hangilerinin temsil edilene karşı ve temsil edilen için etkili olacağını bu özel kanunlar ihtilafı kaideleri düzenler. **Tasarruf yetkisine** kimin sahip bulunduğu da özel kanunlar ihtilafı kaidelerince tayin edilir.

4. Türk hukukunda fiil ehliyeti usul hukukunda da kullanılır. Fiil ehliyetine sahip olan gerçek (ve tüzel) kişiler *dava ehliyetine* de sahiptirler (HUMK m. 38). Dava ehliyeti, fiil ehliyetinin medenî usul hukukunda büründüğü şekildir. Gerçi usul hukukumuzda, fiil ehliyetine sahip kişiler *daima* ve prensip olarak tekmil usulî muameleleri bizzat veya bizzat tayin ettikleri temsilci vasıtasıyla yapabilirler. Ancak yabancı hukuklarda bu uygunluk bazı defa tam olarak gerçekleşmemiştir (meselâ Alman hukukunda istisnaî olarak evlenme, nesep ve vesayet hukukunda: ZPO § 607, 640b, 664 II, 675). Böyle durumlarda dava ehliyeti hakkında *şahsî statü* söz sahibidir. Bununla beraber işlem güvenliği bakımından dava ehliyetinin asgari sınırının lex fori, yani Türk hukuku tarafından çizildiğinden hareket edilmesi zarureti vardır (m. 8 II kıyasen). Alman usul hukukunda bu, açık bir hükme istinad eder (ZPO § 55).

5. *Statü değişikliği.* Şahsın statüsünde meydana gelen bir değişiklik onun hukukî muamele ehliyetini *daraltmaz, fakat genişletebilir.*

Türk hukukunda da, şahsî statünün değişmesi, değişiklikten önce sahip

olunan hukukî muamele ehliyetini etkilemez (m. 8 III). Buna mukabil önceki şahsî statüye göre hukukî muamele ehliyetine sahip olmayan şahıs, yeni şahsî statünün hükümlerine tâbi olarak hukukî muamele ehliyeti kazanır.

> Hukukuna göre 17 yaşında reşit olan ve bu sebeple hukukî muamele ehliyetine sahip bulunan bir şahıs, Türk vatandaşlığına geçtiğinde 18 yaşını tamamlamamış bulunsa dahi reşit olmakta devam eder ve dolayısıyla sahip olduğu hukukî muamele ehliyetini muhafaza eder (m. 8 III: "Kişinin millî kanunu ile kazandığı rüşt hali vatandaşlığının değişmesi ile sona ermez").

Kanunda yer alan hüküm çok taraflı (tam) bir kanunlar ihtilafı kaidesidir. Bu bakımdan yalnız Türk vatandaşı olan yabancılar için değil, fakat aynı zamanda yabancı vatandaşlığa geçen Türk vatandaşları veya yabancı vatandaşlıktan diğer yabancı bir vatandaşlığa geçenler için de geçerlidir.

> Meselâ, 18 yaşını tamamlamış bir Türk vatandaşının, rüşt için 19 yaşı arayan Avusturya vatandaşlığına geçmesi halinde veya 18 yaşını tamamladığı için Macar hukukuna göre reşit sayılan bir Macar vatandaşının Avusturya vatandaşlığını kazanması durumunda, sahip olunan rüşt hali ve dolayısıyla hukukî muamele ehliyeti etkilenmez.

Şu halde prensip: reşit olan reşit kalmakta devam eder.

Buna mukabil reşit olmayan şahıs yeni statüsüne göre rüşt yaşında bulunuyor ise *ex nunc* reşit olur. Meselâ, 18 yaşında olduğu için henüz Avusturya hukukuna göre reşit sayılmayan bir Avusturyalı Türk vatandaşlığına geçer geçmez reşit kabul edilir ve dolayısıyla hukukî muamele ehliyetine de sahip olur.

> Kanun (m. 8 III) sadece "vatandaşlığın değişmesi" şeklindeki statü değişikliğini zikretmiş olmakla beraber, bu hüküm sadece vatandaşlığın değişmesi şeklinde değil, fakat her türlü **statü değişikliğinde** uygulanır (m. 4). Bu itibarla vatansızlarda ve mülteci durumunda olanlarda **ikamet değişikliği** de m. 8 III anlamında bir statü değişikliğidir. Aynı şey **kazaî rüşt** halinde de geçerlidir.
>
> Aynı şekilde, millî hukukuna göre reşit olmayan "evli" bir kadın, Türk, İsviçre ve Hollanda hukuklarında olduğu gibi **"evliliğin kişiyi reşit kıldığı"** bir hukuka sahip devletin vatandaşlığını kazanır ise, reşit hale gelir.

6. *İşlem güvenliği.* Hukukî muamele ehliyetine şahsî statü olarak *millî hukukun* hakim olması *işlem güvenliğine* zarar verebilir. Bizim hukukumuza göre hukukî muamele ehliyetine sahip gözüken, fakat kendi millî hukukuna göre ehliyetsiz olan bir şahıs (meselâ 18 yaşını doldurmuş bir Avusturyalı), Türkiye'de hukukî bir muamele yaptığında onun hukukî muamele ehliyetsizliği hukukî işlemin karşı tarafı için beklenmedik bir durum meydana getirir. Millî hukukuna göre ehliyetsiz veya sınırlı ehliyetsiz bir yabancı ile hukukî muameleye girişen şahsın, yaptığı hukukî muamelenin geçersizliği ile karşılaşması mümkündür.

a) İşlem güvenliğini sarsan bu durumu önlemek için *Türk hukuku*, millî hukukuna göre ehliyetsiz olan bir yabancıyı, Türk hukukuna göre ehil ise, Türkiye'de yaptığı hukukî işlemle bağlı tutmuştur (m. 8 II). Böylece hukukî muamele ehliyetinin millî hukuka tâbi olması kaidesi (m. 8 I), işlem güvenliği açısından bir istisnaya uğramış olmaktadır.

> Yabancının **tam ehliyetsiz** veya **sınırlı ehliyetsiz** olmasına temel teşkil eden **sebep,** Türk hukukuna göre bir ehliyetsizlik veya sınırlı ehliyetsizlik sebebi olarak kabul edilmiyor ise, bu yabancı Türkiye'de yaptığı işlemle bağlı tutulur. Eğer yabancı hacir altına alınmış ve bu hacir kararı Türkiye'de tanınmış ise, şüphesiz yabancı hacir altına alınmış bir şahsın statüsüne tâbi olur. Şu halde, hacir sebebi Türk hukukuna yabancı ise veya yabancı olmamakla beraber Türk hukukuna nazaran daha ağır sonuçlara sahip ise m. 8 II hükmü müdahale edebilir.

İşlem güvenliğini koruyan bu hükmün uygulanabilmesi için, hukukî işlem yapıldığı esnada yabancının *Türkiye'de bulunması* şarttır. İşlemin muhatabı genellikle Türk vatandaşıdır. Ancak hükmün tatbiki için muhatabın vatandaşlığı ve ikametgâhının bulunduğu ülke önemli değildir; işlemin yapıldığı sırada Türkiye'de bulunması da gerekli değildir. Şu halde hükmün tatbiki *hukukî işlemin Türkiye'de* yapılmasına ve bu hukukî işlemin yapıldığı esnada ehliyetsiz yabancının Türkiye'de bulunmasına bağlıdır. Bu iki şart gerekli ve yeterli olmaktadır.

İşlem muhatabının yabancının ehliyetsizliğini *bilmesi* de önem taşımaz. Millî hukukuna göre ehliyetsiz olan yabancı yaptığı hukukî işlemle bağlı kalır. Ancak hukukî işlem muhatabının onun millî hukukuna göre ehliyetsiz olduğunu bilmesi halinde[28], hukuken himaye edilme hakkını kaybeder. Zira aksine bir çözüm, Türk hukukunda iyi niyetin korunması temel prensibi ile çelişkiye düşerdi.

Türk hukukuna göre ehil olan yabancıyı Türkiye'de yaptığı hukukî işlemle bağlı tutan hüküm, *Türkiye'nin işlem güvenliğini* korumaktadır. Farklı bir söyleyişle, bu hüküm yabancı işlem güvenliğinin korunması maksadıyla kıyas yoluyla da olsa tatbik edilemez. Meselâ, henüz 17 yaşında olan bir Türk vatandaşının, bu yaşı rüşt yaşı kabul eden yabancı bir ülkede yaptığı hukukî işlemleri için Türk mahkemesince tam hukukî muamele ehliyetine sahip kabul edilmesi mümkün değildir. Bununla beraber hukukî işlemin yapıldığı dev-

28) **Alman hukukunda** hukukî muamelenin yapıldığı ülke hukukuna göre hak, fiil ve hukukî muamele ehliyetine sahip olan bir şahsın, diğer bir hukukun maddî hukuk hükümlerine istinaden hak, fiil veya hukukî muamele ehliyetsizliğini ileri sürebilmesi, hukukî muamele muhatabının bu ehliyetsizliği bilmesi veya bilmek mecburiyetinde olması şartına bağlanmıştır (EGBGB m. 12).

letin bizzat kendi hukukî işlem güvenliğini korumak istemesi halinde, bunun dikkate alınıp alınmaması, üzerinde durulması gereken bir konu olmaktadır[29].

İşlem güvenliğinin korunması alanında özel bir düzenleme **kambiyo senetlerinde,** poliçe ve bono ile borçlanma ehliyetinde görülmektedir (TK m. 678 ve 690). Poliçe ve bono ile borçlanma ehliyeti millî hukuka tâbidir. Ancak millî hukukuna göre ehil olmayan kimse, eğer mevzuatı bakımından kendisini ehil sayan bir memleket içinde imza koymuşsa taahhütleri ile mülzem olur. Benzer hüküm çekler için de söz konusudur (TK m. 730/21; bkz. TK m. 731).

b) Hukukî muamele ehliyetinin millî hukuka tâbi olması kaidesinin istisnası, yani işlem güvenliği bakımından mahallî hukuka verilen yetki *aile hukuku, miras hukuku* ile *yabancı ülkelerde taşınmaz mallar* üzerindeki aynî haklara ilişkin işlemler bakımından geçerli değildir (m. 8 II c. 2). Zira aile hukuku ve miras hukuku ilişkilerinde mahallî işlem güvenliğinin korunması gerekli değildir. Yabancı ülkedeki taşınmazlarda ise zaten taşınmazın bulunduğu ülke hukuku gerekli korunma hükümlerini bizzat almış olduğundan istisnaî hüküm önemini kaybetmektedir.

Şu halde sözü edilen aynî haklara ilişkin işlemler ile evlenme mukavelesi, evlâd edinme, ölüme bağlı tasarruf, miras mukavelesi, mirastan feragat gibi aile ve miras hukukuna ait işlemlerde ehliyetin tâbi olduğu hukuk *istisnasız* uygulanır.

Burada dikkat edilecek nokta şudur: yabancı ülkelerdeki taşınmaz mallar üzerindeki işlemlerde, işlem güvenliğinden sadece **tasarrufî muameleler** (meselâ taşınmazın mülkiyetinin intikali) için vazgeçilmiştir. Yoksa taşınmazın mülkiyetini nakil borcunu doğuran akitler (meselâ satım akti) için işlem güvenliğinin korunması devam etmektedir.

6. *Kazaî rüşt* ve *hacir.* Hukukî muamele ehliyeti *mahkeme kararı* ile genişleyebileceği gibi *("kazaî rüşt")* sınırlanabilir de *("hacir").*

Bu konularda uygulanacak hukuk genel prensibe uygun olarak şahsî statü, yani Türk hukukunda *millî hukuktur* (m. 8 I ve m. 9 I).

Hacir kararının alınmasına ilişkin **sebepler** (akıl hastalığı, akıl zayıflığı, israf, ayyaşlık, kötü hal, kötü idare, hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm olma) ilgilinin bulunduğu (ikamet ettiği) yer hukukunu ve kamu düzenini yakından ilgi-

29) Konu, **Alman hukukunda** 25 Temmuz 1986 tarihli Kanun kabul edilinceye kadar ihtilaflı idi; bkz. SOERGEL - KEGEL Art. 7 Rz. 17. Diğer yandan işlem güvenliği Almanya, İsveç, Polonya, İsviçre, İtalya, Yunanistan ve Mısır'da kanun yoluyla, Fransa'da mahkeme tatbikatıyla hukukumuzdakine benzer şekilde korunmaktadır. Fransız Yargıtayının **Lizardi** olayındaki kararı (Req., D.P. 1861.1.193, S. 1861, 1.305) meşhurdur: 21 yaşını geçmiş olan Meksikalı Lizardi Paris'te binlerce franklık mücevher satın alır. Bedelinin ödenmesi dava edildiğinde meksika hukukunda rüşt yaşının 25 olduğunu ileri sürer. Fransa'da o tarihlerde rüşt yaşı 21 idi (şimdi 18). Lizardi davayı kaybetti, çünkü Fransız "sans légèreté, sans imprudence et avec bonne foi" (dikkatli ve iyi niyetle) hareket etmiştir.

lendirir. Bu bakımdan hacir kararı alınmasında ilgilinin bulunduğu yer mahkemesinin yetkisi daima kabul edilegelmiştir[30]. Buna ek olarak mahkemelerin yetkisi meselesi ile uygulanacak hukuk meselesi de çok sıkı ilişki halindedir. Bu sebeple hacir kararının alınmasında şahsî statünün tatbik edilmesi prensibi **istisnaya** uğramıştır.

Hacir kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebepleri prensip olarak ilgilinin millî hukukuna tâbi olmakla beraber, eğer ilgilinin millî hukukuna göre hacir kararı alınması mümkün olmuyor ise, ilgilinin mutad meskeninin Türkiye'de bulunması şartıyla, Türk hukukuna göre de hacir kararı verilebilir veya kaldırılabilir (m. 9 II). Ancak bu istisnaî hüküm katı değildir. Türk mahkemesi Türk hukukunu tatbik etmekte hak sahibidir, fakat mecbur değildir. Kanunun ifadesiyle hacir kararı "verilebilir" veya "kaldırılabilir"[31].

7. Bazı şahıslar **cinsiyet** değiştirmektedir. Bu durumun, meselâ isim (ad) değişikliği gibi belirli hukukî sonuçları olmaktadır. Hukuklarda cinsiyet değişikliği ve sonuçları özel kanunî düzenlemelerin konusu yapılmaktadır[32]; Türk hukukunda: bkz. MK m. 29 II.

Türk kanunlar ihtilafı hukuku bakımından **cinsiyet değişikliğinin** şartları ve sonuçları ilgilinin **millî hukukuna** (veya şahsî statüsüne) tâbidir (m. 8).

Cinsiyet değiştiren (transsexuell) şahısların evlenmeye ehil olup olmadıkları da kendi millî hukuklarına göre tayin edilir (m. 12 I). Meselâ Malezya hukukuna göre cinsiyet değişikliği kabul edilmesine rağmen, cinsiyet değişikliğine uğrayan şahsın değişiklikten sonra yaptıkları evlilik tanınmamaktadır[33].

8. Bir şahsın ne gibi *şahsiyet değerlerine* sahip bulunduğu ve bunların nasıl korunacağı "şahsî statü" tarafından tayin olunur. Şahsın *adı* (isim) en önemli şahsiyet değerlerinden biridir.

Şu halde Türk hukukunda **gerçek şahıslar** için ilk merhalede "millî hukuk", vatansızlar ve mülteciler hakkında ikametgâh (veya sâkin oldukları yer) hukuku geçerlidir. **Tüzel kişiler** (ve kişi veya mal toplulukları) için "idare merkezi hukuku" nazara alınır.

Şahsın *adı* şahsiyet değerlerinin en önemlilerinden birisi olmasına rağmen, adın *kazanılması* ve *kaybı* şahsî statüye tâbi olma prensibinden bir istis-

30) Bkz. ileride s. 240 vd..

31) 1905 tarihli "Kısıtlamaya ve Benzer Tedbirlere İlişkin La Haye Sözleşmesi" de (bkz. yukarıda s. 43), aynı nitelikte bir düzenlemeye sahiptir: Prensip millî hukukun ve millî devlet mahkemelerinin yetkili olmasıdır (m. 1 ve m. 2). Ancak hacir altına alınacak şahsın bulunduğu yer makamları da, ilgilinin millî hukukuna veya bulunma yeri hukukuna göre hacir kararı alabilirler (m. 3 ilâ 7).

32) Meselâ **Alman** hukukunda: 10.9.1980 tarihli "Transexuellengesetz". Ayrıca bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Türk Hukukunda Transseksüeller Nüfus Kütüğündeki Cinsiyet Kaydının Düzeltilmesi için Dava Açabilirler mi?, İstanbul 1986, s. 19 vd..

33) Bkz. KEGEL IPR 1985 333 vd..

na teşkil eder. Çünkü adın kazanılması ve kaybedilmesinde aile hukukuna ait olayların etkisi çok büyüktür[34].

Türk hukukunda da, ada ilişkin özel bir kanunlar ihtilafı kaidesi yer almamıştır. Buna lüzum görülmemiştir. Gerçek şahısların *aile hukukuna* ait *olaylarla* adlarını kazanacakları ve kaybedecekleri prensibinden hareket edilmiştir. Evlilik içi veya evlilik dışı doğum, nesebin tashihi veya evlâd edinme, evlenme veya boşanma adın (özadı veya soyadı) kazanılmasında ve kaybedilmesinde rol oynayan aile hukuku olaylarıdır. Şu halde, bu aile hukuku olaylarının tâbi olduğu hukuk *(aile hukuku statüsü)* ada ilişkin hukukî sonuçları da tayin eder. Böylece, meselâ evli kadının evlilik adı evliliğin hükümlerinin tâbi olduğu hukuk tarafından tesbit edilir.

Adın *korunması* diğer şahsiyet değerleri gibi prensip olarak şahsî statüye tâbi olmakla beraber, adı korunmaya ilişkin mahallî hükümler korumada hem azamî hem de asgarî sınırı çizmektedir. Şahsiyet değerlerinin ve özellikle adın toplum içerisindeki yeri ve etkinliği böyle bir sonucu haklı ve gerekli kılmaktadır. Bu bakımdan Türkiye'de hiçbir şahıs (gerçek veya tüzel kişi, kişi veya mal topluluğu) *Türk hukukunun kabul ettiğinden daha geniş* bir şekilde adının korunmasını talep edemez. Korunma ancak Türk hukukunun tanıdığı ölçüde olabilir.

> Adın şahsî statüye tâbi olması prensibi kamu düzeninin müdahalesiyle de ihlâle uğrayabilir. Sadece dinî şekilde evlilikleri kabul eden bir devletin vatandaşları Türkiye'de resmî evlendirme memuru tarafından evlendirildiklerinde, bu evliliği tarafların millî hukuku tanımaz. Bu sebeple kadın kızlık ismini ve bu evlilikten doğan çocuklar annenin ismini taşırlar. Fakat böyle bir sonuç Türk kamu düzeninin müdahalesiyle karşılaşır. Türkiye'de geçerli olan bir şekil içerisinde yapılmış olan evlilik, evliliğin her türlü etkisini de Türkiye'de taşımalıdır. Bu itibarla, eş ve çocukların adları hakkında, şahsî statü yerine evliliği geçerli kabul eden evlilik statüsü hâkim olur.
>
> **Asalet ünvanları** da prensip olarak şahsî statüye tâbidir. Ad (isim) gibi muamele görür. Bu bakımdan asalet ünvanlarının kazanılması ve kaybı **aile hukukuna** ait **olaylara** uygulanan hukuka (aile hukuku statüsü) tâbi olur. Meselâ yabancı bir asıl ile evlenen Türk vatandaşı kadının, Türk kanunlar ihtilafı kaidelerine uygun olarak, kocasının millî hukukuna göre elde ettiği asalet ünvanlarını taşıması hem bir hak hem de kanunî bir mecburiyettir. Bununla be-

34) "Adın ve Soyadın Değişmesi hakkındaki 4.9.1958 tarihli İstanbul Sözleşmesi" (RG. 13 Temmuz 1962 - 11153) sadece **kamu hukukuna** ait isim değişikliklerine ilişkindir. Evlenme, boşanma, nesep tashihi, evlâd edinme gibi kişinin medenî halinde meydana gelen değişikliklerin sonucu olan **özel hukuka** ait ad değişiklikleri Sözleşmenin kapsamı dışındadır (m. 1). Sözleşmeye göre, her âkit devlet sadece **kendi** vatandaşlarının adlarını değiştirebilir (m. 2). Yapılan bu nevi bir değişiklik her diğer âkit devlette kendiliğinden geçerlilik kazanır (m. 3 I). Sözleşmeye taraf devletler Türkiye, Almanya, Fransa, İtalya, Hollanda, Lüksemburg, Portekiz, Avusturya ve İspanya'dır; bkz. KEGEL IPR 1985 353.

raber yabancı bir hukuka göre elde edilen bir asalet ünvanı, aynen adın korunmasında olduğu gibi, Türkiye'de Türk hukukunun kabul ettiğinden daha geniş bir korunmaya sahip olamaz.

Asalet ünvanları **şahsî statü dışında** kalan sebeplerle de kazanılabilir. Bu sebeple şahsî statüsü Türk hukuku olan bir şahsa da yabancı bir asalet ünvanı verilebilir.

Türk hukukunda 1934 tarihli ve 2590 sayılı Efendi, Bey, Paşa gibi Lakâp ve Ünvanların Kaldırılmasına dair Kanun ile asalet ünvanları kaldırılmıştır (m. 1). Ünvanların **kaldırılması** devletin özel hukuka politik bir müdahalesi niteliğindedir. Böyle bir müdahale şahsiyet değerlerinin adeta **kamulaştırılması** gibi bir etkiye sahip olur. Bu itibarla, sadece Türk özel hukukunun uygulandığı olaylar için geçerlidir. Farklı bir söyleyişle, Türk maddî hukukunun uygulandığı aile hukuku ilişkilerinde asalet ünvanlarının kazanılması söz konusu değildir. Buna mukabil, yabancı bir hukuka göre elde edilen veya tevcih edilen bir ünvan Türkiye'de de aynen ad gibi korunur.

2. Tüzel Kişiler

Gerçek şahıslar hak ehliyeti ve hukukî muamele ehliyeti bakımından prensip olarak millî hukuka (şahsî statü) tâbidirler. Fakat *tüzel kişilerin (hükmî şahısların)* millî hukukları yoktur. Tüzel kişilerin mutad meskenlerinden veya bulundukları mahalden de söz edilemez. Şu halde bir tüzel kişinin hak ehliyeti ve hukukî muamele ehliyeti hakkında hangi hukuk söz sahibi olabilir.

Yabancılar hukuku bakımından yerli veya yabancı tüzel kişilerden söz edilebilir. Bu ayırım bir tüzel kişinin şu veya bu hukuk nizamına tâbi olduğu anlamına gelir. Fakat bu, tüzel kişilerin bir tabiiyeti bulunduğu manasına gelmez. Tüzel kişiler için bir tabiiyet düzenlemesi yoktur ve tüzel kişilerin meydana getirdiği bir devlet görüntüsünden de söz edilemez. Bir tüzel kişinin yabancılar hukuku bakımından yerli veya yabancı olması, mevcut yabancılar hukuku hükümlerinin maksadına bağlı kalmaktadır. Tüzel kişi bu hüküm çerçevesinde yerli, şu hüküm çerçevesinde yabancı sayılabilir. Buna mukabil gerçek şahısların tabiiyetleri taksim edilebilme niteliğinde değillerdir.

a) Tüzel kişilerin hak ehliyetleri ve hukukî muamele ehliyetleri hakkında hangi hukukun söz sahibi olacağı hususunda ne teoride ne de uygulamada birlik vardır. Devletler hususî hukukunda iki görüş temsil edilmektedir. Tüzel kişinin *merkezinin bulunduğu* yer hukuku ve *kuruluş yeri* hukuku.

Tüzel kişinin merkezini uygulanacak hukuk için nazara alan görüşe (merkez teorisi) göre, hak ehliyeti ve fiil ehliyeti hakkında tüzel kişinin merkezinin, yani **idare merkezinin** bulunduğu yer hukuku yetkilidir. İdare merkezinden maksat **esas idare merkezidir** ("siège social" -lieu de la direction-, principal place of business). Esas idare merkezi, tüzel kişinin hayat merkezidir. Burada yönetim ve denetleme organları ve genel kurul faaliyet gösterir. Merkez te-

orisi Kara Avrupası hukuklarında hâkim olan görüştür.

Kuruluş yeri hukukuna bağlanan görüş (kuruluş teorisi) common law'da, yani anglo-amerikan hukukunda yer bulmuştur. Bu teoriye göre, bir tüzel kişinin hak ehliyeti ve fiil ehliyeti, o tüzel kişinin tesis edilmiş olduğu hukuk nizamına tâbidir. Bir şirket İngiliz hukukuna göre kurulmuşsa, bu şirketin hak ehliyetine sahip olup olmadığı hakkında İngiliz hukuku karar verir. Ve eğer bir tüzel kişinin hak ehliyeti kuruluş yeri hukukuna göre mevcut ise, diğer devletler de bu ehliyeti tanımak mecburiyetindedirler. İki dünya harbinde, bir tüzel kişinin "düşman karakterinin" tesbiti için ne esas idare merkezinin bulunduğu yer hukukuna ne de kuruluş yeri hukukuna bakıldı. Burada **kontrol teorisi** geliştirildi: hangi gerçek şahısların tüzel kişilere perde arkasında hâkim oldukları ve onları idare ettikleri araştırıldı ve bu gerçek şahısların "düşman" karakteri tüzel kişilerin de "düşman" karakterini belirleyen bir ölçü oldu. Kontrol teorisi ekonomik harp ile ilgili olarak değerlendirilmektedir.

Kanuna göre, tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri, *statülerindeki idare merkezi hukukuna* tâbidir. Ancak fiili idare merkezinin Türkiye'de olması halinde Türk hukuku uygulanabilir (m. 8 IV). Bu düzenlemeye göre, bir tüzel kişinin (veya kişi veya mal topluluğunun) hak ve fiil ehliyetine uygulanacak olan hukuk, idare merkezinin bulunduğu yer hukuku ("idare merkezi hukuku")'dur. İdare merkezinin bulunduğu yer, tüzel kişinin (veya kişi veya mal topluluğunun) statüsünde gösterilen yerdir. Bununla beraber, eğer fiili (gerçek) idare merkezi Türkiye'de bulunuyor ise, hak ve fiil ehliyetine Türk hukukunun uygulanabileceği kabul edilmiştir. Burada "fiili" idare merkezi ile *"esas" idare merkezi* ifade edilmektedir. Görülüyor ki, esas idare merkezi, ancak esas idare merkezinin Türkiye'de bulunması halinde nazara alınmaktadır.

Bu genel düzenleme dışında, gerek dernek ve vakıflara (Dernekler K. m. 9; MK m. 74 I) gerekse ticaret şirketlerine ilişkin mevcut hükümlerden herhangi bir sonuca varmak mümkün gözükmemektedir.

Yabancı hukuka göre kurulmuş bir şirketin hak ve fiil ehliyetini tayinde ihtilaf çıktığında, isbat külfeti, şirketin fiili ("esas") idare merkezinin, statüsündeki idare merkezinden farklı ülkede bulunduğunu iddia eden tarafa düşer. Bu durum, mahkeme tarafından kendiliğinden araştırma konusu yapılamaz ise de; şirketin, fiili idare merkezinin bulunduğu iddia edilen devletin hukukuna uygun olarak teşkilatlanmış olmasını, aksi isbat edilebilen bir karine veya en azından tecrübelere dayanan genel bir kural olarak kabul etmek mümkündür.

Milletlerarası konsern (bağlı işletmeler/ortaklıklar) hukukunda, ana şirkete bağlı yavru şirketlerin kendilerine ait merkezlere sahip olduğu kabul edilmektedir. Bu bakımdan, yavru şirketin idare merkezinin bulunduğu yer hukuku söz sahibidir. Ana şirket ile yavru şirket arasındaki ilişkiler kural olarak bağlı şirketin şirket statüsüne göre düzenlenmektedir.

Tüzel kişilerin hak ehliyeti ve fiil ehliyeti bakımından tâbi oldukları hukuk, bir tüzel kişinin (veya kişi veya mal topluluğunun) haklara ehil olup olmadığı, ne ölçüde ehil olduğu ve sahip olduğu ehliyetin ne zaman sona ereceği hususunda karar verir.

Tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyetine uygulanan idare merkezi hukuku, tüzel kişilerin **teşkilatlanma** alanına da hâkimdir. Diğer bir söyleyişle teşkilatlanma da idare merkezi hukukuna tâbidir. Bunun dışında **statü** ve statü değişiklikleri hakkındaki kaideler, tüzel kişinin **organları** ile bunların içe ve dışa karşı sorumluluklarına ilişkin kaideler ve bu organların **hukukî işlemler** bakımından sahip oldukları **temsil yetkisine** ilişkin kaideler de aynı hukuka tâbidir. Organların **usul hukukuna** ait temsil yetkileri ("dava ehliyeti") için de aynı şey geçerlidir. Nihayet tüzel kişilerde **şeriklerin** hak ve sorumlulukları hakkında da idare merkezi hukuku yetkilidir. Ve bu hukuk şeriklerin üyelik haklarına ilişkin senetlerin **kıymetli evrak** niteliği taşıyıp taşımadığını ve hangi kıymetli evrak grubuna ait bulunduğunu da tayin eder. Bu senetler hamiline yazılı senetlerden ise ve bunların devri için idare merkezi hukuku senetlerin temlikini şart koşmakta ise, bu takdirde temlik hakkında **lex cartae sitae** (senedin bulunduğu yer hukuku) hâkim olur. Borçlar hukukuna ait **temel borç ilişkisi** kendi hukukuna tâbidir.

Bir tüzel kişi idare merkezini bir devletten diğerine *naklettiği* takdirde, uygulanacak hukuk da değişmiş olur. İdare merkezinin bir devletten diğerine nakli sebebiyle, tüzel kişinin hayatının *devam edip etmediği* meselesi eski ve yeni hukukun onun devamını kabul edip etmediğine bağlı kalmaktadır. Eski hukuk tüzel kişinin hayatını devam ettirdiğini kabul etse dahi, yeni hukuka göre tüzel kişinin hayatı sona ermiş bulunuyor ise, tüzel kişi sona ermiş olur. Özellikle alacaklıların menfaati dikkate alınırsa, tüzel kişinin tasfiyesinde eski hukuku hâkim kılmak gerekir. Şu halde, eski ve yeni hukuk tüzel kişinin hayatının devam ettiğinde ittifak halinde iseler, tüzel kişi yaşamaya devam eder. Fakat idare merkezinin naklinden itibaren yeni hukuka tâbi olur. Ve gerekiyor ise, bu hukuka intibak ettirilmek mecburiyeti doğar[35].

Özel hak ehliyetleri ise hüküm statüsüne tâbi olur. Meselâ menkul ve gayrimenkuller üzerindeki iktisap sınırlamaları malın bulunduğu yer hukukuna ("lex rei sitae") göre belirlenir. Bu gibi iktisap sınırlamalarının genel hak ehliyeti bakımından da getirilmiş olabileceği, bu takdirde idare merkezinin bulunduğu yer hukukunun dikkate alınacağı gözden kaçırılmamalıdır. Nihayet bu sınırlamalar kamu hukukuna ilişkin sebeplerden de meydana gelebilir, bu takdirde milletlerarası istimlâk (kamulaştırma) kaideleri geçerlilik kazanır.

b) *"Milletlerarası"* veya *"çok uluslu"* tüzel kişilerin hukukî durumları millî tüzel kişilerin durumuna göre farklılık gösterir.

35) **Avrupa Ekonomik Topluluğu Sözleşmesi**, Topluluğa dahil devletler içerisinde meydana gelen merkez nakillerinde tüzel kişiliğin devam etmesi arzusundadır (m. 220).

Öncelikle terim meselesi halledilememiştir. **"Milletlerarası"** tüzel kişiler dendiğinde, evvelâ birden fazla devlette **faaliyette** bulunan tüzel kişiler anlaşılmaktadır. Bunların faaliyeti **ekonomik** alanda ise, bugün ekseriya **"çok uluslu"** adı ile ifade edilmektedirler.

Diğer yandan, birden fazla ülkede faaliyet gösteren tüzel kişi, kuruluşu itibariyle milletlerarası bir sözleşmeye dayanmakta ise, tekrardan **"milletlerarası"** bir tüzel kişiden söz edilmektedir. Bunlar ekseriya **kamu hukukunun** tüzel kişileridirler.

aa) *Özel hukukun* tüzel kişileri çifte ve hatta *birden çok merkeze* sahip olabilmektedirler. Öyle ki, esas idare merkezinin kısımları farklı devletlerde yer almaktadır.

Bir tüzel kişinin birden çok merkeze sahip **olup olamıyacağı** meselesi, ayrı bir konudur. Meselâ İngiliz hukukunda birden fazla merkeze sahip olabilme kabul edilirken, Fransız hukukunda bu mümkün değildir. Alman hukukunda ise durum ihtilaflıdır[36].

Ancak birden fazla merkez, birden fazla hukuk anlamına gelmemektedir. Çok vatandaşlığa sahip gerçek şahıslarda olduğu gibi, tüzel kişilerde de farklı devletlerde bulunan merkezlerden birini tercih etmek mecburiyeti vardır. Esas idare merkezlerinden *en önemlisinin* bulunduğu devlet hukukunun tercih edilebileceğini söylemek mümkündür. Eğer esas idare merkezlerinden biri Türkiye'de bulunuyor ise, bu merkez en önemlisi olmasa dahi Türk hukukunun dikkate alınabileceğinde, tereddüt etmemek gerekir. Zira Türk hukuku, esas (fiilî) idare merkezinin Türkiye'de bulunması halinde, bu merkezin önemli olup olmaması üzerinde durmayarak, Türk hukukunun tüzel kişiye hâkim olacağı hükmünü getirmiştir (m. 8 IV).

Görülüyor ki, bir **özel hukuk tüzel kişisi** tek bir hukuka tâbi olarak hak ehliyetine sahip olmakta ve daima da bu hukuka göre hayatını sürdürmektedir. "Milletlerarası" veya "çok uluslu" tüzel kişilerin bir ülkede hak ehliyetine sahip bir merkez, diğer devletlerde hak ehliyetine sahip olan veya olmayan teşkilatlar veya dış kuruluşlar tesis etmeleri mümkün olmakla beraber, bu durum onların **tek** ve **belirli** bir hukuk nizamına göre muamele görebilmesini engellememektedir. Bu sebeple, "milletlerarası" veya "çok uluslu" tüzel kişiler de, tek bir devletin hukukuna uygun olarak haklara ehil olabileceklerini ve bu hukuka göre hayatlarını devam ettirme imkânına sahip bulunduklarını daima hesaba katmak mecburiyetindedirler.

bb) **Kamu hukukunun** milletlerarası karakterli **tüzel kişileri** milletlerarası sözleşmelerle doğar. Bu nevi tüzel kişilere hak ehliyeti ya bizzat milletlerarası sözleşme tarafından ya da milletlerarası sözleşmeye dayanılarak millî bir kanun tarafından tanınır.

36) Bkz. KEGEL IPR 1985 345.

III. AİLE HUKUKU ALANINDA

Milletlerarası özel hukuka ilişkin düzenleme, daha önce yürürlükte olan Muvakkat Kanun gibi, aile hukuku meselelerini *millî hukuk prensibine* bağlamıştır. Ancak aile hukukunun birçok meselelerinde genellikle birden çok şahıs, yani nişanlılar veya karı ve koca veya eşler ve çocuklar yer aldığından tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları halinde bu prensipten vaz geçilerek, tarafların müşterek hukukları olarak ikametgâh veya mutad mesken hukuku veya lex fori (Türk hukuku) tercih edilmiştir. Bu tercih doktrinin eğilimine de uygun düşmektedir.

1. Karı Koca Hukuku

a. Nişanlanma

Hukuk nizamlarında nişanlanmanın farklı şekillerde nitelendirilmesi (aile hukuku ilişkisi, borçlar hukuku akti, nişanın bozulmasının haksız fiil teşkil etmesi), devletler hususî hukukunda da nişanlanmaya uygulanacak hukuk üzerinde tek bir düzenlemenin temin edilememesinin sebebi olmaktadır. Bazı hukuk nizamları nişanlanmayı, nişanlılığı tesis eden bir aile hukuku akti olarak görmektedirler. Böyle bir anlayışı Alman, İsviçre ve İngiliz hukukunda bulmaktayız. Buna mukabil Fransız hukuku nişanlanmada hukuk dışı bir olay görmektedir. Bu sebeple nişanlamanın bozulması Fransa'da belirli şartlar altında sadece haksız fiil talepleri meydana getirebilmektedir.

Nişanlanmanın niteliği üzerinde çeşitli anlayışların hâkim olması, nişanlanmanın meydana gelmesi, bağlayıcılığı, nişanı bozmanın sonuçları hakkında ülkeden ülkeye çok farklı düzenlemelerin meydana gelmesine sebep olmuştur.

Genel olarak söylemek gerekirse, nişanlıların **şahsen** bağlanmaları söz konusu olduğundan **taraf menfaati** ağırlık kazanmaktadır. Şu halde nişanlıların **şahsî statüsü** nişanlanmaya hâkim olmalıdır. Ayrıca Türk hukukunda genellikle nişanlanmanın aile hukukuna ait bir akit olduğu kabul edildiğine göre, nişanlanmaya şahsî statünün hâkim olması daha da kuvvet kazanır.

Türk hukukunda nişanlanma ehliyeti ve nişanlanma için aranan şartlar, her bir nişanlının kendi millî hukukuna tâbidir (m. 11 I). Şu halde Türk hukukunda nişanlanma, nişanlılardan her birinin millî hukuklarının aradığı şartlar yerine gelmiş ise hukuken ortaya çıkar. Diğer bir söyleyişle, geçerli bir nişanlanma her iki nişanlının millî hukukları tarafından kabul edildiği takdirde meydana gelebilir. Bu bakımdan nişanlanmayı daha katı ve sert kurallara bağlayan millî hukuk, nişanlanmanın meydana gelip gelmediği, hükümsüz olup olmadığı veya kabili iptal olup olmadığı hakkında karar verecektir.

Nişanlanmanın *hükümlerine* ve *nişanlanmanın bozulmasının sonuçlarına* da yine şahsî statü hakimdir. Bu bakımdan tarafların varsa müşterek millî hukukları nişanlanmanın hükümlerine ve sonuçlarına uygulanır (m. 11 II). Böylece nişanlanmanın hem meydana gelmesi hem de bağlayıcılığının nev'i ve kuvveti ve nihayet nişanlanmadan rücu edebilme ve sonuçları tarafların müşterek millî hukuklarına tâbi olmaktadır. Tarafların millî hukuklarının nişanlanmaya verdiği niteleme millî hukukun uygulanmasına etkili değildir. Meselâ Fransız hukukunda nişanın bozulmasının sonuçları, haksız fiil hükümlerine göre tayin edilmekle beraber, iki Fransızın Türkiye'de nişanlarının bozulmasına, onların millî hukukları olan Fransız hukukunun genel haksız fiil hükümleri tatbik edilir. Fransız hukukunun haksız fiil nitelemesi Türk mahkemesince dikkate alınmaz *(lex fori'ye göre vasıflandırma).*

Nişanlıların nişandan **rücu** edebilip edemiyecekleri, daha belirli bir ifadeyle, yabancı müşterek millî hukuka göre nişanlanmanın muhtemelen evliliğe zorlayıcı bir talep hakkını verip vermediği Türk hukuku bakımından pratik bir öneme sahip değildir. Zira böyle bir talep hakkı tanınmış olsa dahi, bu, kamu düzeninin müdahalesi ile (m. 5) berteraf edilir. Nişanlanmadan rücu **daima** mümkündür.

Önemli olan nişandan rücu veya nişanın bozulması sebebiyle ortaya çıkan **tazminat taleplerinin** şartları ve şümulünün ve nişanlılığın diğer hükümlerinin tarafların millî hukukuna göre tayin edilmesidir.

Tarafların müşterek millî hukukları yoksa, yani ayrı vatandaşlıkta iseler, Türk hukuku şahsî statü (millî hukuk) prensibinden vaz geçerek, nişanlanmanın hüküm ve sonuçları hakkında doğrudan doğruya *Türk hukukunun* (lex fori) uygulanmasını kabul etmiştir (m. 11 II). Böyle bir düzenlemeye, nişanlanmayı farklı değerlendirmelere tâbi tutan hukuk nizamlarının çatışmasından meydana çıkacak zorluk ve belirsizlikten kaçınmak[37] için başvurulmuştur. Yani pratik fayda, şahsî statü prensibine tercih edilmiştir.

Nişanlanmanın *şekli*, genel hükme (m. 6) tâbidir. Yapıldıkları yer hukukuna veya taraflar aynı vatandaşlıkta ise müşterek millî hukuka uygun şekil şartlarını yerine getiren bir nişanlanma şeklen geçerlidir. Taraflar ayrı vatandaşlıkta ise, Türk hukukuna göre, yani şekle bağlı olmaksızın yapılan nişanlanmalar da geçerli olur.

Nişanlanma nişanlıların ileride evlenmek, yani hukuk nizamı tarafından düzenlenmiş evlilik durumunu tesis etmek üzere birbirlerine söz vermiş bulunmaları hâli iken **serbest evlilik ("evlilik olmayan", "evlilik dışı"** veya **"evlilik benzeri"** birlikte yaşama=Extra-Marital Cohabitation) tarafların evlenmek hususunda birbirlerine söz vermeden birlikte aile hayatı yaşamalarıdır. Diğer

37) TEKİNALP 117.

fiilî ilişkilerde olduğu gibi, bu yaşama tarzında da fiilî evlilik hukuk nizamının kabul ettiği esas örneğe benzetilmeye çalışılır.

Evlenme kararı olmamakla beraber, serbest evlilik nişanlanmaya nazaran hukukî evliliğe daha yakın bir olaydır. Taraflar arasındaki ilişki evliliğe nisbetle daha gevşek olmakla beraber, **şahsî bağlılığa** dayanır. Bu bakımdan bu olay hakkında da **şahsî statü** karar vermelidir. Şu halde nişanlanma gibi evliliğin bir ön basamağını teşkil eden serbest evlilik hakkında, varsa tarafların müşterek **millî hukukları**[38] uygulanır. Ve yine nişanlanma gibi, eğer taraflar farklı vatandaşlıkta ise uygulanacak hukuk **Türk hukukudur**. Şüphesiz serbest evlenme olayında, haksız fiile ve borçlar hukukuna ait müdahalelerin olabilmesi ihtimali her zaman mevcuttur.

b. Evlenme

Evlenme hukuk nizamlarında genellikle **şekle** tâbi bir akit olarak nitelendirilmektedir. Evlenmenin geçerli olarak meydana gelebilmesi, bir takım şartların gerçekleşmesine bağlanmıştır. Bu şartlar iki grupta toplanmaktadır : "esasa ait ("maddî") şartlar" ve "şekle ait şartlar". Geçerli bir evliliğin meydana gelebilmesi için hem maddî şartların hem de şekle ait şartların birlikte yerine gelmesi lazımdır. Her iki grup içerisinde yer alan şartların bir kısmına uyulmaması, evlenme aktinin hiç meydana gelmemesine, bir kısmına uyulmaması evlenme aktinin ölü doğmasına ve nihayet bir kısmına uyulmaması ise evlenme aktinin iptal edilebilir hale gelmesine sebep olmaktadır.

Devletler hususî hukukunda evlenmeye tatbik edilecek hukukun bulunabilmesi, evlenmenin maddî şartları ile şeklî şartları arasında bir ayırım yapma mecburiyetini hasıl eder. Ekseri hukuk nizamlarında evlenmenin maddî şartları ile şeklî şartları birbirinden ayrı bağlanma noktalarına tâbi tutulmuştur.

Evlilik hukukunda **taraf menfaati** ağırlığını en fazla hissettiren bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan bağlanma noktası olarak **şahsî statü** hakimdir. Ayrıca prensip olarak her iki tarafın şahsî statüleri mümkün olduğu ölçüde aynı değerde dikkate alınmalıdır. Eşler arasında tam bir eşitlik fikri, son yıllarda, maddî aile hukukunda geliştikçe, devletler hususî hukuku alanında da bağlanma noktaları bakımından aynı eşitliğin aranması üzerinde kuvvetle durulmaktadır[39].

---

38) Fransa'daki bir olayda, Fransa'da müştereken paylaştıkları evde metres hayatı yaşayan ve yine Fransa'da bir Portekiz bankasının şubesinde müşterek hesap sahibi bulunan iki Portekizliden, kadın para ve ev eşyalarını alarak Portekiz'e kaçmış, erkek ise para ve eşyaların taksim edilmesini talep etmiştir. Fransız mahkemesi (Tribunal de grande instance de Paris [1 re CH.]), serbest evliliğin Fransa'da sürdürülmüş olması ve malvarlığının Fransa'da iktisap edilmiş olması sebebiyle fransız hukukunu uygulamıştır. Bkz. Rev. crit. dr. i.p. 1984 628 ve ekli **Paul Lagarde** tarafından yapılan kritik.

39) Bu eğilime uygun olarak, Federal Almanya'da Anayasa hukukunda yer alan karı koca arasındaki **eşitlik prensibi** tetkike alınmış ve bu prensibin **kanunlar ihtilafı hukukuna** olan etkisi üzerinde durulmuş, kanunlar ihtilafı kaidelerinin anayasa prensibine uygunluğu hakkında en azından yorumlar getirilmek mecburiyeti hissedilmiştir; özetle bkz. SOERGEL - KEGEL Rz. 6-15 vor Art. 7 ve özellikle Rz 3-11 vor Art. 13. Ancak maddî aile hukukunda yer alan bu haklı gelişimin devletler hususî hukukundaki etkisi ve rolünün fazla mübalağa edilmemesi gereği de ortaya çıkmıştır; bkz. yukarıda s. 39 vd..

aa) Evlenmenin Maddî Şartları

Pozitif devletler hususî hukuku sistemleri evlenmenin maddî şartları bakımından iki gruba ayrılmaktadır. Bir grup hukuk nizamı evlenmenin maddî şartlarını evlenmenin yapıldığı yer hukukuna, diğer grup hukuk nizamı ise evlenenlerin şahsî statüsüne tâbi tutmaktadır.

Evlenmenin maddî şartlarını **evlenme yeri hukukuna** (lex loci celebrationis) göre tayin prensibi belirli şartlarla Amerika Birleşik Devletlerinde yürürlüktedir. Birkaç Güney ve Orta Amerika ülkesinde (Arjantin, Kostarika, Guatemala, Paraguay, Peru) de aynı durum vardır. Avrupa'da bu gruba dahil hukuk nizamı **Rusya Federasyonu**'nda bulunmaktadır. Burada da yabancıların yaptığı evlenmelere mahallî hukuk uygulanmaktadır. Buna mukabil yabancı ülkede yabancıların evlenme yeri hukukuna veya şahsî statülerine uygun olarak yaptıkları evlenmeler tanınmaktadır. Benzer bir sistem bazı istisnalarla **Danimarka** hukukunda da caridir. Danimarka'da yabancıların yaptıkları evlenmede maddî şartlar Danimarka hukukuna tâbidir, ancak ana babanın muvafakatı konusunda şahsî statü (yani Danimarka hukukuna göre ikametgâh yeri hukuku) geçerlidir. İngiltere'de önceleri kaide locus regit actum prensibi idi, sonraları evlenme ehliyeti konusunda şahsî statüye, yani İngiliz hukukuna göre ikametgâh yeri hukukuna bağlandı. İngiliz hukukunda lex domicilii olarak ya kocanın ikametgâhı hukuku veya evlilik ikametgânının tesis edildiği yer hukuku veya her iki tarafın ikametgâh hukuku nazara alınmaktadır. Bunlara karşılık birçok ülkede, özellikle **Kara Avrupası Devletlerinde** evlenmenin maddî şartları evlenenlerden her birinin millî hukukuna tâbidir. Yani **tabiiyet prensibi** caridir.

Türk hukukunda evlenmenin maddî şartları (evlenme ehliyeti, evlenme engelleri ve bunlara uyulmamasının sonuçları, ezcümle yokluk ve butlan sebepleri ve neticeleri) her bir eş için onun evlenme anındaki millî hukukuna tâbidir (m. 12 I). Bu kaide gerek yabancı ülkelerde evlenen Türkler gerekse Türkiye'de evlenen yabancılar için kabul edilmiş bir kaidedir[40].

Şu halde evlenenler farklı tabiiyette iseler onların millî hukukları birlikte tatbik edilmiş olmaktadır. Bu birlikte tatbik edilme gerçi erkeğin hukukunun sadece erkeğe, kadının hukukunun sadece kadına uygulanması şeklinde olmaktadır. Fakat sonuçta daha ağır şartlara sahip hukuk, uygulanan hukuk olarak ortaya çıkmaktadır. Çünkü iki ayrı hukuk eşlerin evlenme ehliyet ve evlenme engellerine tatbik edildiğinde, evlenmenin bir hukuk nizamı için geçerli, diğerine göre geçersiz olması mümkündür. Bu bakımdan evlenmenin hukukî geçerliliği onu geçersiz kabul eden hukuk nizamının etkisi altında kalmaktadır. Diğer yandan, her iki hukuk nizamı da evlenmeyi geçersiz kabul etmekte ise, birine

40) Türkiye'de evlenmek isteyen yabancılar da, "aile kütüklerine dayanılarak düzenlenen ve kişinin tam künyesi ile nüfus açısından evlenmesine engel bir halinin bulunup bulunmadığını gösteren" bir **evlenme ehliyet belgesini** Türk evlendirme memurluğuna getirmek mecburiyetindedirler (Evlendirme Yönetmeliği m. 12, m. 20). Türkiye, 5 Eylül 1980 tarihinde Münih'te imzalanmış bulunan **Evlenme Ehliyet Belgesi Verilmesine Dair CIEC-Sözleşmesine** iltihak etmiştir (RG. 24 Ekim 1988 - 19969). Bu Sözleşmenin gayesi, âkit devletlerde evlenme ehliyet belgesinin şekil ve muhteva bakımından yeknesaklığını temin etmektir. Bu bakımdan devletler hususî hukukuna değil, fakat maddî kişi halleri hukukuna ait bir düzenlemedir. Ayrıca bkz. NOMER Ahkâmı Şahsiye 507 vd..

göre bu geçersizliğin derhal hüküm ifade etmesi (meselâ, İngiliz hukukuna göre, eşlerden biri zaten evli bulunuyorsa evlenme kendiliğinden hükümsüzdür), diğerine göre ise bir butlan kararına ihtiyaç göstermesi (meselâ Türk hukukunda: MK m. 124) mümkündür.

Evlenmenin maddî şartları her bir eş için onun evlenme anındaki millî hukukuna tâbi olmakla beraber, hangi şartların evlenme aktinin *maddî şartı* olduğunu tayin etmek Türk hukukuna ait (lex fori vasıflandırma) bir konudur.

Türk hukukunda **evlenme ilânı** evlenmenin maddî şartlarından olmayıp, evlenmenin **şekline** ait bir konudur[41]. Evlenmenin **dinî makamlarca** yapılmasını emreden bir kanun hükmü de evlenmenin **şekline** ilişkindir. Buna mukabil **şartlı** veya **süreli** evlilik yasağı koyan bir hüküm şekle ait olmayıp, esasa ait bir konudur.

Yapılmak istenen evlenme aktinin geçerliliği için tarafların millî hukuklarına göre tesbit edilmesi gereken *maddî şartlar* şöylece sıralanabilir:

(1) *Evlenme yaşı.* Türk hukukunda olduğu gibi, birçok hukuk sisteminde evlenme yaşı genel rüşt yaşından farklı şekilde tesbit edilmiştir. Evlenme yaşı taraflardan her biri için kendi millî hukukuna göre tayin edilecektir. Tarafların evlenebilmeleri için gerekli görülen *yaşın*, belirli bir *yaş sınırına* ulaşılmasıyla veya *kazaî rüşt* yoluyla gerçekleşmesi fark yaratmaz. Evlenme için aranan yaş şartının gerçekleşmemesinin sonuçlarını da ilgili tarafın millî hukuku tayin eder. Aynı şekilde yaş şartının yerine gelmemesinin, diğer eşe muhtemel etkisini de sadece onun kendi millî hukuku düzenler.

(2) *İzin.* Kimin veya kimlerin ve hangi şekil içerisinde evlenmeye *izin vereceği*, bu iznin bulunmaması halinde ilgili bakımından hangi hukukî sonuçların ortaya çıkacağı, *izne ihtiyacı olan* kişinin (küçük veya mahcurun) millî hukuku tarafından tesbit edilir. İznin mevcut olmamasının diğer eşe muhtemel etkileri ise sadece onun millî hukukuna göre tayin edilir.

Bu sebeple kanunî temsilcilerinin izni olmaksızın, meselâ Gretna Green'de[42] küçükler tarafından yapılmış bulunan evlenmeler, taraflardan her birinin millî hukukuna göre ya geçerli ya da batıl veya hükümsüz olabilecektir.

Küçüklerin evlenmesinde, küçüğün millî hukuku söz sahibi olmakla beraber, Türk kamu düzeninin (m. 5) müdahale ihtimalinin bulunduğu dikkatten kaçırılmamalıdır[43]. Ancak küçüğün millî hukukunun bir izin şartı aramaması, prensip olarak Türk kamu düzeninin müdahalesini gerektirmez[44].

41) Bu sebeple yabancıların yaptıkları evlenmelerde, ilân konusu mahallî hukuka göre düzenlenir, tarafların millî hukuklarındaki düzenleme dikkate alınamaz. Yabancı millî hukukun evlenme ilanını maddî şartlardan kabul etmesi (meselâ *İtalyan hukukunda* olduğu gibi; bkz. VITTA: DIP II (1973) 170-172) önem taşımaz; von BAR II 109.

42) Bkz. yukarıda s. 112.

43) Çok küçük bir evlenme yaşı tesbit eden yabancı hukuk hükmü kamu düzenine aykırı görülebilir; bkz. yukarıda s. 153 vd..

44) SAYMAN 32; TEKİNALP 120.

(3) *Temyiz kudreti.* Evlenme ehliyetinin bir unsuru olarak temyiz kudretine sahip bulunmayan bir kişinin evlenebilip evlenemiyeceğine de onun kendi millî hukuku karar verir. Temyiz kudretinin evlenme aktinin yapıldığı anda geçici veya daimî olarak bulunmamasının meydana getireceği sonuçları da ilgilinin millî hukuku tayin eder. Temyiz kudretinin bulunmamasını bir evlenme engeli olarak görmeyen yabancı hukuk hükmünün Türk kamu düzeninin müdahalesine uğrayacağı da söylenemez[45]. Eğer ilgilinin millî hukuku temyiz kudretinin mevcut olmasını aramakta ise, bunun mevcut olup olmadığı da ilgilinin millî hukukuna göre (m. 8) tesbit edilir.

> **Akıl hastalığının** evlenmeye engel teşkil edip etmediği de ilgilinin millî hukukuna tâbidir. Bununla beraber, 1593 sayılı Umumî Hıfzısıhha Kanunu bazı hastalıklarla birlikte, akıl hastalığına müptela olanların Türkiye'de evlenmelerini geçici olarak engellemektedir (m. 123, 124)[46].

(4) *Evlenme iradesindeki sakatlıklar.* Ne gibi sebeplerle ve hangi şartlar altında evlenme iradesinin sakatlanmış olacağı ve bunun hukukî sonuçları iradesi sakatlanan şahsın millî hukuku tarafından tayin edilir. Hata, hile ve tehdidin evlenme iradesini sakatladığından söz eden Medenî Kanunumuzun hükümleri (m. 116, 117 ve 118), farklı düzenlemelere sahip yabancı bir hukukun uygulanmasında kamu düzenimizin müdahalesini gerektirecek nitelikte kabul edilemez. Yabancı hukukun Türk hukukunda yer alan evlenme iradesini sakatlayan sebeplerden daha ağır veya daha hafif hükümlerinin Türk kamu düzenini ihlâl edip etmediği her olayda olayın özelliğine göre tesbit edilebilir.

> Tarafların karşılıklı iradelerine uygun olarak yapılan **muvazaa evlilikler** ile **latife beyanıyla** gerçekleştirilen **evliliklerde** tarafların millî hukukları bu tip evlenmelerin geçerli olup olmadığını tayin eder. Burada eşlerin millî hukuklarının birlikte uygulanması söz konusudur. Yani eşlerden birinin hukukuna göre evlenme geçerli ise evlilik geçerlilik kazanır. Ancak her iki eşin hukukuna göre bu tip bir evlenme geçersiz kabul ediliyor ise evlenmenin geçersizliği ortaya çıkar.
>
> Eşlerden birinin ölüm döşeğinde iken evlenmesi olarak tarif edilen **in extremis evliliklerin** geçerliliğini ölmek üzere olan tarafın millî hukuku tayin eder.

(5) *Evlenme engelleri.* Türk Medenî Kanunun "evlenme engelleri" kavramı altında ele aldığı *hısımlık, mevcut evlilik* ve *bekleme süreleri* de, prensip olarak ilgili tarafın millî hukukuna tâbi olarak hükme bağlanır.

> Eşlerden yalnız birinin millî hukukuna göre bir hükümsüzlük sebebi teşkil etse bile, **kan hısımlığı** veya **sıhrî hısımlık** evliliği hükümsüz kılar.
>
> Kan ve sıhrî hısımlar bakımından Türk hukukunun koymuş bulunduğu evlen-

45) Bkz. SAYMAN 42.

46) Bu hükmün kapsamı ve uygulanması hakkında bkz. SAYMAN 35 vd..

me yasağına ilişkin hükümlerin (MK m. 92) Türk **kamu düzeninin** müdahalesini gerektirebilecek nitelikte olduğu gözden kaçırılmamalıdır[47]. Özellikle kan hısımları için konmuş olan evlenme yasağını dikkate almayan yabancı bir hükmün Türk kamu düzeni müdahalesine uğrayacağı muhukkaktır. Bu bakımdan yabancı millî hukukun uygulanması, Türkiye'de yapılacak evliliklerde Türk Medenî Kanununun 92 nci maddesi hükümleri ile sınırlı olabilecektir.

Akit hısımlığı (evlâd edinme) ilişkisinin mevcudiyeti ve bu ilişkinin evlenmeye engel olup olmadığı veya hangi şartlar altında **evlenme müsaadesine** sahip olabileceği taraflardan her birinin millî hukukuna tâbi olarak tayin edilir. Taraflardan birinin millî hukuku bir evlenme engeli meydana getirmekte ise bu evlilik yapılamaz. Burada da, evlenmeden sonra evlâdlık ilişkisinin son bulmasını emreden Türk Medenî Kanunu hükmünün (m. 121), evlenmeden sonra da evlâdlık ilişkisini devam ettiren yabancı bir kanun hükmüne kamu düzeninin müdahalesini gerektireceğini söylemek mümkündür.

Bazı özel durumlarda taraflardan birinin evlenebimesi için kanun veya mahkeme tarafından tayin edilen **bekleme sürelerinin** (Türk hukukunda: iddet müddeti, MK. m. 95 ve eski hukukumuzda kazaî bekleme süresi, MK mülga m. 96; 142) ilgili tarafın millî hukukuna göre tayin edilmesi prensibinin, Türk hukukunda yer alan hükümlerin niteliği bakımından Türk kamu düzeninin müdahalesiyle karşılaşması beklenemez.

Mevcut evliliğin bir evlenme engeli teşkil etmesi, üzerinde durulması gereken özel problemler doğurmaktadır.

(6) *Mevcut evlilik.* Evlenecek olan şahsın, evlenme esnasında bir başkası ile evli olması ("mevcut evlilik") bir evlenme engelidir. Çok evliliğe müsaade eden hukuklar, Türk kamu düzeninin (m. 5) müdahalesiyle karşılaşırlar[48].

Taraflardan birinin daha önce *geçerli* bir *evlilik* yapmış olup olmadığı, bir "önmesele" olarak kendine ait kanunlar ihtilafı kaidelerine (m. 12) tâbi olarak tayin edilir.

Önceki evliliğin *geçerli olarak sona ermiş* olup olmadığı da, aynı şekilde, bir "önmesele" olarak ele alınır. Ancak bu prensip, pratikte, kaide olarak sadece *hukukî işlemle* evliliğin sona ermesinde (meselâ islâm hukukunda "talâk"[49]) önem taşır. Buna mukabil evliliğin *mahkeme hükmü* ile sona ermesi olayında, mahkeme hükmünün etkisi konusu ortaya çıkmaktadır. Ve genellikle boşanmalar mahkeme hükmü ile olur. Yabancı bir boşanma hükmü, ancak *tanınması* şartıyla[50] etki kazanır.

47) Bkz. yukarıda s. 153; özellikle SAYMAN 50 vd..

48) Bkz. yukarıda s. 149 vd..

49) Bkz. ileride s. 338 vd..

50) Bkz. ileride s. 383 vd. [387]. Bu sebeple boşanma kararı tanınmıyor ise, boşanma millî devlette meydana gelmiş veya orada tanınmış olsa dahi, yeni bir evlilik bizim bakımımızdan çok evlilik teşkil eder.

Problem, bir Türk mahkemesinin vermiş olduğu boşanma kararına rağmen, bu kararı tanımayan millî hukukuna göre hâlâ evli kabul edilen bir yabancının Türkiye'de "yeni" bir evlilik yapmak istemesi olayında ortaya çıkmaktadır. Yabancının, millî hukukuna göre hâlâ evli kabul edilmesi ya bu hukukun boşanmayı yasaklamış olmasından ya da Türk mahkemesinden verilmiş olan boşanma kararını tanımamış olmasından ileri gelmektedir. Problemin çözümü, mahkemece verilmiş boşanma kararının, evlenme ehliyetine millî hukukun tatbikini emreden kanunlar ihtilafı kaidesine olan etkisinin tayin edilmesine bağlı kalmaktadır. Gerek doktrinde gerekse mahkemelerin uygulamasında farklı fikirler ve çözümler yer almış olmakla beraber[51], bizim kanaatimiz odur ki, bir kanun hükmü olarak, evlenme ehliyetini millî hukuka tâbi tutan kanunlar ihtilafı kaidesi (m. 12 I), bir mahkeme kararı ile bertaraf edilemez. Boşanmış kabul edilen bir eşin kendi millî hukukuna göre, yeniden evlenememesi de kamu düzeninin müdahalesini gerektiren bir durum değildir[52]. Bu bakımdan millî hukukuna göre evli olması sebebiyle evlenme ehliyetine sahip kabul edilmeyen bir yabancı, bir Türk boşanma kararının mevcudiyetine rağmen Türkiye'de evlenebilme imkanından mahrumdur.

Kaldı ki, yabancıların evlenmelerinde takip edilen usul de bu sonucu kaçınılmaz yapmaktadır. Türkiye'de evlenmek isteyen yabancılar kendi yetkili makamları tarafından verilmiş olan bir "evlenme ehliyet belgesi" getirmek mecburiyetindedirler (Evlendirme Yönetmeliği, m. 12, 20). Bu "evlenme ehliyet belgesi", yabancının kendi millî hukukuna göre bir evlenme engeline sahip olup olmadığını belirler. Evlendirme memuru bu belgeye dayanarak hareket etmek durumundadır. Evlendirme memurunun, evlenme engeli taşıyan evlenme ehliyet belgesine rağmen, bir boşanma kararına dayanarak yabancıyı evlendirmesi mümkün değildir. Evlendirme memurunun, bir Türk vatandaşı söz konusu olduğunda, bir boşanma kararı mevcut olsa dahi, nüfus kütüğündeki kayıtları dikkate almak mecburiyetinde iken, yabancı için kendiliğinden bir boşanma kararına dayanarak evlendirmeyi yapması beklenilemez[53]. Bu bakımdan, Türk mahkemesinin verdiği bir boşanma kararına tüm makamların uymak mecburiyetinden söz ederek[54] yeni bir evliliğe imkân tanınması doğru bir sonuç değildir.

Boşanma kararının yeni bir evliliği doğrudan doğruya sağlaması imkânı, sadece 8 Eylül 1967 tarihli **Evlilik Bağına İlişkin Kararların Tanınması Hakkındaki Sözleşme**[55] hükümleri çerçevesinde mevcuttur. Bu Sözleşmeye göre, Sözleşmeye taraf olan bir Devlet mahkemesinden bir yabancı hakkında

51) Bu konuda Yargıtay'ın farklı iki kararı (Yar. 2. HD., 5.3.1962 ve Yar. HGK., 15.1.1969) ve geniş bilgi için bkz. NOMER Yeni Evlilik 508 vd..

52) Türk doktrininde de ayni görüş paylaşılmaktadır: bkz. SAYMAN 74 vd.; TEKİNALP 124 vd.; ULUOCAK 54.

53) Özellikle bkz. SAYMAN 82 vd.. Mücbir sebebin varlığı halinde, yabancının evlenme ehliyetinin Türkiye'de tespiti hakkında bkz. SADRULEŞRAFİ 63 vd.

54) BERKİ 184; GÖĞER 1975 176; SAKMAR Boşanma 197.

55) RG. 14 Eylül 1975 - 15356. Geniş bilgi: TİRYAKİOĞLU Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi 1996, 120 vd.

evliliğin zevaline veya iptaline ilişkin olarak verilmiş olan bir kararı Türkiye tanır ise, millî hukuku söz konusu kararı tanımasa bile, bu yabancının Türkiye'de yeniden evlenmesine izin verilecektir (m. 9). Yabancı Devlet mahkemesinden verilmiş olan kararın, bu Sözleşme hükümlerinin uygulanması yoluyla tanınmış olması gerekmektedir.

(7) *Evlâtlık ilişkisinin, bekleme sürelerinin, zina olayının,* münhasıran *isim* veya *vatandaşlık elde etme gayesinin* evlenme engeli olarak yapılan evlilikleri iptal edilir hale getirip getirmeyeceği her bir eşin kendi millî hukukuna göre tayin edilir.

Yahudi olmayanla evlenmeyi yasaklayan **yahudi dini**, hıristiyan olmayanla evlenmeyi yasaklayan **hıristiyan dini** (impedimentum mixtae rellgionis), boşananlar (impedimentum catholicismi), katolik **rahipler** (impedimentum ordinis) ve **bekârete adanmışlar** (impedimentum voti) için evlenme yasağı **koyan katolik** dini tarafından getirilmiş bu çeşit evlenme engelleri[56] hakkında da taraflardan her birinin kendi millî hukuku karar verir. Bu konularda kamu düzeninin müdahalesi (m. 5) şüphesiz saklıdır.

Her şahsın millî hukuku, o şahsın evlenmek için **resmî** bir **izne** ihtiyacı olup olmadığını da tayin eder. Burada da kamu düzeninin müdahalesi (m. 5) ihtimali düşünülmelidir.

(8) *Tek taraflı ve iki taraflı evlenme engelleri.* Bir şahsın evlenme ehliyetine sahip olup olmadığı onun millî hukuku tarafından tesbit edilir. Ancak, millî hukukuna göre onun evlenmesini yasaklayan şey, ya sadece kendi şahsında mevcut bir evlenme engelidir (meselâ evlenme rüştüne sahip olunmaması). Ki buna "tek taraflı" evlenme engeli denir. Ya da, *sadece diğer tarafta* bulunsa dahi onun evlenmesini men'eden bir evlenme engelidir (meselâ mevcut evlilik). Ki bu da "iki taraflı" evlenme engeli adını alır. Evlenmek isteyen tarafların *farklı* şahsî statüye sahip olmaları sebebiyle, evlilik iki maddî hukuka tâbi olmakta ve taraflardan birinde bir evlenme engeli mevcut bulunmakta ise evlenme engelinin iki taraflı olup olmaması önem kazanır.

Türk hukukunda, meselâ evlenme yaşına erişmiş olmakla beraber, normal rüşt yaşını tamamlamamış olan küçüğün evlenmesinde kanunî temsilcinin *izninin bulunmaması* tek taraflı bir evlenme engelidir (MK m. 90). Bu sebeple bu durumda bulunan bir Türk, kendi millî hukukuna göre evlenme rüştüne sahip bir yabancı ile evlenemez. Fakat evlenme rüştüne sahip bir Türk, bu durumdaki bir yabancı ile evlenebilir. Şüphesiz yabancının millî hukuku da bu durumdaki vatandaşının evlenmesini kendi yönünden engelleyebilir.

56) Hıristiyan dinine ait bu evlenme engelleri 1938 yılına kadar **Avusturya** hukukunda (ABGB § 63, 64, 111) yer almıştı; bkz. SOERGEL - KEGEL Art. 13 Rz 38. Bugün bu nevi evlenme engelleri Avusturya hukukunda da kamu düzenine aykırı olarak bertaraf edilmektedir; SCHWIND 147.

Buna mukabil; Türk hukukunda meselâ *mevcut evlilik* iki taraflı bir evlenme engelidir (MK m. 112/1). Bu bakımdan evlenmek isteyen Türk vatandaşı bekâr olsa dahi, diğer tarafın evlenme merasiminin icrası sırasında evli olması halinde bu evliliği yapamaz. Diğer tarafın millî hukukunun birden çok evliliğe müsaade etmesi önem taşımaz.

> Özellikle, **evlenme rüştü, fiil ehliyeti, üçüncü şahısların izni, bekleme süreleri, evlenme iradesindeki bozukluklar** "tek taraflı" evlenme engelleridir. Gaipliğine veya ölmüş olduğuna (ölüm kararı) hükmolunan şahsın kocası veya karısının, evlilik feshedilmedikçe, evlenememesi (MK m. 94/1) de tek taraflı bir evlenme engeli teşkil eder.
>
> **Mevcut evlilik, temyiz kudreti, kan ve sihrî hısımlık, evlâdlık ilişkisi, akıl hastalığı ve bulaşıcı hastalıklar** ise "iki taraflı" evlenme engelleridir.

(9) *Uygulanma anı.* Evlenmede taraflardan her birinin *evlenme anındaki* millî hukuku evlenmenin ehliyet ve şartlarını tayin eder (m. 12 I).

> Evlenme sebebiyle, meselâ kadının o ana kadarki vatandaşlığını kaybederek, kocasının vatandaşlığını kazanması önem taşımaz. Evliliğe girdiği anda sahip bulunduğu vatandaşlık, uygulanacak hukuku tayin eder. Evlenme ile ve evlenmeyi takiben meydana gelen vatandaşlık değişimi rol oynamaz[57].
>
> Buna mukabil, eşlerden birinin evlenme anındaki millî hukuku (maddî hukuku veya devletler hususî hukuku) geriye etkili olarak değiştirilir ise, prensip olarak bu değişiklik dikkate alınır. **Özellikle** bu değişiklik, yapılmış bir evliliği sıhhate kavuşturmaktaysa, değişikliğe uymak gerekir.

(10) *Kamu düzeninin müdahalesi.* Evlenmenin maddî şartlarına ilişkin yabancı kanun hükümlerine kamu düzeninin müdahalesi mümkündür. Özellikle *dinî esaslara* dayanan evlenme yasakları veya *dinî* ve *ırkî farklılıkları* evlenme engeli olarak gören hükümlerin Türkiye'de dikkate alınması mümkün değildir. Genel olarak ifade edilmek gerekirse, vatandaşlık, ırk, sınıf, kast ve din ayırımına dayanan evlenme engelleri Türk kamu düzeninin müdahalesiyle karşılaşır (m. 5).

> Buna mukabil, hangi derecede olursa olsun kan ve sihrî **hısımlığa** dayanan evlenme engelleri veya sihrî hısımlığa dayanan bir evlenme engeline rağmen yapılan evliliğin **feshedilmesini** yasaklayan ve sınırlayan hükümler veya mevcut evliliği **boşanma yasağına** tâbi tutan hükümler kamu düzeni müdahalesiyle karşılaşmazlar.

57) Bu prensibin mahzurlu olabileceği söylenebilir. Evlenme anındaki millî hukuka göre geçersiz olan bir evliliğin, evliliği takip eden vatandaşlık değişimi sebebiyle elde edilen millî hukuka göre geçerli olması halinde, bu ikinci millî hukukun dikkate alınması daha doğru görülebilir. Misal (RGZ 132, 416): Bir Avusturyalı ile bir Rus yahudisi evlenmiş, daha sonra birlikte İtalyan vatandaşı olmuşlardır. Avusturya hukukuna göre dinî farklılık sebebiyle evlenme hükümsüz, İtalyan hukukuna göre ise geçerli idi. Mahkeme, başka gerekçeler de kullanarak (bkz. yukarıda s. 162 vd.), İtalyan hukukunu dikkate aldı. Ancak tersine bir olayda, geçerli bir evliliğin geçersiz hale gelebileceği de gözden kaçırılmamalıdır. Bu bakımdan Türk hukukunun getirmiş olduğu çözüm prensip olarak isabetlidir.

Millî hukukunun (İslâm hukukunda olduğu üzere) çok evliliğe müsaade ettiği ve fakat henüz hiç evlenmemiş bir şahsın evlenmesine de, **"potentiell polygam"** gerekçesiyle engel olunamaz. Fakat bu şahıs evli bulunuyor ise, Türkiye'de yapacağı ikinci bir evlilik, **"aktuell polygam"** olacağı için kamu düzeni müdahalesiyle karşılaşır, yapıldığı takdirde hükümsüz (mutlak butlan ile batıl) olur. İlk evliliğin Türkiye'de, ikincisinin geçerli olarak yabancı ülkede yapılması halinde kamu düzeni müdahalesi söz konusu olmaz.

Evlenmeyi **resmî izne** bağlayan bir hüküm de kamu düzeninin müdahalesiyle bertaraf edilebilir. **Cinsiyet değişikliğinden** sonra, yeni cinsiyet ile evlenmeye müsaade eden yabancı bir hukuk hükmü ise, kamu düzeni müdahalesiyle karşılaşmaz (bkz. MK m. 29 II). Buna mukabil, evlenme beyanının **temsilcî** vasıtasıyla yapılmasını mümkün kılan yabancı bir hüküm (meselâ Mısır ve İran hukukunda), kamu düzeni müdahalesiyle karşılaşmasa bile, tarafların ayni zamanda ve şahsen evlendirme memuru önünde bulunmalarını emreden Türk hukuku (MK m. 109) karşısında uygulanma imkânına sahip değildir. Diğer yandan, boşanmanın cezası olarak verilen **bekleme süresine** ilişkin bir hüküm de kamu düzeni ile ilgili değildir.

bb) Evlenmenin Şeklî Şartları

Evlenmenin şekline ilişkin devletler hususî hukuku kaideleri, milletlerarası alanda, evlenmenin maddî şartlarına nisbetle, daha çok birlik gösterir. Evlenmenin şekli orta çağlardan bu yana locus regit actum kaidesinin tatbik alanlarından en önemlisidir: evlenmenin şekli[58] **evlenme yeri hukukuna** tâbidir. Ancak bu kaidenin şümulü hakkında birlik yoktur. Evlenme yeri hukukunun tatbiki genel bir kaide olarak belirtilebilir, fakat bu kaidenin önemli istisnaları vardır.

Bazı hukuk nizamlarında evlenme yeri hukukunun tatbiki **cebrî** bir karaktere sahiptir. Meselâ Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere, Danimarka ve Japonya'da böyledir. Bu ülkelerde evlenme, ister ülke içerisinde isterse yabancı ülkede yapılmakta olsun, şekil şartları bakımından yapıldığı yer hukukuna tâbidir. Başka bir hukukun meselâ millî hukukun şekil şartlarına uyulması kabul edilmez. Meselâ, **Danimarka** hukukuna göre, hem resmî evlendirme memuru önünde yapılan evlenme hem de dinî evlenme geçerlidir. Fakat Danimarkalı eşler, resmî evlendirmeyi cebrî olarak kabul eden bir ülkede (meselâ Fransa'da) dinî evlenme yapamazlar. Yaptıkları takdirde Danimarka hukuku bakımından da bu evlenme hükümsüz olur.

Diğer bazı hukuk nizamları, meselâ Alman hukuku evlenmenin ülkede yapılıp yapılmadığına göre bir ayırım yapar. Almanya'da yapılan evlenmelerde prensip olarak evlenme yeri hukukunun cebriliğini kabul eder, buna mukabil yabancı ülkelerde yapılan evlenmelerde hem yapıldığı yer hukuku hem de tarafların millî hukuku şekil yönünden yetkili kabul edilir (EGBGB m. 13 III). **Türk hukuku** da bu gruba dahildir.

a) *Türkiye'de yapılacak evlenmeler,* yalnız Türk Medenî Kanununun em-

58) Bu konuda geniş bilgi için bkz. SAYMAN 136 vd..

rettiği şekil merasimine (MK m. 108 ve m. 109; Evlendirme Yönt. m. 12) uyulmak şartıyla gerçekleştirilebilir (m. 12 I c. 2). Diplomatik (konsuler) evlenmeler[59] istisna edilir ise, Türkiye'de evlenmek isteyen yabancılar da, ancak Türk Medenî Kanununun emrettiği medenî evlenme şekline uymak mecburiyetindedirler. Bu sebeple, meselâ Türkiye'de bulunan yabancıların kendi millî hukuklarına uygun olsa dahi, yaptıkları dinî evlilikler geçersizdir, yok hükmündedir[60].

(1) Evlenmede hangi hususların *şekilden* sayılacağını Türk hukuku tayin eder.

> Özellikle, tarafların birbirleriyle **evlenme kararlarının beyanı ve tarzı, ilân,** evlenmenin **evlendirme memuru önünde yapılması, tarafların aynı zamanda şahsen** evlendirme memuru önünde **hazır bulunmaları**[61], **evlenmeyi kabul beyanlarının şekli ve zamanı,** evlenme aktinin **tamamlandığı an** ve nihayet **dinî merasimin yapılabilme zamanı** Türk hukukunun farklı ağırlıkta olmak üzere evlenmenin şeklinden kabul ettiği hususlardır.

(2) Evlenmenin şeklini, yapıldığı yer hukukuna tâbi tutan hüküm, "konsolosluklarda yapılan evlenmeler" dışında, istisna tanımamaktadır (m. 12 II c. 2). Türk hukuku, "ülkede yapılan evlilikte, ülkedeki şekil geçerlidir" prensibine katı olarak bağlı kalmıştır.

> Bu sebeple, resmî bir makamın iştiraki olmaksızın sadece tarafların mutabakat beyanlarıyla meydana gelen **Common Law Evlilik** (hâlen İskoçya'da ve bazı Amerikan Eyaletlerinde) ile **fiilî Sovyet - Evliliği** (9.7.1944 tarihine kadar Sovyet Rusya'da) gibi, **şekle tâbi olmaksızın** yapılabilen evlilikler Türkiye'de gerçekleştirilemez.
>
> Ayrıca, evlendirmeye yetkili makam önünde taraflardan birinin veya her ikisinin yerine evlenmeyi kabul beyanını "nakleden"[62] **temsilci** (veya **vekil**) vasıtasıyla evlenmenin Türkiye'de yapılabilmesi de mümkün değildir.
>
> Diğer taraftan, tarafların iyi niyetle Türkiye'de kendi millî hukuklarının emrine

59) Bkz. ileride s. 216 vd..

60) Bkz. Yar. 2. HD., 21.9.1946 (BERKİ / ERGÜNEY 54/55).

61) Türk hukukunda, "evlenme, tarafların yetkili memur huzurunda karşılıklı olarak evlenme arzu ve iradelerini uygun biçimde açıklamaları ile meydana gelir" (Yar. İBK., 14.6.1965 [sayı: 3/3] : RG. 14 Haziran 1965 - 12049). Bu bakımdan Türkiye'de yapılan evlenmelerde, "arzusu ne kadar kesin olursa olsun, hatta sağ kalsa idi evlenme iradesini açıklayacağı muhakkak ve mutlak bulunsa bile, bir kişinin ölümünden sonra mirasçılarının başvurusu ile evlendirme memuru, taraflar arasında nikâh icra edemiyeceği gibi, mahkemece de bu doğrultuda karar verilemez. Zira, ölümle kişilik sona ermiş olup, tamamen şahsa bağlı bir hakkı, onun adına hiç kimse kullanamaz"; Yar. 2. HD., 27.10.1986 (YKD 7/1987 998) ve Yar. 2. HD., 1.3.1988 (RG. 6 Nisan 1988 - 19777).

62) Bazı islâm ülkelerinde (İran ve Mısır'da) evlenme akti, sadece irade beyanını nakleden değil, fakat aynı zamanda diğer eşin seçimini de üzerine almış bulunan temsilciler vasıtasıyla da yapılabilmektedir. Bu şekilde bir evlenme, evlenmenin **maddî** şartlarını da ilgilendirir. Ve bunu yasaklayan bir hüküm, "iki taraflı" bir evlenme engeli teşkil eder.

uyarak yapmış oldukları bir evlilik, meselâ dinî bir evlilik, Türk hukukuna göre mevcut olmayan bir evliliktir. Buna mukabil, kendi millî hukuklarına göre geçerli bir evlilik söz konusudur. Eğer taraflar Türk usulüne göre evlenselerdi, kendi hukuklarına göre var olmayan bir evlilik durumu ortaya çıkacaktı. İşte bu sonuç, yani **askıda evliliklerin** doğumu **hukuk politikası** bakımından tatmin edici bulunmamaktadır[63].

b) Türk hukuku Türkiye'de yapılan evlenmelerde Türk Medenî Kanununun evlenme şeklini mecburi kıldığı halde, *yabancı ülkelerde yapılan evlenmelerde* daha müsamahalı hareket etmiştir. Tarafları ister yabancı isterse Türk vatandaşı olsun, yabancı bir ülkede yapılan evlenmenin şekli, o ülkenin *hukukuna* tâbidir. Bu hukukun evlenmenin geçerliliği için kabul ettiği *şekilde* yapılan evlilikler Türk hukuku bakımından da geçerlidir. Evlenmenin yapıldığı yer hukukunun, mahallî şekil yanında, tarafların millî hukuklarına uygun evlenme şeklini de, evlenmenin geçerliliği için kabul etmesi halinde, millî hukuklara göre gerçekleştirilmiş bir evlilik şekil bakımından Türk hukuku için de geçerli olur[64]. Bu, evlenmenin yapıldığı yer hukukunun kanunlar ihtilafı kaidelerinin dikkate alınması (m. 2 III) anlamına gelir.

Bu duruma göre, Türk vatandaşları veya bir Türk vatandaşı ile bir yabancı, yabancı ülkede o ülkenin hukukuna göre evlendirmeye yetkili bulunan *makamları* huzurunda evlenebileceklerdir. Evlendirmeye yetkili resmî makamın medenî veya dinî nikâh yapması önem taşımaz[65].

Şüphesiz, *yetkili yabancı makamlar* önünde yapılan bir evliliğin Türk nüfus siciline tescil edilmemiş olması, evliliğin gerçekliliğine etkili değildir[66].

Şu halde, hem dinî nikâhın hem de medenî nikâhın yapılmasına müsaade eden ülkelerde (meselâ Irak, Suriye ve Lübnan'da), Türk vatandaşları dinî veya medenî evlenme şekillerinden biriyle evlenebilirler. Veya iki Alman vatandaşının Stokholm'da kilise nikâhı ile evlenmeleri Türk hukuku bakımından da

63) Meselâ bkz. SOERGEL - KEGEL Art. 13 Rz 66; SCHWIND 151 vd.; NEUHAUS Gilt die Regel "Inlandsehe - Inlandsform" unerbittlich: FamRZ 1973 583. Alman devletler hususî hukuku Reform Tasarısında da, mahallî evlenme şekline uyma mecburiyetini koyan hüküm kaldırılmış iken (bkz. KÜHNE IPR - Gesetz-Entwurf 1980 6 [§ 13], yeni Kanunda tekrardan muhafaza edildi (m. 13). Gerek doktrinin gerekse mahkeme kararlarının askıda evliliklerin katı sonuçlarını yumuşatmak ve evliliği geçersiz sayan hukuklarda da eşler için belirli alanlarda bir hukukî statü temin edebilme gayretleri, henüz hukukî bir zemine oturtulamamıştır (bkz. HEPTING Der letzte Schritt zur Vollwirksamkeit nichtstandesamtlicher Eheschliessungen: Kommt die Heilung mit Statusfolge: IPRax 5/1994 355 vd.).

64) Bkz. Yar. 2. HD., 29.11.1974 (IBD 9-10/1975 853/854).

65) "Yurt dışında Türk vatandaşı kadın ve erkek veya bir Türk vatandaşı ile bir yabancı, bulundukları ülkenin evlendirmeye yetkili makamları huzurunda evlenebilirler. Böyle bir evlenme, Türk mevzuatına (bkz. m. 12 I c. 1) aykırı olmaması şartıyla Türkiye'de geçerlidir" (Evlendirme Yönt. m. 11 I).

66) Meselâ, Yar. 2. HD., 3.6.1986 (YKD 3/1987 383). Yetkili yabancı makamlar önünde yapılan evlenmelerden sonra, Türk vatandaşlarının evliliğin nüfus siciline kaydı için takip edecekleri usul, yapılmış olan evliliğin geçerliliğine etkili değildir; bu usul için bkz. Evlendirme Yönt. m. 11.

geçerlidir, çünkü İsveç hukuku medenî nikâhı kabul etmekle beraber, kilise hukukuna göre evlenmeye de müsaade etmektedir. Aynı sonuca kendi ülkesindeki evlenmelerde medenî nikâhı cebrî olarak kabul eden Alman hukuku da varmaktadır. Diğer yandan taraflar Yunan vatandaşı olup, Paris'te yalnız dinî nikâh yapmışlarsa, bu evlenme, Fransız hukukuna göre geçerli olmadığından, Yunan hukukuna, yani tarafların millî hukukuna uygun olsa dahi, Türk hukukuna göre geçerli bir evlilik değildir. Tersine durumda ise, yani iki Yunanlının Paris'te resmî bir evlenme yapmaları halinde, bu evlenme (eski) Yunan hukukuna göre dinî şekilde yapılmadığı için geçerli olmamasına rağmen, Türk hukuku yönünden muteber bir evlenmedir; çünkü yapıldığı yer olan Fransız hukukunun şekil şartlarına uygun hareket edilmiştir.

Misal : (Maria Callas olayı:)[67] Callas Yunanlı bir ana babadan New York'da doğmuş, hem Yunan hem de Amerikan vatandaşıydı. 1949 yılında Verona'da İtalyan vatandaşı Meneghini ile roma-katolik usulüne uygun olarak evlendi. Daha sonra Yunanlı armatör Onasis ile ilişki kurdu. Kocası Meneghini'den boşanabilmesi için ortada bir sebep yoktu ve Meneghini de onu serbest bırakmadı. Bu durumda, Callas eski Yunan hukukundaki bir kaideye iltica etti: buna göre, yunan-ortodoks usulünden farklı bir usulde yapılan evlilik yok kabul ediliyordu. Callas 1966 yılında Paris'teki Amerikan sefaretinde amerikan vatandaşlığından feragat etti. Böylece sadece Yunan vatandaşı olarak kaldı. Acaba Callas evlilik bağından kurtulmuş muydu? Türk hukuku bakımından olay ele alındığında: Yunan-ortodoks usulüne göre evlenme, bir şekil meselesi sayıldığına göre, yapıldığı yer hukukuna uygun olarak gerçekleştirilen roma-katolik usulü evlenmenin geçerliliğini etkilemez. Zira m. 12 I c. 2'ye göre, evlenmenin yapıldığı yer şekil hükümlerine uygun olması onun geçerliliği için gerekli ve yeterlidir. Yunan-ortodoks usulü evlenme, evlenmenin maddî şartlarından bir evlenme engeli olarak görülse dahi sonuç değişmez. Zira, Callas evlenme anında aynı zamanda Amerikan vatandaşı idi ve evlenmeden sonra vatandaşlık değişimi evlenmenin geçerliliğini ihlâl etmez. Sonuç: Türk kanunlar ihtilaf hukuku bakımından Callas, İtalyan Meneghini ile evlidir ve evliliği devam etmektedir.

Hâlen İskoçya'da geçerliliğini muhafaza eden ve Amerika Birleşik Devletlerinin bazı Eyaletlerinde izine rastlanan **Common Law - Evlilikler** ("Common Law - Marriage"), tarafların karşılıklı iradelerinin birleşmesiyle (nudus consensus) hiç bir şekle bağlı olmaksızın meydana gelmektedir. İslâm hukukunda da evlenme tarafların karşılıklı rızası ile teşekkül eden ve şekle bağlı olmayan bir evlenme şeklidir. Bu gibi **şekilsiz**, tarafların karşılıklı rızaları ile yapılabilen evlenmeler, "yapıldıkları yer hukukunca" bir evlenme şekli olarak kabul ediliyor ise, geçerli bir evlenme meydana getirirler.

Genellikle hukuk nizamları evlenmek isteyen tarafların birlikte ve aynı zamanda evlendirmeye yetkili makam önünde hazır bulunmalarını ister. İstisnaen bazı hukuklarda, taraflardan birinin veya her ikisinin irade beyanlarını "nakleden" bir **temsilci** (veya **vekil**) vasıtasıyla evlenmek mümkündür. Temsilci kul-

67) Bkz. "Time" [Atlantic Edition) 15.4.1966, s. 58.

lanılarak yapılan evlenme eski kilise hukukundan gelmektedir, fakat İslâm hukukunda da vardır. Bugün Hollanda, İtalya, Portekiz, İspanya ve birçok Orta ve Güney Amerika Devletlerine[68] de yabancı değildir. Temsilci vasıtasıyla yapılan evlenmede evlilik yerinin neresi olduğu meselesi önem taşır. Çünkü, temsilci vasıtasıyla evlenmek sadece bir **şekil** meselesidir. Bu sebeple, temsilci vasıtasıyla yapılan evlilik, evliliğin icra edildiği yer hukukuna göre geçerli bir evlilik şekli olarak kabul ediliyor ise, geçerlilik kazanır[69]. Diğer taraftan, temsilci vasıtasıyla evlenme, evlenmenin maddî şartlarından da sayılacak olursa[70], temsil edilenin millî hukuku (şahsî statü) da dikkate alınır. Bu takdirde, taraflardan birinin millî hukukunda temsilci vasıtasıyla evlenme yasağı var ise, bu yasak iki taraflı bir evlenme engeli olarak etkisini gösterir. Şu halde, temsilci vasıtasıyla evlilik evlenmenin maddî şartlarından kabul edilecek olursa, ancak her iki tarafın millî hukukunun da buna müsaade etmesi halinde bu usulle evlilik yapılabilecektir.

Fransız hukukunda (CC m. 171: "mariage posthume"), ölümden sonra Devlet Başkanının izniyle tescil konusu olan **"postmortal evlenme"**, gerçek bir evlilik tesis etmemekle beraber, MK m. 249 benzeri özel bir tescil usulü olarak nitelendirildiği ölçüde[71], Türk hukukunda hukukî sonuç doğurabilir.

Eğer geminin taşıdığı bayrak hukuku, gemi kaptanına evlendirme yetkisi vermekte ise, gemide, **açık denizde olması şartıyla**, geçerli bir evlilik yapılabilir. Bu durumda evlenme yeri, gemidir. Buna mukabil tarafların millî hukukları gemi kaptanının evlendirme yetkisini tanımış olsalar bile, bayrak hukuku bu yetkiyi tanımamış ise, evlenmenin kaptan tarafından yapılması mümkün değildir. Şu halde, Türk kaptanları, meselâ iki Amerikalıyı, Amerikan hukukuna göre mümkün olsa bile[72], evlendiremez.

c) Evlenmede *millî şekil* yabancı ülkelerde yapılan evlenmelerde de kullanılabilir. Burada sözü edilen evlenmeler, konsolosluklarda ve elçiliklerde konsolos ve elçi veya yetkili konsolosluk veya elçilik memuru tarafından yapılan *diplomatik (konsuler) evlenmelerdir.*

Milletlerarası uygulamada diplomatik evlenmenin yapılabilmesi için aranan şartlar şöylece sıralanabilir: (1) Diplomatik temsilci kendi devletinin hukukuna göre evlendirme yetkisine sahip olmalıdır; (2) Bu yetki bulunduğu Devletce de

---

68) Özellikle Güney Amerika Devletlerinde daha çok acentalar vasıtasıyla her iki tarafın **temsilci kullanarak evlenmeleri** temin edilmektedir. Ancak gerçekte bir nikâh yapılmamakta, sadece uygun bir ücret karşılığı sahte bir nikâh belgesi düzenlenmektedir; bkz. SCHWIND 158. Böylece, taraflardan birinin veya her ikisinin de, evliliğin geçerli olduğu kanaatiyle sürdürdükleri mevcut olmayan evlilikler (**"Putativ Evlilikler"**) meydana gelmektedir.

69) Bir alman mahkemesi kararı, Almanya'da ikametgâhı bulunan bir Almanın bir temsilci vasıtasıyla İtalyan evlendirme memuru önünde bir İtalyanla yaptığı evliliği geçerli kabul etmiştir; BGH 19.12.1958 (BGHZ 29 137).

70) Bkz. yukarıda s. 213, n. 62.

71) Bkz. BEITZKE Französische postmortale Eheschliessung und Legitimation: IPRax 4/1991 229; SAYMAN Türk Devletler Hususî Hukukunda Evlenmenin Kuruluşu 1982 29.

72) Anglo-amerikan hukukunda kaptanın evlendirme yetkisine sahip olduğu hususunda tereddüt edilmektedir; STAUDINGER - GAMILLSCHEG IPR II Rz. 840.

kabul edilmiş olmalıdır; (3) Diplomatik temsilci kendi Devletinin hukukuna uygun şekilde evlenme yapmalıdır.

Konsoloslara evlendirme yetkisinin verilmesi, konsolosluğun bulunduğu devletin, evlenmede mahallî şekle uyulması mecburiyetine bir istisna tanıması anlamına gelir. Diğer taraftan bu istisnaî durumda, evlenmenin şeklî geçerliliği, konsolosu gönderen devletin hukukuna göre evliliğin yapılmasına bağlıdır. Konsolos, kendini gönderen devletin hukukuna göre evlenme akti icra etmeye yetkilidir ve bu hukukun evlenmede kabul ettiği şekil hükümlerine uymak mecburiyetindedir.

Türk hukukunda, yabancı ülkelerde görev yapan Türk konsoloslarına "evlendirme memurluğu yetkisi" verilmiştir. Ancak bu yetkinin kullanılabilmesi yabancı ülkedeki "mahalli mevzuatın" bunu kabul etmiş olması şartına bağlanmıştır[73].

Türkiye'nin yabancı ülkelerdeki konsolosluklarına verilen yetki genel anlamda *evlendirme memurluğu* yetkisidir. Bu bakımdan Türk konsolosları, bulundukları devletin mevzuatı müsaade ettiği takdirde, bir Türk vatandaşı ile yabancı arasındaki evlendirmeyi de yapabilme yetkisine sahiptir.

Şu halde, bir Türk konsolosunun, bulunduğu devletin de tanıması şartıyla, yapmış olduğu evlendirmeler hem Türk hukukuna hem de bulunduğu devletin hukukuna göre geçerli evliliklerdir. Buna mukabil, eğer konsolosun bulunduğu devlet, Türk konsolosunun evlendirme yetkisini kullanmasına müsaade etmemekte ise, Türk konsolosu evlendirme memurluğu yetkisini kullanmıyacaktır. Buna rağmen, bu yetkisini kullanarak evlendirme yapmış ise yapılan bu evlilik Türk hukukuna göre geçerli bir evlilik olmakla beraber, konsolosun bulunduğu devlette ve muhtemelen diğer devletlerde hükümsüz sayılabilecektir.

Türk hukuku kendi konsoloslarına hem Türkler hem de bir Türk ile yabancı arasındaki evliliği ve hatta tarafları yabancı olan bir evliliği icra yetkisini tanımasına rağmen, Türkiye'deki *yabancı konsoloslar* için sadece kendi vatandaşları arasındaki evlilikleri yapma yetkisini tanımıştır[74]. Bu sebeple

---

73) **Evlendirme Yönetmeliğinin** 10'uncu maddesine (RG. 7 Kasım 1985 - 18921) göre, "yurt dışında mahallî mevzuatın kabul etmiş olması şartı ile evlendirme memurluğu yetki ve görevi konsolos veya başkonsoloslara aittir". Türk hukukunda yabancı ülkelerde görev yapan konsoloslara evlendirme memurluğu yetkisi ilk olarak Bakanlar Kurulunun 10 Nisan 1927 tarihli bir Kararnamesi ile (Düstur Tertip III Cilt: 8, İkinci Bası, s. 168) verilmişti. Fahri konsoloslara evlendirme yetkisi tanınmamıştır.

74) **Evlendirme Yönetmeliğinin** 12'nci maddesine göre, "aynı devlet vatandaşı olan iki yabancı kendi millî kanunu yetki vermiş olduğu takdirde, o devletin Türkiye'deki temsilcilikleri önünde evlenme" yapabilirler. Türkiye, konsolosluk sözleşmesi yaptığı (bkz. ÇELİKEL / ŞANLI 19) devletlerin Türkiye'deki konsoloslarına da Türkiye'de yalnız kendi vatandaşlarını evlendirme yetkisi tanımıştır. Meselâ, Türkiye - Polonya Konsolosluk Sözleşmesi, m. 36 (RG. 24 Aralık 1988 - 20029) ve Türkiye - Rusya Konsolosluk Sözleşmesi, m. 37 (RG. 11 Haziran 1989 - 20192).

Türkiye'de bulunan yabancı konsoloslar ancak kendi vatandaşları arasındaki evlilikleri yapabilirler. Kendi vatandaşları ile bir diğer devlet vatandaşı arasındaki bir evliliği yaptıkları takdirde, bu evlilik kendi hukuklarına göre geçerli sayılsa bile, Türk hukuku bakımından yok kabul edilir.

> Türkiye'nin de taraf olduğu Milletlerarası Kişi Halleri Komisyonu tarafından hazırlanan 10.9.1964 tarihli "Yabancı Memleketlerde Yapılan Evlenme Merasiminin Kolaylaştırılmasına Dair Sözleşme"[75] şu hükmü getirmiştir (m. 5): "Âkit Devletlerden birinin kanunu evlenmenin dinî merasimle icrasını mecburi kıldığı takdirde, diğer Âkit Devletlerin elçilik veya konsolosluk memurları kendi kanunları müsaade ettiği takdirde bu memlekette evlenme aktini icra edebilirler. Şu şartla ki, eşlerden en az biri elçilik veya konsolosluk memurunu tayin eden devletin vatandaşlığında bulunmalı ve eşlerden hiç biri evlenme aktinin yapıldığı devlet vatandaşlığında olmamalıdır."

Görülüyor ki, gerek evlenmenin maddî şartlarında gerekse şeklî şartlarında hukuktan hukuka çeşitli farklılıkların bulunması, bir hukukta muteber, diğerinde yoklukla veya butlanla malûl evlenmelerin, yani *askıda evliliklerin* doğumuna sebep olmaktadır. Bugünkü hukukî durum içerisinde bunun önlenmesi mümkün olmamaktadır.

d) Evlenmenin şartlarındaki *noksanlıkların* etkileri: Taraflardan birinin millî hukukuna göre evlenmede aranan maddî şartlardan biri mevcut değil ise, tarafların evlenmesine müsaade edilmez.

Evlilik yapılmış bulunuyor ise, evlenmenin maddî şartlarından birinin noksanlığının veya evlenmede yapılan bir şekil hatasının sonuçlarını, *ihlâl edilen* hukuk (taraflardan birinin millî hukuku veya evlenmenin yapıldığı yer hukuku) tayin eder.

> Bu durumda, eşlerden birinin millî hukukuna göre evlilik hükümsüz ise, evlilik hükümsüz olur. Diğer eş, kendi millî hukukuna göre evlilik geçerli olsa dahi, evliliğin hükümsüzlüğünü ileri sürebilir.

Eğer her iki eşin millî hukukuna göre de, evlenmede bir sakatlık mecut ise, sakatlığı *daha ağır* şekilde müeyyidelendiren millî hukuk geçerli olur.

> Meselâ evlilik eşlerden birinin millî hukukuna göre yok hükmünde, diğerine göre hükümsüz ise, evlilik yok hükmündedir. Birinin millî hukukuna göre batıl, diğerine göre feshedilebilir ise, evlilik batıl olur.

Evlenmenin şeklinde mevcut olan noksanlık ve hataların sonuçlarını, evlenmenin yapıldığı yer hukuku tayin eder. Türk hukuku, bu konuda tarafların millî hukukunu dikkate almamıştır.

---

75) RG. 22 Aralık 1967 - 12783.

Bir evlenme engeli veya evlenmedeki irade bozuklukları ve hatta evlenmedeki bir şekil noksanı bir **boşanma** sebebi olarak da görülebilir[76]. Ancak bu durum, uygulanacak hukukun, 13 üncü maddeye göre değil, fakat evlenme ehliyet ve şartlarını düzenleyen 12 nci maddeye göre tayin edilmesini engellemez. Diğer bir söyleyişle, 12 nci maddeye göre yetkili hukukun vermiş olduğu sonuç boşanma dahi olsa, boşanma statüsünü tayin eden 13 üncü madde dikkate alınmaz.

Evlenmede maddî veya şeklî şartların yerine gelmemesinin sonuçları sadece evlilik bağına (meselâ yokluk, hükümsüzlük, iptal, fesih) ilişkin değildir. Aynı zamanda *ad, nafaka* ve *diğer malvarlığına ait* ilişkiler ve bilhassa çocuklar bakımından da bazı hukukî sonuçlar ortaya çıkar. Bunlar hakkında da *ihlâle uğrayan hukuk* (m. 12 I) karar verir.

c. Boşanma

Devletler hususî hukukunun boşanma kadar hukuk nizamlarında farklı düzenlemelere tâbi tutulmuş başka bir konusu yoktur. Bir tarafta boşanmayı yeni tanımaya başlayan katolik hukukunun geçerli olduğu İspanya, İtalya (!) ve hâlâ tanımayan Güney Amerika'nın bir kaç ülkesi. Diğer tarafta karşılıklı anlaşma ile resmî boşanmayı mümkün kılan meselâ Sovyet Rusya hukuku (küçük çocukları olmaması şartıyla; Evlenme ve Aile Hukukunun Esasları hakkında 27.6.1968 t. Kanun m. 14 VII). Ve bu iki uç çözüm arasında mahkemelerin yetkisi, boşanma sebepleri ve boşanma kararlarının tanınmasında birbirinden çok değişik hükümler taşıyan hukuk nizamları; nihayet bütün bunlara ilâve olarak tatbik edilecek hukuk hakkında birbirinden çok farklı görüş ve uygulamalar.

Eşlerin tabiiyetine bakmaksızın boşanmaya doğrudan doğruya **lex fori**'yi tatbik eden devletler de vardır. Bunlardan bazılarında lex fori ikametgâh hukuku olarak tatbik edilme görünüşündedir. Amerika Birleşik Devletlerinin **Nevada** eyaletinde sadece altı haftalık oturma, mahallî mahkemelerin yetkisi için yeterlidir. Mahallî mahkemelerin yetkisi için davalının ikametgâhının mahkemenin görev alanı içerisinde bulunmasını arayan devletlerde lex fori gerçekten **ikametgâh hukuku** olarak uygulanır. Meselâ Danimarka'da taraflar Danimarka'da ikametgâh sahibi iseler veya son müşterek ikametgâhları Danimarka'da olmuş ve taraflardan birinin ikametgâhı hâlâ Danimarka'da bulunmaktaysa mahkemeler boşanma davasında yetkili olurlar ve lex fori'yi uygularlar. Buna mukabil **Rusya Federasyonu**'nda lex fori'nin tatbiki mahkemelerin yetki şartının özel bir düzenlemesine bağlı olmaksızın emredilmiştir. Ekseri ülkelerde ise boşanma **şahsî statüye** bağlanmıştır. Tabii bu durumda tekrardan ya millî hukuk ya da ikametgâh hukuku söz konusu olmaktadır.

Boşanmadan söz edebilmek için bir *evliliğin* mevcut olması gerekir. Evliliğin mevcudiyeti boşanmada bir *önmesele* olmaktadır. Bir evliliğin mevcut olup olmadığı önmeselesi, boşanmadan ayrı olarak, müstakil bir bağlanma

76) Bkz. SOERGEL - KEGEL Art. 13 Rz 107-109.

konusu (lex fori-bağlanma) teşkil eder. Bu sebeple, boşanmanın söz konusu olabilmesi için *evliliğin meydana gelmiş olup olmadığı* meselesi, evlenmeyi düzenleyen hükme göre (m. 12 I) çözümlenir.

> Şu halde, bir evliliğin mevcut olup olmadığı, mevcut ise hükümsüz veya iptal edilebilir veya feshedilebilir olup olmadığı evlenmeyi düzenleyen hükümlere göre (m. 12 I) tayin edilir.
>
> Buna mukabil, bir evliliğin **hâlen mevcut olup olmadığı**, meselâ daha önceki bir boşanma ile sona ermiş bulunup bulunmadığı farklı bir tesbit şekline bağlıdır. Yabancı bir mahkeme hükmüyle veya ihtilafsız kazaya ait yabancı bir kararla veya yabancı bir idarî fiille veya yabancı bir kanun hükmüyle meydana gelmiş bir boşanmanın geçerli olup olmayacağı, bunların **tanınmasına** ilişkin hükümler ile tâyin edilir. Yabancı boşanma hükmü tanınmış ise, artık Türkiye'de evliliğin yeni bir boşanma davasıyla sona erdirilmesine gidilemez.
>
> Boşanma davası yabancı bir mahkemede henüz görülmekte ise, bu durum Türk mahkemesinde derdestlik itirazı konusu yapılamadığından Türk mahkemesinde de boşanma davası görülebilir. Bir evlilik hakkında sadece **ayrılık** kararı alınmış ise, buna ilişkin yabancı mahkeme hükmü tanınmış olsa dahi, Türkiye'de açılacak bir boşanma davasını engellemez.

Evlenmeye ilişkin hükümlerimize göre mevcut olup, mevcudiyetini devam ettiren bir evlilik, bu evlilik *tarafların millî hukuklarına göre mevcut olmasa* veya *sona ermiş bulunsa bile*, Türkiye'de boşanma konusu yapılabilir. Buna mukabil, kendi hükümlerimize göre evlilik meydana gelmemiş veya sona ermiş bulunuyor ise, tarafların millî hukukuna göre evlenme mevcut ve hâlen devam etmekte olsa bile, boşanma konusu haline getirilemez.

a) *Türk hukukunda* boşanmaya ve ayrılığa (sebeplerine ve hükümlerine) tarafların *müşterek millî hukukları*, yani davacı ve davalının müştereken tabiiyetinde bulundukları devletin kanunları tatbik edilir (m. 13 I).

> Bu itibarla "yabancı taraflara ancak kendi kanunlarının boşanma hakkındaki hükümleri tatbik olunabilir". Yabancı müşterek millî hukukun boşanma hükümleri tatbik edilirken bu hükümlerin Türk boşanma hukukunun hükümleri ile mezcedilerek birlikte tatbiki mümkün değildir. Meselâ sadece ayrılık müessesesini kabul etmiş olan (eski) İspanyol hukukunun tatbiki gerekli iken "Türk ve İspanyol Medenî Kanunları mezcedilmek suretiyle evliliğe tamamen nihayet veren bir boşanma kararı" verilemez. Diğer yandan, boşanmanın mümkün olup olamıyacağı tatbiki gerekli olan yabancı kanunun bu müesseseyi tanıyıp tanımadığına bağlı bulunmaktadır. Eski İspanyol ve İtalyan hukuku gibi sadece ayrılık, müessesesini kabul etmiş hukukların tatbikinde, boşanmaya karar verilme imkânı yoktur. Ve nihayet, tarafların evliliğine son verecek olan boşanma sebebinin tatbiki gerekli yabancı müşterek millî hukukta yer alması lâzım ve yeterlidir[77].

77) İlgili mahkeme kararları için bkz. NOMER Ahkâmı Şahsiye 508 vd..

b) Tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları halinde aynı ülkede ikametgâh sahibi iseler bu müşterek ikametgâhları hukuku, bu yoksa, fakat aynı ülkede mutad meskenleri varsa bu müşterek mutad meskenleri hukuku, bu dahi bulunmuyor ise Türk hukuku boşanma ve ayrılık sebepleri ile bunların hükümlerine tatbik edilir (m. 13 II).

Yürürlükten kalkan Muvakkat Kanun bu konuda açık bir hüküm getirmediğinden, doktrinde çeşitli fikirler ortaya çıkmıştı.

Türk mahkemeleri farklı ve kabili tenkit gerekçelerle de olsa, taraflardan birinin Türk vatandaşı olduğu boşanma davalarında Türk kanununu uygulamakta idi.

c) 13 üncü madde, "boşanma ve ayrılık" konusunu düzenlemiştir. Ancak madde hükmü evliliğin *diğer sona erme çeşitleri* için de geçerlidir. Meselâ, ölüm, gaiplik, ölüm ilânı, ölüm ilânından sonra yeni evlilik, din değiştirme, din değiştirmeden sonra yeni evlilik (kilise hukukunda)[78], ömür boyu hapis cezası (Kaliforniya'da), diğer eşin ömür boyu hapis cezasına mahkûm olmasından sonra tekrar evlenme (New York'da) gibi evlenmeyi sona erdiren, boşanmadan başka sebepler de mevcuttur. İşte, sadece boşanma ve ayrılıktan söz etmekle beraber, 13 üncü madde, sadece boşanma ve ayrılık için değil, fakat evlenmenin diğer tekmil sona erme çeşitleri için de uygulanır. Zira 13 üncü madde hükmünün düzenlediği konu, sadece boşanmadan söz etmiş olmakla beraber, aslında evliliği *ex nunc sona erdiren* tekmil *sebeplerdir.*

Yabancı hukuka göre mevcut olan boşanma (veya evliliği sona erdirme) sebebinin, evliliğin yapılmasındaki bir **noksanlığa** ilişkin olması halinde 13 üncü madde değil, fakat evlenmeyi düzenleyen madde hükmü (m. 12 I) tatbik edilir.

d) Boşanma ve ayrılık ile evliliğin diğer sona erme sebeplerine uygulanan hukuk *değişkendir*. Eşler birlikte yeni bir vatandaşlık elde ettiklerinde, o ana kadar boşanma ile sona erme imkânına sahip bir evlilik, boşanma imkânından mahrum hale gelebilir. Meselâ Türk vatandaşı eşler, boşanmayı tanımayan Şili vatandaşlığına geçtiklerinde *ex nunc* boşanamaz hale gelirler. Veya İrlandalı eşler Türk vatandaşlığına geçtiklerinde boşanamaz halden, boşanma imkânına sahip bir durum elde ederler.

Hukukumuzda boşanma, ayrılık ve evliliği sona erdiren diğer sebepler **dava tarihindeki** bağlanma noktasına göre (m. 3) karara bağlanır. Bu bakımdan, meselâ eski hukuka göre, o hukuk döneminde meydana gelmiş bir olay bir boşanma sebebi teşkil etse bile, dava anındaki yeni hukuka göre boşanma sebebi değil ise, davada boşanma sebebi olarak ileri sürülemez. Ayni şekilde, eski hukuk döneminde meydana gelen bir olay bu hukuka göre bir boşan-

78) Bkz. KEGEL IPR 1985 516.

ma sebebi değil ise, bunu yeni hukuka göre bir boşanma sebebi olarak ileri sürmek mümkün değildir. Ve eski hukuka göre boşanma sebebi olmayan ve eski hukuk içerisinde meydana gelmiş bir olay, yeni hukuka göre boşanma sebebi olsa bile, yeni hukuk içerisinde tekrarlanmadığı sürece boşanma sebebi yapılamaz. Akıl hastalığı gibi **saklı kalabilen** olaylar için de aynı prensip geçerlidir. Böyle bir olay hem eski hem de yeni hukuk içerisinde mevcudiyetini devam ettirmiş olsa bile, bu olayın evliliği sona erdirme sebebi olması ve devam süresi yeni hukuka göre tayin edilir.

e) Boşanma ve evliliğin diğer sona erme nevileri farklı şekillerde *gerçekleşmektedir.*

Boşanma genellikle bir **adlî mahkeme hükmü** ile gerçekleşir. Bazı hukuklarda bu hükmün nüfus siciline **tescili** boşanma için gereklidir (Belçika, Hollanda, Lüksemburg, Romanya ve kısmen Fransa'da). **İdarî** bir **fiil** (Danimarka ve Norveç'te) veya özel nitelikteki bir **kanun** (Kanada'da) ile de boşanma meydana gelmektedir. **Dinî makam** veya **mahkemelerin** kararları ile de boşanmayı kabul eden hukuklar mevcuttur.

Ayrıca **hukukî işlem niteliğinde** olmak üzere, nüfus memuru huzurunda veya onsuz, eşlerin anlaşması veya eşlerden birinin **tek taraflı** beyanı ile de boşanmayı temin eden hukuklar vardır (Tayland, Pakistan, Çin, Japon ve Güney Kore). İslâm hukukunda da tek taraflı beyan ile ("talâk") evlilik bağı çözülebilmektedir. Yahudi hukukunda da boşanma esas itibariyle bir hukukî işlemdir. Eşlerin anlaşmasına bağlı olarak veya kadının zinası sebebiyle, erkeğin kadına bir boşanma mektubu vermesi ile boşanma gerçekleşir. Özellikle bazı Doğu ülkelerinde (Rusya, Litvanya, Polonya ve Avusturya) uygulaması görülmektedir. İsrail'de ise bu tür boşanma dinî makamın veya adlî mahkemenin iştiraki ile gerçekleşebilmektedir.

Türk hukukunda da, istisnaî olarak mahkeme kararına gerek olmaksızın evliliğin idarî bir işlemle sona ermesi **gaiplikte** gerçekleşmektedir. Gaiplik kararı verilip de nüfusa işlenmiş ise, gaibin eşi, nüfus idaresine müracaat ile evliliğin feshinin tescilini talep etmek suretiyle, evliliğin sona ermesini temin edebilmektedir (MK m. 94 II).

Ölüm ilanı, din değiştirme, ömür boyu hapis cezası veya bunları takiben yeni evlilik yapma gibi evliliğin **diğer sona erme nevilerinde**, evlilik **ipso jure** sona erer.

Ayrılık adlî bir mahkeme hükmü ile olduğu gibi, dinî makamlarca da gerçekleşebilmektedir. Ayrılıkda, **İhtilafsız kaza usulü** de kullanılmaktadır.

aa. *Türkiye'de* boşanmanın gerçekleşmesi *mahkeme hükmü* ile olur. Devletler hususî hukuku kaidelerine göre (m. 13) Türk boşanma hukukunun uygulanması gereken bir boşanma olayında, Türkiye'de ancak Türk mahkeme hükmü ile boşanma gerçekleşebilir. Buna mukabil, yabancı bir boşanma hukukunun hâkim olduğu bir boşanma olayında, bu prensibi aynı kesinlikle söyleyebilmek mümkün değildir. Zira, Türk hukukunda yer alan ve Türkiye'de

yapılan evlilikleri Türk hukukunun şekil şartlarına tâbi tutan bir hükmün (m. 12 I c. 2) benzeri, boşanmalar için mevcut değildir.

Bu sebeple, devletler hususî hukuku kaidelerine göre uygulanması gereken yabancı hukuka uygun olduğu takdirde, Türkiye'de *hukukî işlem niteliğindeki* mahkeme dışı[79] gerçekleştirilen boşanmaları önleyici bir düşünce mevcut değildir. Bununla beraber, bu imkân sadece yabancılar arasındaki boşanma olaylarında mevcuttur. Taraflardan birinin dahi Türk vatandaşı olması halinde, Türkiye'de boşanmanın sadece Türk mahkemeleri tarafından gerçekleştirilebilmesi, Türk hukuk sisteminin temel anlayışına dayanan bir kamu düzeni gereğidir[80].

> Yabancılar tarafından Türkiye'de Türk devletler hususî hukuku kaidelerine uygun olarak yabancı bir boşanma hukukunun hâkimiyeti altında gerçekleştirdikleri mahkeme dışı boşanmaların Türkiye'de **tanınabilmesi** bir tesbit davasının konusu yapılabilir[81].
>
> Bu bakımdan, hukukî işlem niteliğinde olup, yabancılar tarafından bu şekilde gerçekleştirilen karşılıklı anlaşmaya (akit) veya tek taraflı irade beyanına (talâk) dayanan boşanmaların Türk kamu düzenine aykırılığından da söz edilemez. Böyle bir boşanmanın, meselâ bir talâk tescili talebinin kamu düzenine dayanılarak reddi yoluna da gidilemez[82].
>
> Boşanma dışında, evliliğin **diğer sona erme nevileri** "ipso jure" etkili olduklarından, bir mahkeme kararına ihtiyaç göstermezler. Bu gibi sona erdirme sebepleri Türkiye'de gerçekleştiğinde, evlilik de sona ermiş olur.

bb. Boşanma davalarında takip edilen *usul* hem özellik taşır hem de çeşitli hukuk sistemlerinde farklılık gösterir. Bazı hukuklarda bu, ihtilafsız kaza usulü, idarî bir usul, özel veya dinî nitelikte bir usul olabilmektedir. Yabancı boşanma hukuku uygulansa bile, Türk mahkemesinde takip edilecek usul, *Türk boşanma usulüdür*. Bu bakımdan meselâ yabancı boşanma hukukuna göre ancak nüfus siciline tescil ile boşanma gerçekleşiyor olsa dahi, bu hüküm Türk mahkemesinden verilen boşanma kararının kesinleşmesi usulüne etkili olamaz.

> Diğer yandan diğer davalarda olduğu gibi, boşanma davalarında da mahkeme usulüne taalluk eden hususlar lex fori'ye tâbidir. Bu bakımdan Medenî Ka-

79) Türkiye'de yabancı dinî makam veya mahkemelerce, kendi vatandaşları için dahi olsa, verilen boşanma kararlarının hukukî geçerliliği yoktur. Zira Türkiye'de, kazaî karakterdeki boşanma kararlarının sadece Türk adlî mahkemelerince verilebileceği, Türk hukuk sisteminin kamu düzenin dayanan bir prensibidir.

80) Bkz. ileride s. 402 vd..

81) Bkz. ileride s. 403.

82) Yargıtayın bu yoldaki bir kararında (2. HD., 26.10.1945 [BERKİ / ERGÜNEY 76]) israr etmemesi doğrudur. Farklı fikir: TEKİNALP 158 vd.; ULUOCAK MÖH 1989 82. Ayrıca bkz. Yar. 2. HD., 4.2.1988 (ABD 2/1988 255 vd.).

nunumuzun 150 nci maddesinde yer almış olan vicdanî delil sistemi, yemin yasağı, ikrarların hâkimi bağlamıyacağı ve **delillerin serbestçe takdiri** gibi hususlarda da lex fori söz sahibidir.

Bunun yanında, Medenî Kanunumuzun 137 nci maddesinde düzenlenmiş olan **geçici tedbirler** ile boşanma ve ayrılık vukuunda çocuklar üzerindeki velâyet hakkının kullanılması ve çocuklar ile ana baba arasındaki şahsî ilişkilerin düzenlenmesi için **hâkimin takdirine** bırakılmış olan tedbirler (MK m. 148) lex fori'ye tâbidir. Zira boşanma ve ayrılık davasında, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, infakına, karı koca mallarının yönetimine ve çocukların bakımına dair "geçici tedbirler" (MK m. 137) ile müşterek hayatın tatili sebebiyle aile birliğinin korunması gayesiyle aile ilişkilerinin düzenlenmesi, çocukların tevdii ve iaşe ve ibateleri meseleleri gibi konularda hâkim tarafından yapılan "muvakkat tedbir" niteliğindeki düzenlemeler (MK m. 162 III) geçici mahiyette **usulî tedbirlerdir** (HUMK m. 101). Gerçi bu tedbirler özel hukuk ilişkilerine bir müdahale teşkil eder, ancak bu ilişkiler hakkında kesin bir düzenlemeyi ifade etmez ve bu sebeple de, özel hukuk ilişkilerinde kanunlar ihtilafı kaidelerine göre karar verilmesi kaidesine tâbi olmaz[83].

cc. *Yabancı ülkelerde gerçekleştirilen* boşanmalarda uygulanan hukuk meselesi fazla önem taşımaz. Diğer bir söyleyişle, tarafların *nasıl* boşanmış oldukları, Türkiye'de gerçekleştirilen boşanmalara nisbetle, ortaya çok daha az problem çıkarır.

Yabancı ülkede gerçekleşmiş bir boşanma, bizim bakımımızdan, verilmiş bir boşanma hükmünün *tanınması* meselesinden ibarettir. Hukuk sistemimizde, davalı tarafın Türk vatandaşı olması halinde kabul edilmiş istisnaî bir durum (m. 38 e) dışında, uygulanmış olan boşanma hukuku ve bu hukukun doğru uygulanmış olup olmadığı önem taşımaz[84]. Boşanma hükmünde yer alan vakıaların doğru tesbit ve değerlendirilmiş olup olmadıkları da tanımada tetkik dışı kalmaktadır.

Yabancı bir boşanma hükmünün söz konusu olması halinde, uygulanan usulün kazaî veya idarî bir usul olması veya boşanmayı temin eden makamın adlî veya dinî bir makam veya mahkeme olması da bizi ilgilendirmemektedir. Türk hukukunda "**tanıma** ve tenfiz" için aranan şartların mevcudiyeti yeterlidir (m. 38, 42).

Yabancı ülkede boşanma **hukukî bir işlemle** meydana gelmiş ise, boşanmaya hakim olan hukuka uygun olması şartıyle, Türkiye'de de hukukî sonuçlarını meydana getirecek, yani tanınacaktır[85].

83) Yar. 2. HD., 2.2.1994 (E.93/11964-K.94/1059); 22.12.1995 (E.12587/K.14097). Farklı fikirler için bkz. MHB 5/1985 35 vd..

84) Taraflardan birinin veya her ikisinin Türk vatandaşı olması halinde, uygulanan boşanma sebebinin, boşanma hükmünü kamu düzenine aykırı hale getirebileceği konusu için bkz. ileride s. 394 ve özellikle n. 257.

85) Bkz. ileride s. 390 vd..

Boşanma dışında, evliliğin diğer sona erme şekilleri de, evliliği **ipso jure** sona erdirdiğinden, Türkiye'de yetkili hukuka uygun olduğu takdirde, hukukî sonuç doğuracaktır.

f) Boşanma davalarında yetkili hukuk, boşanmanın mümkün olup olmadığı, ayrılığa karar verilebilip verilemiyeceği, eğer verilebilecek ise bunun şartları ve süresi, ayrılığın hükümleri, özellikle ayrılığın bir boşanma kararına dönüşebilip dönüşemiyeceği, boşanma sebepleri, bu sebeplerin mutlak veya nisbî karakteri, kusur, geçimsizlik ve çekilmezlik unsurlarının hangi hallerde rol oynayacağı, sebeplerin tavsifi ve boşanmaya hükmedilebilmek için geçerli olan şartlar, kısaca *esasa ilişkin bütün konular* hakkında karar verir. Ayrıca boşanma ve ayrılık davası açabilme süreleri, iştirak ve yoksulluk nafakaları (m. 13 III), maddî ve manevî tazminat talepleri, kadının soyadı ve evlenme yasağı süreleri meseleleri ile *velâyete* ilişkin konular (m. 20) da boşanmaya uygulanan hukuka tâbidir.

Hâkimin hukukunda bulunmayan, buna mukabil yetkili yabancı hukukun kabul ettiği bazı boşanma sebepleri kamu düzeninin müdahalesi bakımından zaman zaman tereddüt uyandırmıştır. Rızaî boşanma bunlardan en önemlisidir. Doktrindeki farklı anlayışa rağmen[86], eşlerin karşılıklı rızalarıyla boşanma taleplerini boşanma sebebi kabul eden veya tarafların boşanma iradelerine geniş ölçüde etki tanıyan yabancı bir hukuk kaidesinin yabancı eşler hakkında uygulanmasının niçin kamu düzenimizin müdahalesine uğrayacağı pek anlaşılır bir husus değildir. Aynı şekilde, boşanmayı yasaklayan veya ağır şartlara bağlayan yabancı bir hukukun uygulanması da Türk kamu düzenini ihlâl eden bir durum değildir[87]. Ancak eşlerden birinin Türk vatandaşı olması halinde, boşanma talebinde bulunan Türk vatandaşına, yabancı hukukun "boşanma yasağı hükmünün" uygulanması ihtimalinde Türk kamu düzeninin müdahalesi beklenebilir[88]. Bir Türk vatandaşının boşanabilmesini Türk hukukunun kabul ettiği şartlardan daha ağırına tâbi tutan yabancı bir boşanma hukukunun tatbiki Türk kamu düzeninin müdahalesiyle önlenmelidir. Türk kamu oyundaki, *boşanmayı kolaylaştırma eğilimi ve bugün boşanmada taraf iradelerine tanınan etki*[89], bu müdahaleyi gerektirdiği gibi, boşanmada taraf iradelerine daha geniş etki tanıyan yabancı bir boşanma hukukunun taraflardan birinin Türk vatandaşı olması halinde de kamu düzeninin müdahalesiyle karşılaşmamasını haklı kılmaktadır.

86) SAKMAR Boşanma 1976 136 vd.; TEKİNALP 158.

87) Yargıtay'ın ayni istikametteki kararları için bkz. NOMER Ahkâmı Şahsiye 508 vd.. Farklı: TEKİNALP 166.

88) HGK., 15.1.1969 (BERKİ / ERGÜNEY 170, No. 216).

89) Bkz. ileride 394, n. 257; ve aynı yönde ULUOCAK 79.

d. Evliliğin Genel Hükümleri

(1) Evliliğin genel hükümleri *Türk hukukunda* tarafların *müşterek millî hukuklarına* tâbi tutulmuştur (m. 12 II). Burada söz konusu olan *karı kocanın karşılıklı hak ve görevleri,* daha genel bir ifadeyle evlenmeyle doğan *şahsî ilişkilerdir.*

Karı koca ayrı vatandaşlıkta iseler, aynı ülkede ikametgâh sahibi olmaları halinde bu müşterek ikametgâhları hukuku[90], bu yoksa, fakat aynı ülkede mutad meskenleri bulunuyorsa bu müşterek mutad meskenleri hukuku, bu da mevcut değilse Türk hukuku evlenmenin genel hükümlerine uygulanır (m. 12 II).

Evliliğin genel hükümlerine hâkim olan hukuk, görüldüğü üzere, **değişkendir.** Bağlanma noktalarında meydana gelen değişiklik, uygulanan **maddî hukuku** da değiştirebilir[91].

(2) **Alman** hukukunda evlenmenin genel hükümlerine prensip olarak sırasıyla "millî hukuk" ve eşlerin mutad olarak "bulundukları yer hukuku" hâkimdir (EGBGB m. 14 I). **Fransız** hukukunda da eşlerin müşterek millî hukuku yetkilidir. Eşler farklı tabiyette ise, kocaya aile reisliğinin tanındığı dönemde (C. civ eski m. 213) kocanın millî hukuku "chef de famille" olarak ağırlık kazanmıştı. Ancak koca vatandaşlığını değiştirirse, Fransız uygulaması eşlerin son müşterek tabiiyetine değil de, ikametgâha bağlanma eğiliminde olmuştur. **İtalyan** hukukunun çözümü farklıdır. (Codice civile m. 18): prensip eşlerin son müşterek şahsî statülerinin yetkili olmasıdır. **Cammon law ülkelerinde** eşler arasındaki şahsî ilişkiler ya lex fori'ye ya da lex domicili'ye tâbi tutulmaktadır. **Rusya Federasyonu**'nda yabancı ülkede oturan yabancı eşler de söz konusu olsa, eşlerin şahsî ilişkileri lex fori'ye göre çözümlenir. Yeni kanunlardan, devletler hususî hukuku hakkındaki Polonya kanunu (m. 17) müşterek millî hukuka, yoksa müşterek ikametgâh hukukuna, o da yoksa lex fori olarak **Polonya** hukukuna yetki tanımaktadır. 1963 tarihli **Çekoslovakya** kanunu da (§ 21) eşler arasındaki şahsî münasebetleri onların müşterek millî hukukuna, yoksa doğrudan doğruya lex fori olarak Çekoslovak hukukuna tâbi tutmaktadır.

(3) Eşler arasındaki şahsî ilişkiler kavramına karı kocanın karşılıklı hak ve görevleri ile birlikte, özellikle kadının durumuna ve ekonomik münasebetlerine ilişkin hükümler de (MK m. 151 ilâ 169) girer. Eşler arasındaki malî münasebetleri ve eşlere ait malların idaresi usullerini düzenleyen "mal rejimi hukuku", evlenmenin genel hükümlerine nazaran özel bir düzenlemeyi ifade

90) Kocanın ikametgâhını karının ikametgâhı kabul eden Türk Medenî Kanunu hükmünün (MK m. 21 I) sebep olabileceği bazı sonuçları "isabetsiz" gören ve bu sebeple ikametgâh yerine doğrudan "mutad mesken hukukuna" yetki tanımak isteyen görüş için bkz. ULUOCAK 1987, 65 vd.; TEKİNALP 141 vd..

91) Hangi ölçüde yeni maddî hukukun hangi ölçüde eski maddî hukukun geçerli olabileceği bir "statü değişikliği" meselesidir. Bu konuda bkz. yukarıda s.28 vd..

eder. Bu özel düzenlemenin içerisine girdiği ölçüde ekonomik ve malî münasebetler mal rejimi hukukuna tâbi olur.

> Mal rejimi içerisinde düzenlenen ilişkilerden (m. 14), evlenmenin genel hükümlerine tâbi konuların ayrılması bir **vasıflandırma** meselesidir. Evliliğin genel hükümlerine tâbi olan **şahsî ilişkiler**, doğrudan doğruya evliliğe hizmet maksadını taşımasıyla mal rejimine tâbi ilişkilerden ayrılır. Mal rejiminde, ister eşler arasında isterse üçüncü şahıslarla olan ilişkilerde olsun, düzenlemenin hedefi malvarlığına ait hukukî münasebetlerdir.

Evlenmenin genel hükümleri içerisinde yer alan en önemli konu, eşlerin evlilik birliğinden doğan karşılıklı hak ve borçlarıdır. Bunlar içerisinde pratik bakımdan en önemlisi de kocanın eş ve çocukları karşısında yükümlü olduğu *bakım* (iaşe) *borcudur* (MK m. 152 II).

Evlilik sebebiyle karının işlem ehliyetinin sınırlanması işlem güvenliği bakımından üzerinde durulması gereken bir konu teşkil eder. Yabancı bir kadının Türkiye'de hukukî işlemlere teşebbüs etmesi halinde, ister şahsî isterse ekonomik münasebetlere ilişkin hükümlerden doğmuş olsun, onun işlem ehliyetinin kısıtlanmış olması işlem güvenliği bakımından önem kazanır. Ve işlem güvenliğini koruyan Türk hukukunun hükümleri (m. 8 II c. I) burada uygulama alanı elde eder.

> **Misal :** Mısır Kralı Faruk'un 1952 yılında tahtından indirilmesinden kısa bir süre önce, karısı Neriman Paris'teki bir moda evinden takriben 2.5 milyon (eski) franklık elbise satın aldı. Ödeme yapılmadı. Moda evi 1963 yılında Paris'te ikame ettiği bir dava ile Faruk ve karısı Neriman'dan bedelin ödenmesini talep etti. Faruk, karının evliliği temsil yetkisini Mısır hukukunun tanımadığını itiraz olarak ileri sürdü. Moda evinin iyi niyetle ("sans légèreté, sans imprudence et avec bonne foi") hareket ettiğinden bahisle itiraz mahkemece reddedildi[92]. Faruk Türkiye'de dava edilseydi, m. 8 II c. 1 ve MK m. 155 c. 1'e dayanılarak aynı sonuca ulaşılacaktı.
>
> Evlenmenin genel hükümlerine uygulanan hukuk eşlerden birinin üçüncü şahıslar ile hukukî muamelede bulunabilme ehliyetini kısıtlasa dahi, tekrardan m. 8 II c. 1 ve MK m. 169 II'nin tatbiki yoluyla Türkiye'deki işlem güvenliği korunabilir.

(4) Evlilik birliğinin korunması gayesiyle, aile ilişkilerinin düzenlenmesi, çocukların tevdii, ortak hayatın tatili, iaşe ve ibate (nafaka) ve kocanın borçlularına talimat verilmesi gibi konularda hakim tarafından alınan *"tedbirler"* (MK m. 161 vd.) geçici nitelikte usulî tedbirler (HUMK m. 101) olduklarından hakimin kanununa (lex fori) tâbidir[93].

---

92) Tribunal de grande instance de la Seine: Rev. crit. dr. I. p. 1964, 689. Ayrıca bkz. yukarıda s. 195, n. 29.

93) Bkz. yukarıda s. 224; aynı yönde ULUOCAK 67; farklı: TEKİNALP 144.

e. Mal Rejimleri

Eşler arasındaki malî münasebetlere, özellikle eşlere ait malların idaresi usullerine ve sözü edilen münasebet ve usullerin üçüncü şahısların hakları ve borçları üzerindeki etkilerine dair hükümleri ifade eden "mal rejimleri" hukuktan hukuka oldukça farklılık gösterir. Öyle ki, meselâ mal rejimini düzenleyen evlenme mukavelesi Fransız hukukunda, karı koca arasındaki mal rejimi hukukuna değil, fakat borçlar hukukuna ait kabul edilir ve dolayısıyla bir borç akti gibi devletler hususî hukukunda muamele görür.

Türk hukukunda öncelikle tarafların seçmiş oldukları hukuk evlilik malları ilişkisine hâkim olacaktır. Ancak bu seçim sınırsız değildir. Eşler evlilik malları hakkında ya ikametgâhlarının bulunduğu yer hukukunu veya evlenme anındaki millî hukuklarından birini seçebilirler.

Böyle bir seçimin yapılmamış olması halinde, evlilik malları hakkında evlenme anındaki müşterek millî hukukları, bulunmadığı takdirde, evlenme anındaki müşterek ikametgâhları hukukları, bu da yoksa, malların bulunduğu yer hukuku uygulanır (m. 14 I).

Kanunî mal rejimi prensip olarak eşlerin şahsî statüsüne, yani şahsî statü olarak millî hukuka veya ikametgâh hukukuna tâbi tutulur. Yalnız **common law** hukukunda farklı bir düzenleme görülür: Anglo-amerikan hukukuna göre mal rejimlerinde menkuller ile gayrimenkul mallar arasında bir ayırım yapılır. Menkullere ikametgâh prensibi, buna mukabil gayrimenkullere gayrimenkulün bulunduğu yer hukuku, yani lex rei sitae tatbik edilir.

Mal rejimleri hukukunda **statü değişikliği** problemi büyük rol oynar. Özellikle ikametgâha bağlanma halinde problem daha da çok önem kazanır. Tabiiyet değişikliğinin kolay olmaması mal rejimlerini millî hukuka bağlayan sistemler bakımından statü değişikliğinin önemini azaltmaktadır. Birçok hukuk nizamları, meselâ **Alman** hukuku, mal rejimleri statüsünün **değişmezliğini** kabul etmiştir.

Common law ülkelerinde prensip olarak irade muhtariyeti hâkimdir. Ancak taraflar tatbik edilecek hukuku tâyin etmemişlerse menkul ve gayrimenkul mal ayırımı yapılır. Menkullerde ikametgâh prensibi tatbik edildiğinden ikametgâhın değişikliği statü değişikliği de meydana getirir, ancak eski statüye göre kazanılan haklar yenisinde de muhafaza edilir. **Rusya Federasyonu**'nda, Sovyet Rusya'da yaşayan eşler için mal rejimi Sovyet hukukuna (lex fori) göre düzenlenir. Bu esas, kadının hukukî durumunun Sovyet kamu düzenine ait bulunması anlayışına dayanır. Sadece Sovyet Rusya'nın doğu bloku ülkelerinden bazıları ile yaptığı anlaşmalarda yabancı mal rejimi hukukunun tatbikine müsaade edilmiştir. Yeni kanunlardan devletler hususî hukuku hakkındaki **Polonya** kanunu (m. 17) ve 1963 tarihli **Çekoslovakya** kanunu (§ 21) eşler arasındaki malvarlığı hukukuna ait ilişkileri şahsî ilişkilerinin tâbi olduğu hukuka bağlamıştır.

Kanunî mal rejimi yerine akdî mal rejimlerinden birinin seçimini mümkün kılan

evlenme mukaveleleri bazı hukuk nizamlarında, meselâ Alman hukukunda mal rejimleri hukukunun bir parçasını teşkil eder. Diğer bazılarında, meselâ Fransız hukukunda borçlar hukukuna ait kabul edilir. Böylece borçlar hukuku akitlerinde olduğu gibi, ilk merhalede tarafların iradesi rol oynar. İngiliz hukuku, evlenme mukavelelerine, kendisine has anlamıyla borçlar hukuku akti olarak bakmamasına rağmen, taraflara tatbik edilecek hukuku tayin müsaadesini vermektedir. Şöyle ki, onlar istedikleri bir ülkenin hukukuna evlenme mukavelelerini tâbi tutabilirler; yeter ki böyle bir anlaşma İngiliz public policy ile çatışmasın.

Türk kanunlar ihtilafı hukukunda eşlerin evlenmeden sonra müşterek bir hukuka sahip olmaları halinde, istedikleri takdirde bu müşterek hukuka aralarındaki mal rejimini tâbi tutmaları imkânı tanınmıştır. Bu müşterek hukuk, eşlerin müşterek millî hukukları veya müşterek ikametgâh hukukları olabilir. Ancak böyle bir seçim üçüncü kişilerin haklarına bir zarar vermeyecektir (m. 14 II).

Türk hukukuna tâbi evlenme mukavelelerinde, taraflar ancak Türk Medenî Kanununda düzenlenmiş bulunan "mal birliği" veya "mal ortaklığından" birini seçebilirler. Evlenme mukavelesinin evlenme merasiminden önce veya sonra yapılabilmesi mümkündür (MK m. 171).

2. Nesep Hukuku

a) Sahih Nesep

aa) Evlilik İçi Çocuklar

Bir çocuğun evlilik içi olup olmadığı kaideten babanın veya eşlerin şahsî statüsüne göre tayin edilir. Sadece bir kaç ülkede, özellikle sosyalist ülkelerde çocuğun nesebi onun kendi statüsüne bağlanmaktadır. Şahsî statü deyince ya millî hukuk ya da ikametgâh hukuku söz konusu olmaktadır. Ekseri Kara Avrupası hukuklarında millî hukuk ve özellikle kocanın millî hukuku tatbik edilmektedir.

Türk hukukunda tarafların, yani ana, ananın kocası ve çocuğun aynı tabiiyette olmaları halinde onların *müşterek millî hukukları* evlilik içi nesebi düzenler. Burada çocuğun "doğumu anındaki" vatandaşlık durumları nazara alınır.

Tarafların müşterek bir millî hukukları bulunmuyorsa, evlilik içi nesep ilişkileri tarafların müşterek ikametgâhları hukukuna tâbi olur. Ancak tarafların ikametgâhları aynı ülkede bulunmuyorsa, müşterek mutad meskenleri hukuku nazara alınır. Bu da mevcut değilse lex fori olarak Türk hukuku uygulanır (m. 15 ve m. 12 II). Bütün bu bağlantılarda çocuğun doğum anındaki durum dikkate alınır.

Muvakkat Kanunun yürürlükte olduğu dönem içerisinde, Türk hukukunda tarafların, yani ana, ananın kocası ve çocuğun aynı tâbiiyette olması halinde onların müşterek **millî hukuklarının** tatbik edileceğinde (MuvK m. 4) tereddüt yoktu. Tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları halinde doktrinde çeşitli görüşler vardı. Mahkeme tatbikatında genel olarak nesep meselelerinde çocuğun Türk olması halinde Türk hukukunun uygulanması lehinde bir tutum görülmekte idi[94].

Aslında, çocuğun millî hukukuna bağlanma, çocuğun tabiiyeti onun nesebine bağlı olarak tayin ediliyorsa bir fasit daire içine girilmesine sebebiyet verir. Diğer taraftan çocuğun Türk veya yabancı olmasına göre farklı bir hukukun tatbiki görüşü de Türk devletler hususî hukuku sistemi içerisinde müdafaa edilemez.

Yukarıda sözü edildiği üzere, çocuğun millî hukukuna göre onun nesebini tâyin prensibi doğu ülkelerinde (Çekoslovakya, Polonya, Doğu Almanya, Bulgaristan) tercih edilmektedir. **Alman** hukukunda prensip olarak evlenmenin genel hükümlerine uygulanan hukuk (EGBGB m. 19, 14/1) nesebe hâkimdir. **Fransa**'da aynı tabiiyette olmaları şartıyla anne ve babanın millî hukuku nazara alınır. Farklı tabiiyette iseler, uygulama daha çok onların müşterek ikametgâh hukuklarına meyletmektedir. **Common law ülkelerinde** şahsî statü olarak ikametgâh hukuku tercih edilmektedir. Ancak **İngiltere**'de babanın ikametgâhına, **Amerika Birleşik Devletlerinde** babanın ve annenin ikametgâhına bağlanılmaktadır. Bu sebeple Amerika Birleşik Devletlerinde meselâ anne Iowa'da, baba New York'da ikamet ediyorsa çocuğun Iowa hukukuna göre evlilik içi, New York hukukuna göre evlilik dışı olması mümkündür. Bu "askıda" bir nesep durumu olmaktadır.

Bir evliliğin mevcut olup olmadığı *önmeselesi*, yani babanın annenin kocası olarak kabul edilip edilemiyeceği evlenme statüsüne bakılarak halledilir.

Evlilik içi nesep ilişkisini tayin eden hukuk, bu ilişkinin hukukî neticelerine de hâkimdir.

bb) Nesebin Düzeltilmesi

Nesebin düzeltilmesi, nesebi sahih olmayan bir çocuğun, sonradan sahih nesepli durumuna getirilmesidir. Bu ya evlenme yoluyla ya da mahkeme kararı ile olur.

Evlilik dışı bir çocuğun eşlerin evlenmesi yoluyla sahih nesepli hale gelmesi asırlardan bu yana Kara Avrupası hukuklarında kabul edilmekteydi. Buna mukabil common law hukukunda bilinmezdi. 20. Yüzyılda İngiltere'de, common law hukukunun geçerli olduğu Kanada'nın Eyaletlerinde evlenme yoluyla nesebin düzeltilmesi özel kanunlarla kabul edildi.

Prensip olarak eşlerin evlenmesi nesebin düzelmesi için yeterlidir. Bununla beraber lâtin hukuklarında ve takriben Amerika Birleşik Devletlerinin yarısın-

94) 21.10.1949 ve 20.9.1956 t. Yar. 2. HD. Kararları (BERKİ / ERGÜNEY 102 ve 103/104).

da ilâve olarak çocuğun tanınması da gereklidir. Çocuğun doğum anı kaideten önemli kabul edilmemiştir.

Evlenme yoluyla nesebin tashihinde de şahsî statü, yani ya millî hukuk ya da ikametgâh hukuku esas alınmaktadır. İkametgâh prensibini kabul eden tekmil ülkelerde, evlenme anında karı kocanın ikametgâhları yeri hukuku nazara alınmaktadır. İngiltere'de evlenme anında babanın ikametgâhının bulunduğu yer hukuku uygulanır. Buna mukabil ekseri Kara Avrupası hukuklarında evlenme anındaki babanın millî hukukuna bağlanılır. Alman hukukunda meselâ böyledir. Fransız hukukunda nesebin düzeltilmesi evlenmenin hükümlerinden kabul edilir ve kaideten evlenme anında babanın millî hukukuna tâbi tutulur. Fakat eşler farklı tabiiyette ve baba yabancı ise, anne ve çocuğun Fransız tabiiyetinde olmaları ve ailenin Fransa'da oturması şartıyla, evlenmenin hükümleri, o halde nesebin düzeltilmesi Fransız hukukuna tâbi olur.

Nesebin mahkeme kararıyla düzeltilmesi de evlenme yoluyla nesebin düzeltilmesini düzenleyen kanunlar ihtilafı kaidelerine tâbidir.

Türk hukukunda çocuğun nesebinin düzeltilmesini temin edebilecek tekmil hukukların nazara alınması sistemi yer almıştır. Öyle ki, nesebin düzeltilmesi düzeltme anı esas alınmak üzere babanın millî hukukuna, nesebin bu hukuka göre düzeltilememesi halinde ananın millî hukukuna, buna göre dahi düzeltmenin mümkün olmaması halinde çocuğun millî hukukuna tâbidir (m. 16).

Türkiye'nin de taraf olduğu Milletlerarası Kişi Halleri Komisyonu tarafından hazırlanan 10.9.1970 tarihli "Evlenme ile Nesebin Düzeltilmesine Dair Sözleşme"[95]; babanın veya ananın millî kanunlarındaki iç hukuk hükümleri uyarınca, bu kimselerin evlenmesi ile evlilik dışı bir çocuğun nesebinin düzeltilmesi sonucu doğuyorsa, bu nesep düzeltilmesinin bütün âkit devletlerce kabul edileceği hükmünü getirmiştir (m. 1 I). Bu hüküm mahkeme kararıyla yapılan nesep düzeltmelerine de uygulanmaktadır (m. 1 II).

cc) Evlât Edinme

Evlât edinmenin maddî hukuk düzenlemesi hukuk nizamlarında çok farklılıklar gösterir. Bazı hukuklarda evlâd edinme hiç kabul edilmemiştir. Meselâ Portekiz ve bir kaç güney Amerika ülkesi evlâd edinmeyi tanımaz. Buna karşılık dünyanın ekseri hukuk nizamları evlâd edinmeyi kabul etmişlerse de, şartlarını, sonuçlarını ve usulünü çok farklı olarak düzenlemişlerdir.

Code Napoléon'da evlâd edinme küçükler için yasaklanmıştı. Bu hüküm Fransa ve Belçika'da kaldırılmış olmakla beraber, bugün bazı ülkelerde hâlâ geçerliliğini korumaktadır. Halbuki İngiltere, İsveç ve bir kaç Amerika Birleşik Devletleri Eyaletinde sadece çocuklar ve gençler evlâdlığa alınabilirler. Diğer taraftan Amerika Birleşik Devletlerinin bir kaç Eyaletinde evlâd edinilen çocuklarla evlilik içi çocuklar tamamen aynı statüye sahip olurken, diğer ülkelerde, meselâ Fransa'da, kanun koyucu evlâd edinilen çocuğun sahip olacağı

95) RG. 22 Eylül 1975 - 15364.

hakları tek tek saymayı tercih etmiştir. Evlâd edinmenin usulünde de farklılıklar görülmektedir. Bazı hukuklarda taraflar arasındaki akte önem verilirken, diğerlerinde evlâd edinme için resmî bir makamın iştiraki aranmıştır.

Amerika Birleşik Devletlerinde evlâd edinme konusunda yetkili mahkeme meselesinin özel bir öneme sahip bulunması sonucu, görünüşe göre evlâd edinmeye lex fori hâkim olmaktadır. Ya evlâd edinenin ya da evlâd edinilenin ikametgâhı mahkemesi yetkili olmaktadır. **İngiliz** hukukuna göre (Adoption Act. 1950), evlâd edinen ile evlâdlığa alınan çocuğun İngiltere'de ikametgâh sahibi olmaları halinde evlâd edinme mümkündür. Ve lex fori tatbik edilir. Bu hukuklara karşılık birçok ülkede evlâd edinmeye şahsî statü hâkimdir. **Fransa**'da prensip olarak evlâd edinenin millî hukuku tatbik edilir. Bununla beraber bir kaç mahkeme kararında evlâd edinilenin millî hukukunun tercih edildiği görülmüştür. **İtalyan** medenî kanunu (m. 20 II) evlâd edinen ile evlâd edinilen arasındaki hukukî ilişkilere evlâd edinen şahsın millî hukukunu uygulamaktadır. **Alman** hukukunda prensip olarak evlâd edinenin hukuku yetkilidir. Ancak bir izin verilmesi söz konusu ise, çocuğun menfaati gerektirdiğinde Alman hukuku tatbik edilir (EGBGB m. 22, 23).

Türk hukukunda taraflar, yani evlâd edinen ile evlâd edinilen aynı tabiiyette ise, onların müşterek *millî hukuku*[96] evlâd edinme ilişkisine hâkimdir. Tabiiyetleri farklı ise, evlâd edinme ehliyeti ve şartları taraflardan her birinin evlâd edinme anındaki millî hukuklarına tâbi olur (m. 18 I).

Eşlerden biri evlâd edinmekte ise, diğer eşin bu konudaki rızası, eşlerden her birinin millî hukuku nazara alınarak tesbit edilir. Yani eşlerden birinin millî hukuku bir rıza aramakta ise, bu rıza evlâd edinme için gerekli olur (m. 18 III).

Kanunun getirdiği yukarıdaki düzenleme şekli mevcut mahkeme tatbikatına da uygundur.

1. Evlâd edinenin evlâd edinme *ehliyeti* kendi millî hukukuna, evlâdlığın evlâd edinilme *ehliyeti* de kendi millî hukukuna göre tayin edilir.

Türk hukukunda evlâd **edinme ehliyetini** erkekler ve kadınlar aynı derecede haizdirler. Evli kişiler ve mahcurlar da evlâd edinme ehliyetine sahiptirler. Evlâd edinme iradesinin de bizzat beyan edilmesi gerekir (MK m. 16). Bu itibarla temyiz kudretinin bulunması şarttır.

Evlâd **edinilme ehliyeti** bakımından Türk hukukunda sınırlayıcı hükümler mevcut değildir. Evlâdlığa sadece küçükler değil, reşit ve mahcur kişiler de alınabileceği gibi, nesebi sahih veya gayri sahih kişiler, zina mahsulü çocuklar, evlâd edinenle veya birden çok evlâd edinme halinde birbirleriyle aralarında hısımlık veya sıhriyet mevcut olan kimseler de evlâd edinilebilirler.

96) Yetkili müşterek hukuka göre, bir şahsın kendi *torununu* evlâd edinebilmesi Türk kamu düzenine aykırılık teşkil etmez; Yar. 2. HD. 23.6.1983 (YKD I/1984 46/47).

2. Evlâd edinmede *esasa ait şartlar* için de taraflardan her birinin millî hukukları nazara alınır. Kanunun hükmü bu şartlar bakımından her iki millî hukukun birlikte uygulanacağını ifade etmiştir. Bu bakımdan evlâd edinme için aranan şartlar ister (çocuğu olmamak, asgari yaş haddi, yaş farkı gibi) evlâd edinen için, isterse (evlâdlığın rızası, ana babanın izni, vesâyet makamının muvafakatı gibi) evlâdlık için söz konusu olsun, tarafların millî hukuklarının aradığı esasa ilişkin kanunî şartların yerine getirilmiş olması gerekir[97]. Bu gereklilik, evlâd edinme gibi aile hukukunda önemli sonuçlara sahip bir hukukî işlemin hem evlâd edinenin hem de evlâdlığın millî hukukunda geçerli olabilmesi bakımından yerinde bir düzenlemeyi ifade eder. Şu halde, evlâd edinen Türk vatandaşı, evlâdlık yabancı ise, Türk hukukunun aradığı kanunî şartlar yanında evlâdlığın millî hukukunun evlâd edinme için aradığı kanunî şartlar da mevcut olmalıdır. Tersine durumda, yani evlâd edinen yabancı, evlâdlık Türk vatandaşı ise, yine Türk hukukunun aradığı kanunî şartlar yanında, evlâd edinenin millî hukukunun evlâd edinme için aradığı şartlar da tahakkuk etmelidir. Bu bakımdan, meselâ "evlâd edinen kimsenin kanunlarına nazaran evlâd edinme müessesesi mevcut değilse, o kimseye mahallî kanunun (Türk hukukunun) tatbiki suretiyle evlâd izafe edilmesine imkân yoktur".

3. Evlâd edinme işleminde *şekil* prensip olarak genel hükme (m. 6) tâbi olmakla beraber, adlî veya resmî makamların müdahalesi, şekil yanında *usul* meselelerinin de ortaya çıkmasına sebep olur. Ve usul meseleleri "lex fori" tarafından düzenlenir.

> Evlâd edinme işlemlerinde de **usul meseleleri** kaide olarak işlemin yapıldığı yer hukukuna (lex fori) tâbi olur. Evlâd edinme işlemlerinde genellikle aranan adlî veya resmî bir makamın **izni** veya **iştiraki** de gerçekleştirilmesi bakımından bir usul meselesidir. Türk hukukunda hâkim tarafından iznin verilebilmesi için aranan "çocuğun menfaati" (MK m. 256), maddî hukuka ait bir şart olarak kabul edilse dahi, bu maddî şartın **gerçekleştirilme şekli** bir usul meselesi olduğundan işlemin yapıldığı yer hukukuna tâbi olur. Hâkim tarafından verilen iznin, ilgili maddede "şekil" başlığı altında düzenlenmesi ve iznin bir **şekil** meselesi veya idarî bir işlem olarak nitelendirilmesi[98] de netice itibariyle aynı sonuca ulaştığından önem taşımamaktadır. Bu sebeple, **yabancı ülke-**

97) Türk **Yargıtayının kararlarına** göre de, her iki millî hukukun "birlikte uygulanması" zarureti vardır; bkz. NOMER Ahkâmı Şahsiye 513 vd.; özellikle: Yar. 2. HD., 6.5.1982 (YKD 12/1982 1641/1642).

98) Yargıtayın muhtelif tarihlerde verdiği kararlarda beliren görüşüne göre, "evlâd edinme sözleşmesine geçerlilik veren işlem, noterde düzenlenen resmî senettir. Hâkimin izni ise, kanunun vesâyetini sağlamak ve bu yolla tarafları alabildiğine dikkate davet etmek için öngörülmüştür". Bu bakımdan, "resmî senetteki **şekil** eksiklikleri bile fesih sebebi kabul edilmemekte iken, ikinci derecedeki bir işlem olan izindeki eksikliğin iptal sebebi sayılması mümkün değildir" (Yar. 2. HD., 24.11.1975; YKD. 2/1984 201). Ve yine Yargıtaya göre, evlâd edinmeye izin verilmesine ilişkin karar bir ilâm niteliğinde olmayıp (Yar. 2. HD., 24.9.1957: YAZICI / ATASOY 552 vd.), "**idarî**" bir işlemdir (Yar. 2. HD., 30.11.1967: YAZICI / ATASOY 556 vd.).

lerde **gerçekleştirilen** evlâd edinme işlemlerinde o ülkenin yetkili adlî veya resmî makamının, kendi hukukunun usulüne uygun olarak vereceği izin veya yapacağı iştirak ile, Türk hukukunun aradığı hâkimin izin vermesi gereği yerine getirilmiş olur.

Taraflar arasında Türk hukukuna göre yapılması icap eden *resmî senedin* düzenlenmesi ise, diğer resmî senetlerden farklı bir özellik taşımaz.

4. Evlâd edinmenin *hükümleri*, yani evlâdlığın ismi, ikametgâhı, evlâd edinen ile evlâdlık arasındaki hısımlık ilişkisi, evlenme yasağı, velâyet durumu, yardım nafakası, evlâd edinmenin hükümsüzlüğü veya sona ermesi gibi konular evlâd edinme statüsüne, yani evlâd edinenin millî hukukuna, eşlerin birlikte evlâd edinmesi halinde evlenmenin genel hükümlerini düzenleyen hukuka (m. 12 II) tâbi olur (m. 18 II).

Evlâd edinmede, evlâdlığın gerek evlâd edinenin ailesiyle gerekse kendi öz ailesi ile olan hısımlık ilişkilerinin evlâd edinme statüsüne tâbi olmasının pratik önemi çok fazladır. Evlâd edinme statüsüne göre, evlâdlık evlâd edinenin ailesinin tam bir uzvu olmakta ve kendi öz ailesiyle bağları, -hısımlığa bağlı evlenme engeli hariç-, tamamen çözülmekte ise **"tam"** evlâd edinme söz konusu olur (meselâ İsviçre MK m. 267; Fransız MK m. 356; Alman BGB § 1755). Ayrıca, tam evlâd edinmede, evlâd edinme ilişkisinin ortadan kalkması da çok güçlükle mümkün olabilmektedir. Buna mukabil, evlâdlık evlâd edinenin ailesinin tam bir uzvu olmuyor ve evlâdlık öz ailesi ile hısımlık ve buna bağlı olarak miras ilişkisini korumaya devam ediyorsa **"gevşek"** veya **"basit"** evlâd edinmeden söz edilir (meselâ Türk MK m. 257 III, 447 I); Fransız MK m. 364 I, II).

Evlâdlığın Türk vatandaşlığını kazanmasında evlâd edinmenin "tam" veya "gevşek" olması önem taşımamakla beraber (VatK m. 3 I), yabancı bir "tam evlâd edinmede", evlâdlığın kendi öz ailesi ile bağlarını, özellikle miras haklarını tamamen ortadan kaldıran hukukî bir düzenlemenin tanınmasının, Türk hukukunda, kamu düzeninin müdahalesi ile karşılaşması uzak bir ihtimal değildir.

Evlâd edinme işleminde taraflardan birinin diğerine veya karşılıklı olarak birbirlerine **mirasçı** olabilmesi maddî hukuka ait bir düzenlemedir. Miras statüsüne göre uygulanan hukukun, buna ilişkin maddî hukuk hükümleri uygulanır. Diğer bir söyleyişle evlâd edinmede **mirasçılık** konusu miras statüsüne (m. 22 I) tâbidir.

dd) Sahih Nesebin Hükümleri

Sahih nesep statüsü (çocukların evlilik içi olduğunu tayin eden hukuk, nesebin düzeltilmesine uygulanan hukuk ve evlâd edinmenin tâbi olduğu hukuk) sahih nesebin *hükümlerine* de hâkimdir. Şu halde, velâyet, velâyet hakkının kullanılması veya iyi kullanılmamasının sonuçları (m. 19), ana babanın

çocuğa karşı görevleri, ana babanın çocuğun şahsı ve malları üzerindeki hakları, çocuğun evililik birliğini temsil yetkisi, çocukla büyük anne ve babaların şahsî münasebetleri gibi konular sahih nesep statüsüne tâbidir.

b) Evlilik Dışı Çocuklar

Evlilik içi ve evlilik dışı çocukların hukukî durumunu farklı şekilde düzenleyen hukuk nizamlarında, bu düzenleme devletler hususî hukukunu da etkilemektedir. Bu bakımdan pozitif hukuk çok farklılıklar gösterir.

Evlilik dışı nesep ilişkisine **Amerika Birleşik Devletleri** gibi lex fori'yi tatbik eden ülkeler vardır. **İngiltere**'de çocuk İngiltere'de doğmuş ise veya yabancı ülkede doğmuş olmakla beraber anne ve baba İngiliz tabiiyetinde iseler İngiliz hukuku tatbik edilir. Buna mukabil ekseri ülkeler evlilik dışı nesebi meydana getiren hukukî ilişkileri ilgilinin şahsî statüsüne, yani ikametgâh veya millî hukukuna tâbi tutarlar. **Alman** hukukunda evlilik dışı çocuğun nesebi annenin çocuğun doğumu sırasında ait bulunduğu devletin hukukuna tâbidir. Bununla beraber, babanın çocuğun doğumu anında ait olduğu devletin hukuku veya çocuğun mutad ikametinin bulunduğu devletin hukuku da evlilik dışı nesebi tesbit edebilir. Buna mukabil evlilik dışı çocuk ile ana baba arasındaki hukukî ilişkiler, çocuğun mutad ikametinin bulunduğu yer hukukuna tâbi tutulmuştur (EGBGB m. 20). **İtalyan** hukukunda ise ana baba ile çocuk arasındaki hukukî ilişkiler çocuğun millî hukukuna göre düzenlenir. Genelde, çocuğun şahsî statüsüne yetki tanıyan hukuklar nadirdir.

1. *Türk hukukunda* nesep ilişkisi genel olarak millî hukuka tâbi tutulmuştur (m. 17). Bu esastan hareketle, *evlilik dışı çocuk* ile *ana* arasındaki ilişkilere *ananın millî hukuku* uygulanacaktır. Çünkü çocuğun ananın vatandaşlığını kazanması halinde ananın millî hukuku müşterek millî hukuk niteliğini kazanır. Aksi halde, yani çocuğun ananın vatandaşlığını kazanamamış olduğu hallerde yine ananın millî hukukuna bağlanmakta, hem hukukî hem de pratik zaruret vardır.

Milletlerarası Kişi Halleri Komisyonu tarafından yapılmış olan 12.9.1962 tarihli "Evlilik Dışı Çocukların Ana Bakımından Neseplerinin Tesbitine Dair Sözleşmeye" Türkiye de katılmıştır[99]. Bu sözleşmeye göre, bir kadın evlilik dışı çocuğun doğum sicilinde anne olarak belirtilmişse, o çocuğu doğurmuş olduğu karine olarak kabul edilir (m. 1). Doğum sicilinde anne belirtilmemişse, anne âkit devletlerden birinin yetkili makamında anneliğini beyan (tanıma) edebilir (m. 2). Bu hükümlerle Sözleşme görünüşe göre sadece maddî hukuku birleştirmiş olmaktadır.

2. *Evlilik dışı çocuk* ile *baba* arasındaki ilişkiye de, baba ve çocuğun aynı tabiiyette olmaları halinde *müşterek millî kanunları* uygulanacaktır. Ayrı ta-

99) RG. 11 Ekim 1965 - 12123.

biiyet halinde baba ile çocuk arasındaki ilişkiyi tesis eden gerek tanımanın gerekse babalık davasının hukukî niteliği dikkate alınırsa, babanın millî hukukuna bağlanma haklılık kazanır.

Bu duruma göre, evlilik dışı çocuk ile ana arasındaki kişisel ve malî ilişkilere ananın, çocuk ile baba arasındaki kişisel ve malî ilişkilere babanın millî hukuku uygulanacaktır (m. 17).

Türkiye'nin de katıldığı, Milletlerarası Kişi Halleri Komisyonu tarafından hazırlanmış bulunan 14.9.1961 tarihli **"Evlilik Dışı Çocukların Tanınmalarını Kabule Yetkili Makamların Yetkilerinin Genişletilmesine Dair Sözleşme"**[100] sadece babalığın tanınmasına ilişkindir. Sözleşme "nesep" sistemi ile "tanıma" sistemi arasındaki ayırıma dayanmaktadır. Nesep sisteminde babalığın tanınması çocuğa malî menfaatler (nafaka) temin etmektedir. Tanıma sisteminde ise bir aile bağı ilişkisi doğar. Sözleşme bu ayırımdan hareketle, "şahsî sonuçları ile tanıma" ("reconnaissance avec filiation") ile "şahsî neticeleri olmaksızın tanıma" ("reconnaissance sans filiation") durumlarını düzenlemiş, fakat baba ile çocuk arasındaki ilişkiye hangi hukukun hâkim olacağını düzenlememiştir. O sadece, her âkit devlet vatandaşına kendi millî hukukunun tanıdığı sonuçlarla, diğer bir âkit devlet ülkesinde, tanıma beyanında bulunma imkânını vermiştir (m. 2, 3). Ancak bu imkân baba ile çocuk arasındaki ilişkilerin babanın millî hukukuna tâbi olması prensibine dayandırılmış olmaktadır.

Sözleşmede, tanıma beyanlarının, mahallî kanunların kabul ettiği resmî şekilde yapılabileceği kabul edilmiştir (m. 4). Bu hükümle locus regit actum kaidesi tekrar edilmiş olmaktadır.

3. Milletlerarası Kişi Halleri Komisyonu (CIEC), evlilik dışında doğan çocukların tanınmasını kolaylaştırmak ve aynı kanunlar ihtilafı kurallarına uygun olarak yapılan bu tanımaları diğer ülkelerde de geçerliliğe kavuşturmak gayesiyle bir Sözleşme hazırlamıştır. 5 Eylül 1980 tarihinde Münih'te kabul edilmiş olan *"Evlilik Dışında Doğan Çocukların Tanınmasına"* ilişkin bu Sözleşmeye Türkiye de iltihak[101] etmiştir. Bu Sözleşmede:

Evlilik dışı bir çocuğun tanınmasına ilişkin **maddî şartlar** ile **işlem ehliyeti** seçimlik olarak dört hukuka tâbi tutulmuştur (m. 1) :

a) Tanıyanın millî hukuku,
b) Tanıyanın mutad mesken hukuku,
c) Çocuğun millî hukuku,
d) Çocuğun mutad mesken hukuku.

İşlem anında, işlem ehliyeti ile maddî şartların bu dört hukuktan birine uygun olması tanıma işleminin geçerliliği için yeterlidir.

100) RG. 11 Mayıs 1964 - 11700.

101) RG. 7 Temmuz 1987 - 19510.Milletlerarası Kişi Halleri Komisyonu tarafından hazırlanan 1980 tarihli "Evlilik Dışı Çocukların Tanınmasına Dair Sözleşme" (bkz. TEKİNALP, G., Nesep 102 vd.) henüz yürürlüğe girmemiştir.

Tanımanın **şekil şartları**, yukarıda belirtilen hukuklardan birine veya tanımanın yapıldığı yer hukukuna tâbi olarak gerçekleştirilebilir (m. 2).

Yukarıda belirtilen hükümlere uygun olarak yapılmış olan bir **tanıma**, bütün âkit devletlerde **kendiliğinden**, başkaca bir işleme tâbi olmaksızın, geçerli olur (m. 3).

Âkit devletler 1 ilâ 3 üncü maddelerde yer alan hükümlere karşı belirli hallerde "çekince" koyabilirler (m. 4). **Türkiye** bu hakkını kullanmıştır : Türkiye, çocuk fücur mahsulü ise, tanıyanın veya çocuğun Türk vatandaşı olması (m. 4/b) ve tanımanın hiçbir yazılı şekle uyulmaksızın yapılmış olması (m. 4/e) hallerinde 1 ilâ 3 üncü madde hükümlerini uygulamama hakkını saklı tutmuştur[102].

Türkiye ancak bu çekinceye dayanarak, âkit bir devlette 1 ve 2 nci maddelerde belirtilen hukuklara uygun olarak gerçekleştirilmiş bir tanımayı geçersiz sayabilir. Bunun dışında "kamu düzeni" gerekçesi ile dahi böyle bir tanımayı geçersiz sayması mümkün değildir (m. 5). Bu çekinceye dayanılarak Türkiye'de verilmiş olan adlî kararlar da sadece Türkiye'de hüküm ifade eder (m. 6).

Yukarıda yer alan hükümler (m. 1 ilâ 6), eğer **nesep daha önce tesis edilmiş** bulunuyor ise uygulanmaz (m. 7 I). Ancak tesis edilen bu nesep bağı, çocuğun onu tanıyandan olmadığı ileri sürülerek ihtilaf konusu yapılabilir (m. 7 II).

Bütün bu hükümler, âkit devletlerdeki tanıma konusunda Sözleşme hükümlerinden daha müsait ve lehte hükümlerin uygulanmasına engel teşkil etmez (m. 8).

Sözleşme'de 1 ilâ 8 inci maddede yer alan hükümler, âkit olmayan devlet vatandaşlarına da uygulanabilir (m. 9 I), yani bir **lol uniforme** olarak[103] dikkate alınabilir. Diğer taraftan, âkit devletler bu hükümlerin geçerlilik alanını sınırlayarak, "mutad mesken hukukunu" uygulama hakkını da saklı tutabilirler (bkz. m. 9 II).

Bu Sözleşme hükümlerine uygun olarak yapılmış bulunan bir tanıma, tanımaya ait işlemi yapan veya tescil eden makam tarafından, tanımanın **kütüğe geçirilmesi** için diğer bir âkit devletteki çocuğun doğum tutanağını düzenleyen veya tescil eden nüfus memuruna **doğrudan** veya **diplomatik yolla** bildirir (m. 10). Belirtilen usul ve şekilde (m. 11 ilâ 16) yapılan bildirimi alan nüfus memuru, bizzat veya bağlı olduğu makam vasıtasıyla Sözleşme hükümlerine uygun olduğunu tesbit ettikten sonra, tanımayı kütüklere geçirir (m. 17). Tanımanın nüfus kütüklerine geçirilmesini düzenleyen bu hükümler (m. 10 ilâ 17), âkit devletlerin **maddî kişi halleri hukukundaki** tanımanın nüfus kütüklerine geçirilmesi hükümlerini birleştirmektedir.

102) 26.3.1987 tarihli ve 3337 sayılı Kanun, m. 1 (RG. 7 Nisan 1987 - 19424).

103) Bkz. yukarıda s. 44.

Evlilik dışı bir çocuk yabancı ülkede doğmuş ve annenin millî hukukuna göre kanun gereği anneden olmuş kabul ediliyor (**Soy Esası** [MK. m. 290; çocuğun anası, onu doğuran kadındır]) veya doğum siciline anne olarak kaydedilmesi nesebin kurulması için yeterli görülüyor ise (1962 tarihli Evlilik Dışı Çocukların Ana Bakımından Neseplerinin Tesbitine Dair Sözleşme'nin getirdiği sistem, m. 1)[104], bu şekilde tesis edilen nesep ilişkileri, nesep ilişkisinde **tanıma sistemini** kabul eden devletlerde de geçerli olur (m. 18). Fakat bu hüküm, çocuğun doğum sicilinde anne olarak belirtilmiş olan kadından olmadığının iddia edilerek dava konusu yapılmasına engel teşkil etmez (m. 19).

Bu Sözleşme anlamında millî hukuk, **mülteciler** ve **vatansızlar** bakımından onların şahsî statüsünü ifade eder (m. 20).

Sözleşme, Sözleşmenin **yürürlüğünden sonra** yapılmış bulunan tanıma işlemleri için geçerlidir (m. 21).

Evlilik dışı çocukların hukukî statülerini düzenleyen maddî hukuk hükümleri teferruatta dahi olsa birbirinden farklılık gösterdiği için, milletlerarası alanda **tanıma** konusu çözülmesi çok zor güçlüklere sebebiyet vermektedir. Bu tanımayı, 1961 tarihli "Vasiyet Tasarruflarının Biçimine İlişkin Kanun Uyuşmazlıklarına Dair La Haye Sözleşmesinde" olduğu üzere (m. 1)[105], seçimlik hukuklara tâbi tutmakla, Sözleşme tanıma işlemini milletlerarası alanda kabul ettirmek gayesine uygun hareket etmiştir. Ancak, çocuğa her ne pahasına olursa olsun (**"à tout prix"**)[106] bir ebeveyn bulmak, çocuğun gerçek menfaatinden daha fazla, tanımayı kolaylaştırmak yoluyla işlem menfaatine hizmet etmek anlamına gelir.

c) Nafaka

Burada söz konusu olan nafaka öncelikle Medenî Kanunumuzun 315 ve devamı maddelerinde düzenlenen **yardım nafakasıdır**. Kocanın karısına, ana babanın çocuklarına bakma yükümlülüğünü yerine getirmediği zaman ödemek zorunda kaldığı nafaka ile boşanma sonucu olarak büyük bir yoksulluğa düşecek olan eşin diğerinden isteyebileceği yoksulluk nafakası devletler hususî hukuku bakımından ayrı mütalaa edilir. Yeri geldikçe belirtildiği gibi, kocanın karısına, ana babanın çocuklarına karşı nafaka borcu evlilik içi ilişkilerde evliliğin genel hükümlerine hâkim hukuka, evlilik dışı ilişkilerde bu ilişkilere hâkim olan hukuka ve boşanmada yoksulluk nafakası ise boşanmaya hâkim olan hukuka tâbidir (m. 12 III, m. 13 III ve m. 17).

Bir alacak hakkı mahiyetinde olmasına rağmen, aile hukukunda tanzim edilmiş olması sebebiyle, aile hukukuna hâkim olan *millî hukuk* prensibi yardım nafakası hakkında da söz sahibidir. Tarafların aynı tabiiyette olması halinde yardım nafakasına onların *müşterek millî hukukları uygulanacaktır.* Ayrı tabiiyet halinde ise yardım nafakası taleplerinin mahiyetinden hareketle

104) Bkz. yukarıda s. 235 vd.

105) Bkz. ileride s. 247 vd.

106) KEGEL IPR 1985, 575.

mükellefin, yani *nafaka borçlusunun millî hukuku nazara alınır* (m. 21). Aslında nafaka borçlusunun millî hukuku, yukarıda sözü edilen diğer nafaka talepleri bakımından da genellikle geçerli bir prensip olmaktadır. Çünkü bu nafaka taleplerinde de, prensip olarak, babanın veya ana babanın, yani nafaka borçlusunun hukuku uygulanmaktadır.

Türkiye'nin de katıldığı 24.10.1956 tarihli, **Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Kanuna Dair La Haye Sözleşmesi**[107] çocukların nafaka taleplerinde çocuğun "mutad meskenini" bağlanma noktası olarak kabul etmiştir. Bununla beraber Sözleşme, çocuğun "mutad meskeninin bulunduğu yer" hukukunun uygulanması prensibine bir istisna getirilebilmesini kabul etmiştir. Sözleşmenin 2 nci maddesinde yer alan bu imkândan istifade ederek, Türkiye, mutad meskeni yabancı bir ülkede bulunsa dahi, çocuk nafaka talebini bir Türk mahkemesinde dermeyan ettiği ve çocuk ile kendisinden nafaka talep edilen kimsenin Türk vatandaşı olduğu ve ayrıca bu kimsenin mutad meskeninin Türkiye'de bulunduğu durumlarda Türk kanunlarının uygulanacağını kabul etmiştir[108]. Sözleşmede prensip olarak nafaka mükellefinin şahsî kanunundan vazgeçilmesi sebebi, tabiiyet prensibinden hareket eden devletler ile ikametgâh prensibinden hareket eden devletlerin sözleşmeye iştirakini temindir.

Bu sözleşme yine Türkiye'nin de katıldığı 15.4.1958 tarihli **Çocuklara Karşı Nafaka Yükümlülüğü Kanusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizine Dair La Haye Sözleşmesi**[109] ile tamamlanmıştır. Daha sonra, taraf olan Devletler arasındaki ilişkilerde, yukarıdaki iki sözleşmenin yerini almak üzere nafakaya ilişkin iki La Haye Sözleşmesi meydana getirildi.

Türkiye'nin de katıldığı 2 Ekim 1973 tarihli **Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme**[110], Türkiye bakımından civar hısımları ile sıhrî hısımlar arasındaki nafaka yükümlülükleri hariç olmak üzere, aile, hısımlık ve evlilik ilişkilerinden doğan nafaka mükellefiyetlerine uygulanır (m. 1 ve m. 14/1-2). Uygulanacak **hukuk nafaka alacaklısının mutad meskeninin bulunduğu devletin iç hukukudur** (m. 4 I). Bu devlet sözleşmeye âkit olmayan bir devlet dahi olsa, mütekabiliyet şartı aranmaksızın bu devletin kanunu tatbik edilecektir (m. 3). Mutad mesken hukukuna göre borçludan nafaka alınamaması halinde, tarafların **müşterek millî hukukları** tatbik edilir (m. 5). Bu hukuka göre de nafakaya hükmedilemiyorsa, nihaî olarak, başvurulan mercin kanunu **(lex fori)** uygulanır (m. 6). Sözleşmenin bu şekilde tesbit ettiği kanunun uygulanması, ancak bu kanunun kamu düzeniyle "açıkça" bağdaşma-

107) RG. 24 Aralık 1971 - 14052.

108) Türk kanunlarının uygulanması sözü edilen bu üç durumun birlikte ("kumulativ") gerçekleşmesine bağlıdır; STAUDINGER / KROPHOLLER Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Teil 4a: Haager Kindschaftsrecht; Art. 18 und 19, 1979, s. 53 vd. (No. 157). Ve ayrıca bkz. Yar. 2. HD., 3.2.1986 (E. 198 / K. 1007).

109) RG. 11 Ocak 1973 - 14418.

110) RG. 6 Şubat 1983 - 17951.

> ması halinde reddedilebilir (m. 11). Yine Türkiye bakımından, alacaklı ve borçlunun Türk vatandaşı olması ve borçlunun mutad meskeninin Türkiye'de bulunması halinde sözü edilen nafaka ilişkilerine Türk iç hukuku tatbik edilecektir (m. 15).
>
> Bu Sözleşmeyi tamamlayan aynı tarihli **Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınmasına ve Tenfizine İlişkin Sözleşme**[111] de, Türkiye bakımından cıvar ve sıhrî hısımlar arasındaki nafaka yükümlülüğüne ilişkin olanlar hariç (m. 26/2) olmak üzere, aile, hısımlık ve evlilik ilişkilerinden doğan nafaka yükümlülükleri konusundaki âkit devletlerin adlî veya idarî mercilerince verilmiş kararlar hakkında uygulanır (m. 1, m. 2, m. 3). Sözleşme ayrıca sözü edilen kararları verebilecek mercilerin yetki durumunu (m. 7), bu kararların tanınma ve tenfizi için gerekli şartları, diğer bir söyleyişle tanınma ve tenfizi red sebeplerini (m. 5) göstermiştir[112].

Nafaka kanunu, yani Türk hukukunda nafaka borçlusunun millî hukuku nafaka müessesinin birlikte getirdiği bütün meselelere hâkimdir: nafakaya hak sahibi olanları ve nafaka mükelleflerini, nafakanın doğumu için gerekli şartları, nafaka hakkının muhteva ve şümûlünü tayin ettiği gibi, nafakanın şeklini ve nafaka hakkını sona erdiren sebepleri de düzenler. Bunun dışında, nafaka hakkının başkasına temliki, terhini, mirasçılara intikali, takas kabiliyeti, feragat imkânı gibi hususiyetleri, yani nafaka hakkının himayesine ilişkin meseleler de nafaka kanununa tâbidir.

> "Muvakkat ve müstacel tedbir mahiyetinde" olan nafaka taleplerinde yetkili yabancı hukukun tatbik edilememesi halinde Türk mahkemeleri Türk kanunlarına göre nafakaya hükmedebilirler[113].

3. Vesayet Hukuku

> **Vesayet hukuku alanında** yetki meselesi ile tatbik edilecek hukuk meselesi birbirleriyle sıkı ilişki halindedir. Vesayet teşkilâtının görev ve yetkileri, özellikle vesayet makamlarının müdahale hakları uygulanacak hukuk bakımından kendine mahsus düzenlemeleri gerektirmektedir.

Türk hukukunda şahsın ehliyetine taalluk etmesi sebebiyle vesayet ve hacir kararı verilmesi ile mahiyeti itibariyle hafifletilmiş bir vesayetten ibaret olan kanunî müşavirlik ilgili şahsın *millî hukukuna* tâbidir. Vasî (ve kanunî müşavir) tayini ile hacir kararını gerektiren sebep ve şartlar kendisine vasî

111) RG. 16 Şubat 1983 - 17961.

112) Ayrıca Türkiye **Nafaka Alacaklarının Yabancı Memleketlerde Tahsili ile İlgili 20.6.1956 tarihli New York Sözleşmesine** de katılmıştır (RG. 18 Mart 1971 - 13782). Bkz. DIZDAR Nafaka Alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsili Hakkında New York Sözleşmesi: MHAUM 16/1979-80-81 173 vd..

113) Yar. 2. HD., 25.12.1952 (BERKİ / ERGÜNEY 1963 87/88).

(veya kanunî müşavir) tayin edilen veya hakkında hacir kararı istenen şahsın millî hukukuna göre tesbit edilir (m. 9 I).

Ancak yabancının millî hukukuna göre vesayet (ve kanunî müşavirlik) veya hacir kararı alınması mümkün olmayan hallerde, bu yabancının mutad meskeni Türkiye'de bulunuyorsa Türk hukukuna göre vesayet (veya kanunî müşavir tayini) veya hacir kararı verilebilir ve kaldırılabilir (m. 9 II).

Yabancıları da ilgilendirmiş olsa, vesayet, kayyımlık ve kanunî müşavir tesisi hakkında Türk makamlarının karar verme yetkisi hususunda tereddüt yoktur. Bununla beraber Türkiye ile yabancı devletler arasında aktedilen anlaşma hükümleri uyarınca bu tesis yetkisi konsoloslara da tanınmış olabilir. Türkiye'nin yaptığı konsolosluk anlaşmalarında bu nevi yetkilerin konsoloslara tanındığı (meselâ Türkiye ile İtalya arasında aktedilen Konsolosluk Anlaşması m. 20) görülmektedir. Bu konuda çok taraflı sözleşmeler[114]de vardır. Türkiye'nin de katılmış bulunduğu 5.10.1961 tarihli **Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair La Haye Sözleşmesi**[115] küçüklerin hem vesâyet ve velâyeti konularını hem de onların kamu hukuku bakımından **korunmalarını** düzenlemiştir. Bu düzenlemede küçüğün millî devletinin ve mutad meskeninin bulunduğu devletin milletlararası yetkisi ile millî hukukun ve mesken hukukunun[116] tatbiki birbirine bağlanmıştır.

Bu Sözleşmeye göre, küçüğün mutad meskeninin bulunduğu Devletin mahkemeleri ve idarî makamları, kendi iç hukuklarında yer alan ve küçüğün şahsını veya mallarını korumaya yönelik tedbirleri almaya yetkilidirler (m. 1 ve m. 2). Bununla beraber, küçüğün vatandaşı olduğu Devletin makamları da, mutad mesken Devletinin makamlarının almış olduğu tedbirlerin yerine geçmek üzere, millî hukukun küçüğün şahsını veya mallarını korumaya yönelik olarak getirmiş olduğu tedbirleri alabilirler (m. 4).

Sözleşmeye göre, küçüğün millî hukukundan doğan "kanunî otorite ilişkisi", tekmil âkit devletlerde tanınacaktır (m. 3). Sözleşme'deki ifade şekliyle, "kanunen mevcut olan otorite ilişkisi", Sözleşme'nin getirdiği bir kavramdır. Kanunen mevcut otorite ilişkisi, yetkili makamlarca tesis edilmiş "koruma tedbir-

114) Bkz. TİRYAKİOĞLU Çocukların Korunmasına İlişkin Milletlerarası Sözleşmeler ve Türk Hukuku 1991.

115) RG. 21 Şubat 1983 - 17966.

116) "Mutad mesken hukukunun" uygulanması hükmünden istifade ile, **Alman mahkemeleri**, çocuk ile ana baba arasındaki ilişkilerde Alman kültürünü ölçü olarak almakta ve buna uygun olarak alınan tedbirlerle Türk çocukları ailelerinden koparılarak Alman aileler yanına verilmektedir. Türk çocuklarının almanlaştırılmasına hizmet eden bu uygulama haklı olarak tenkit edilmektedir; bu konuda özellikle bkz. ÜNAL Alman Federal Cumhuriyeti Mahkemelerinin Küçüklerin Korunması Hakkındaki 5 Ekim 1961 tarihli Lahey Sözleşmesi Çerçevesinde Türk Çocukları Hakkındaki Kararları Üzerine bir İnceleme: AD 2/1987 84 vd. Diğer taraftan, Alman mahkemelerinin uygulamasında, yabancı derdestlik halinde, Alman mahkemelerinin yetkisizliğinden de söz edilmektedir; OLG München, 16.9.1992 (IPRax 1/1994 42). Ve bkz. ROTH Ausländische Rechtshängigkeit und perpetuatio fori im Umfeld des Haager Minderjährigenschutzabkommens: IPRax 1/1994 19 vd.

lerinden" farklı olarak, bir kamu tasarrufu olmaksızın doğrudan doğruya millî devletin kanunî düzenlemesinden ortaya çıkmış bir ilişkidir. Ekseri hukuk nizamlarında ipso iure kabul edilmiş bulunan, eşlerin müştereken veya sağ kalan eşin veya evlilik dışı ilişkide annenin tek başlarına küçük üzerindeki velâyet hakkı kanunî otorite ilişkilerine misal teşkil eder. Sözleşme, gerek alınan koruma tedbirlerinin gerekse kanunen mevcut otorite ilişkisinin âkit devletlerce tanınması mecburiyetini getirmiş, bunların diğer bir âkit devlette icrası gerektiğinde, tanınma ve tenfizi âkit devletin tanınma ve tenfiz hukukuna bırakmıştır (m. 7).

Bu Sözleşme anlamında "küçük" deyiminden, gerek vatandaşı olduğu Devletin iç hukukuna ve gerekse mutad meskeninin bulunduğu Devletin iç hukukuna göre bu niteliğe sahip kimseler anlaşılır (m. 12).

İlgilinin millî hukuku esas olmakla beraber, Türk Medenî Kanununun 376 ve 377'nci maddeleri uyarınca kayyım tayini gereken hallerde, ilgili yabancı için de bir kayyım tayini zaruridir. Bu durumda ilgili yabancının millî hukuku dikkate alınmaz. Çünkü burada ya bir şahsı temsil etmek maksadıyla (MK m. 376) ya da idaresiz kalan mallar için (MK m. 377) kayyım tayini bir tedbir niteliğindedir. Bu maddelere uygun olarak tayin olunan kayyımlık vazifesinin sona ermesinde de Türk hukukunun hükümleri geçerlidir.

Diğer yandan, vasî veya kayyım veya kanunî müşavirin görevleri ve özellikle bunlar üzerindeki vesayet makamlarının mürakabesi ve gerekli muvakkat tedbirleri alma yetkisi ile ilgili Türk hukukunun hükümleri kendisine vasî veya kayyım veya kanunî müşavir tayin olunan yabancılar bakımından da geçerlidir[117]. Kısaca "vesayet ve hacir kararı verilmesi" dışında kalan bütün vesayete ilişkin hususlar ve kayyımlık Türk hukukuna tâbidir (m. 9 III).

Vesayetin (ve kanunî müşavirliğin) sona erme sebep ve şartları da vesayeti idare eden hukuka, yani ilgilinin millî hukukuna tâbidir (m. 9 I).

IV. MİRAS HUKUKU ALANINDA

Milletlerarası miras hukukunda iki temel düzenleme birbirleriyle karşı karşıyadır. Birinde, feodal hukukun etkisi altında, gayrimenkul miras ile menkul miras arasında bir ayırım yapılmakta ve gayrimenkul miras için lex rei sitae, menkul miras için murisin şahsî statüsü nazara alınmaktadır. Diğerinde ise, latin hukukunun etkisi altında, küllî intikal prensibine bağlanılmakta ve tekmil miras, menkul ve gayrimenkul ayırımı yapılmaksızın, murisin şahsî statüsüne tâbi kılınmaktadır.

Menkul ve gayrımenkul miras ayırımını Amerika Birleşik Devletleri'nde, İngiltere, Fransa, Belçika ve Avusturya hukuklarında görmekteyiz. Küllî intikal

117) Bu konuya ilişkin Türk mahkemelerinin kararları için bkz. NOMER Ahkâmı Şahsiye 517 vd..

prensibi ise Alman, Yunanistan, İtalya, İspanya, Portekiz, Hollanda, İskandinav Devletleri, Polonya ve Çekoslovakya hukukunda yer almaktadır.

Menkul ve gayrımenkul ayırımı yapan hukuk sistemlerinde menkul miras için, ayırım yapmayan hukuklarda tekmil miras için murisin şahsî statüsü, yani ya millî hukuku veya ikametgâh hukuku geçerli olmaktadır.

1. *Türk hukukunda* menkul miras ile gayrimenkul miras arasında ayırım yapan sistemden uzaklaşılarak, tekmil mirası, menkul ve gayrimenkul ayırımı yapmaksızın, "prensip" olarak tek bir hukuka tâbi tutan sisteme geçilmiştir.

Yürürlüğü 22 Kasım 1982 tarihinde sona eren Muvakkat Kanunun 4'üncü maddesindeki "gayrimenkul mallara ait bilcümle davaların" "Türk teb'ası alakadar olmasa dahi Türk Devletinin mahkemelerinde Türk kanun, nizam ve usulüne göre rüyet edileceği" hükmünden hareketle "Türkiye'de bulunan gayrimenkullere" **dalma** Türk hukukunun tatbik edileceği sonucuna ulaşılmıştı.

Öyle ki, Türkiye'de bulunan gayrimenkullere Türk kanunlarının tatbik edileceği prensibi, miras hukuku alanında bir kanunlar ihtilâfı kaidesi şeklinde yorumlanarak, hem doktrin hem de uygulamada, "gayrimenkul mirasın gayrimenkulün bulunduğu yer hukukuna (lex rei sitae) tâbi olacağı" şeklinde anlaşılmıştır. Muvakkat Kanunun 4'üncü maddesine dayanılarak doktrin ve mahkeme kararlarıyla geliştirilen bu sistem Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkındaki Kanunda büyük ölçüde terkedilmiştir.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkındaki Kanuna göre, *prensip* mirasın ölenin *millî hukukuna* tâbi olmasıdır. Diğer bir söyleyişle mirasa uygulanacak hukuk (yani *intikal kanunu*), murisin millî hukukudur. Bu prensip Türkiye'de bulunan gayrimenkuller bakımından bir istisnaya uğramıştır. Türkiye'de bulunan gayrimenkul miras hakkında Türk hukuku uygulanır (m. 22 I).

Şu halde, ölen Türk vatandaşı ise miras bir bütün halinde (menkul ve gayrimenkulleriyle), hangi ülkede bulunursa bulunsun Türk hukukuna tâbi olur. Ölen bir yabancı ise, Türkiye'de bulunan gayrimenkul terekesi hariç, miras yine bir bütün halinde ölenin millî hukukuna tâbi olur. Bu düzenleme şekline göre, Türk devletler hususî hukukunda *miras statüsü* ölenin millî hukuku, Türkiye'deki gayrimenkullerde Türk hukukudur.

Bu statünün tayininde muris'in iradesi (Professio iuris) rol oynamaz. Muris, ölüme bağlı tasarruf yoluyla Türk kanunlar ihtilafı kuralının tesbit ettiği miras statüsünü değiştiremez.

2. Miras statüsü miras hukukuna ait bütün meselelere prensip olarak hâkimdir. Kanun, *mirasın açılmasına, iktisabına ve taksimine ilişkin hükümleri* terekenin bulunduğu yer hukukuna tâbi tutarak (m. 22 II), bu prensipten bazı

konularda ayrılmış olmaktadır. Türkiye'de bulunan gayrimenkul tereke zaten Türk miras hukukuna tâbi olduğundan, prensipten ayrılma, sadece yabancı miras hukukuna tâbi Türkiye'de bulunan "menkul tereke" bakımından pratik bir öneme sahiptir.

Şu halde, ölenin yabancı olması sebebiyle mirasa uygulanacak hukuk yabancı bir miras hukuku olsa dahi, Türkiye'de bulunan menkul tereke, "mirasın açılmasına, iktisabına ve taksimine" ilişkin konularda Türk miras hukukunun hükümlerine tâbi olacaktır. Bu kavramlara hangi miras hukuku hükümlerinin dahil olduğu doktrinde tereddütler uyandırmıştır[118].

(1) *Mirasın açılması.* Mirasın açılması terekenin bulunduğu yer hukukuna tâbi tutulmuş olmakla beraber, hemen hemen tekmil hukuklarda miras, miras bırakanın ölümü ile (bazı hukuklarda medenî ölüm ile de) açıldığından bu istisnaî hükmün pratik bir önemi yoktur.

> Türk hukukunda **ölüm karinesi** de (MK m. 42) sonuçları bakımından ölüm ile bir tutulur. Aynı şekilde, miras bırakanın **gaipliğine** karar verilmiş olması da, mirasın açılması sonucunu doğurur (MK m. 526-530).
>
> Bir yabancının kendi ülkesinde ve kendi hukuk sistemi içerisinde "ölmüş" kabul edilmesi, bu yabancının Türkiye'de mirasının açılması için yeterlidir. Bunun dışında, yabancı bir mahkemeden alınmış olan bir ölüm veya gaiplik kararı da, Türkiye'de tanınması şartıyla (m. 42) Türkiye'de mirasın açılmasını temin eder.

(2) *Mirasın iktisabı.* Mirasın *mirasçı tarafından iktisabına* terekenin bulunduğu yer hukuku hâkimdir. Bu bakımdan mirasın açılması ile terekenin doğrudan doğruya (kendiliğinden) mi iktisap edileceği, yoksa terekenin önce bir tereke mahkemesine ve ondan sonra, anglo-amerikan hukukunda olduğu gibi, bir terekeyi idare memuruna (administrator) veya tenfiz memuruna (executor) mı intikal edeceği meselesi terekenin bulunduğu yer hukukuna tâbidir.

> **Mirasın kabul ve reddi hükümlerinin** miras statüsüne mi, yoksa mirasın iktisabı kavramı içerisinde terekenin bulunduğu yer hukukuna mı tâbi olacağı doktrinde ihtilaf konusu olmuştur[119]. Mirasın reddi (veya kabulü), Türk hukukunda bir mirasçının, intikal eden mirasın **iktisabını** kendi arzusu ile **bertaraf** (veya kabul) etmesidir. Bu bakımdan mirası iktisap kavramı içerisinde yer alır ve bu sebeple mirası red veya kabul ile hükümleri terekenin bulunduğu yer hukukuna tâbi olur.

(3) *Mirasın taksimi.* Mirasın iktisabı yanında *mirasın paylaştırılması* da terekenin bulunduğu yer hukukuna tâbidir. Bu itibarla mirasın taksiminden

118) Bkz. ULUOCAK 117 vd.; TEKİNALP 219 vd..

119) Bkz. miras statüsü lehinde: TEKİNALP 214; Terekenin bulunduğu yer hukuku lehinde: ULUOCAK 121 vd. (135).

önce mirasçılar arasındaki hukukî münasebete (miras ortaklığı) de bu hukuk hâkimdir. Bunun yanında, vasiyeti tenfiz memuru, mirasın taksim tarzı, mirasda iade[120], miras hissesi üzerinde yapılan mukaveleler (miras hissesini temlik), mirasçılar arasındaki garanti mükellefiyeti ve mirasçıların murisin borçlarından mesuliyeti gibi konular da terekenin bulunduğu yer hukuku tarafından düzenlenir.

3. Mirasın açılması, iktisabı ve taksimine ilişkin hükümler dışında kalan miras hukukuna ait konulara *miras statüsü* hâkimdir. Meselâ, miras bırakanın ölümü ile mirasçıların terekeyi bütünü ile iktisap etmesi (*küllî intikal* prensibi) miras statüsüne bağlıdır. Milletlerarası doktrinde hâkim fikir *ölüme bağlı bağışlamaları* (Türk BK m. 240 II) da miras statüsüne tâbi tutar. *Ölüme bağlı tasarruflar* (mirasçı nasbı ve mal vasiyeti) miras statüsüne tâbi konulardır. *Kanunî mirasçıları, mahfuz hisseli hak sahiplerini, mahfuz hisse ve tasarruf nisabının hudutlarını, kimlerin mirasa ehil ve hak sahibi sıfatını*[121] haiz olduğunu *(mirastan mahrumiyet sebeplerini)* ve *mirastan iskat* müessesesini miras statüsü düzenler. Miras hakkına dayanan bir dava niteliğinde olması itibariyle, *miras sebebiyle istihkak davası* da miras statüsüne tâbi bir konu olmaktadır.

> Özellikle mirastan mahrumiyet ve iskat sebeplerinin yabancı bir miras hukukuna göre düzenlenmesi halinde, Türk miras hukukunda yer almayan sebeplere dayanan mahrumiyet ve iskat hükümlerinin Türk kamu düzeninin müdahalesi ile karşılaşması ihtimali oldukça yüksektir.

4. *Türkiye'de bulunan tereke*, miras statüsüne, yani Türkiye'de bulunan tereke bakımından menkullerde ölenin millî hukukuna, gayrimenkullerde Türk miras hukukuna göre mirasçısız ise, Türk Devletine kalır (m. 22 III). Bu hükmün gayesi, Türkiye'de mirasçısız bir terekenin yabancı bir devlete "mirasçı sıfatıyla" intikalini önlemektir[122]. Bu sebeple ister yabancı miras hukukuna göre kanunî mirasçı sıfatına sahip olsun isterse murisin ölüme bağlı bir

120) Aynı istikamette: ULUOCAK 123 vd. (136); aksi fikir: TEKİNALP 215, 220.

121) 2644 sayılı Tapu Kanununun 35 inci maddesine göre, "karşılıklı olmak şartıyla", yabancılar Türkiye'deki gayrimenkullere **tevarüs** edebilirler. Bu hüküm gereğince, vatandaşı oldukları devlette Türk vatandaşlarına miras hakkı tanınmayan yabancılar, Türkiye'deki gayrimenkuller bakımından mirasta hak sahibi olma sıfatına sahip değillerdir; bu yönde bkz. Yar. 2. HD., 12.1.1988 (İBD 4-5-6/1988 327 vd.); Yar. 2. HD., 13.10.1988 (YHD 4/1989 496); özellikle Yar. HGK., 10.2.1993 (YKD 8/1994 1231) ve Yar. HGK., 28.12.1994 (YKD 3/1995 371-375). Söz konusu yabancıların Türk soylu olmaları da, kuralın uygulanması bakımından sonuca etkili olmaz (Yar. HGK., 16.4.1997: YHD 186-5/1997 740); NOMER Türk Asıllı 81 vd. Buna mukabil, doğumla Türk vatandaşlığını kazanmış iken, sonradan izinle Türk vatandaşlığından çıkarak yabancı bir devlet vatandaşı olan 'yabancılar', 35. maddenin getirdiği sınırlamalara tâbi değildir; bkz. NOMER Mirasçılık 173 vd.

122) "Bazı istisnalar" dışında, yabancı bir devlete Türkiye Cumhuriyeti Devleti sınırları içinde taşınmaz mal edinmesi imkânı verilmesi Anayasaya aykırı görülmüştür; 9.10.1986 tarihli Anayasa Mahkemesi Kararı (RG. 31 Ocak 1987 - 19358).

tasarrufuyla mirasta hak sahibi kılınsın, yabancı bir devletin Türkiye'de tereke üzerinde hak sahibi olması mümkün değildir[123].

Bu bakımdan Kanundaki bu hüküm tek taraflı bir kanunlar ihtilafı kaidesi olmasına rağmen (m. 1), maddî hukuka ait sınırlı bir etkiye de sahiptir.

5. *Ölüme bağlı tasarruflar* prensip olarak miras statüsüne tâbidirler. Miras statüsü hem vasiyetname ve miras mukaveleleri hem de mirastan feragat mukaveleleri için söz sahibidir.

Ölüme bağlı tasarruf yapma *ehliyetinin* genel hukukî muamele yapma ehliyetinin tâbi olduğu hukuka mı yoksa miras statüsüne mi tâbi olacağı doktrinde ihtilaflı bir meseledir.

Fransa'da ölüme bağlı tasarrufta bulunma ehliyeti için özel sınırlandırmalar (incapacités spéciales de disposer à titre gratuit, Code civil m. 907 vd.) vardır. Bunlar miras statüsüne tâbi tutulur **(Batiffol)**. Meselâ doktor ve din adamı lehine vasiyetname yasağı söz konusudur. Ancak bunların gerçek bir ölüme bağlı tasarruf ehliyetsizliği olup olmadığı şüphelidir. **Amerika Birleşik Devletleri**'nde ölüme bağlı tasarruf yapma ehliyetine miras statüsü hâkimdir. **İngiliz hukukunda ise** şahsî statü, yani araziler söz konusu ise lex rei sitae, menkuller söz konusu ise ikametgâh yeri hukuku geçerlidir. **Alman** hukukunda konu çok ihtilaflıdır.

Türk hukukunda ölüme bağlı tasarrufta bulunma ehliyeti *millî hukuk* prensibine bağlanmıştır. Menkul ve gayrimenkul tereke ayırımı ölüme bağlı tasarruf yapma ehliyetinin tâbi olacağı kanun bakımından rol oynamaz. Ölüme bağlı tasarruf yapma ehliyeti tasarrufta bulunanın, tasarrufun yapıldığı andaki millî hukukuna tâbidir (m. 22 V).

Ölüme bağlı tasaruflarda *şekil*, maddî hukuklarda mevcut çok çeşitli düzenlemelere uygun olarak, devletler hususî hukuku bakımından da, çeşitli görüşlerin konusu olmuştur. Kara Avrupası hukuklarında prensip olarak locus regit actum kaidesinden hareket edilir, buna mukabil common law ülkelerinde miras statüsü hâkimdir.

Fransız hukukunda locus regit actum kaidesinden hareket edilmekle beraber, bir Fransıza yabancı ülkede vasiyetnamesini, Code civil m. 970'de düzenlendiği tarzda, özel şekilde veya tanzim yeri hukukuna uygun olarak resmî şekilde yapabilme imkânını vermekle (Code civil m. 999) bu kaideye bir de istisna tanımıştır. Şu halde burada bir seçme imkânı doğmaktadır: Özel vasiyetname söz konusu ise millî hukuk, resmî şekilde bir vasiyetname düzenlenecek ise tesis yeri hukuku. **Alman hukukunda** seçimlik bir çok hukuk ölüme bağlı tasarrufların şekline geçerlilik verebilmektedir (EGBGB m. 26).

123) Bu konudaki kanunî düzenlemenin isabeti hakkındaki tereddütler için bkz. ULUOCAK 138/139; TEKİNALP 222.

Türk hukukunda menkul miras ve gayrimenkul miras ayırımı yapılmaksızın ölüme bağlı tasarruflarda şekil meselesi ele alınmıştır. Ölüme bağlı tasarrufların şeklinde *ölenin millî hukukuna veya ölüme bağlı tasarrufun düzenlendiği yer hukukuna* (locus regit actum kaidesi) uyulması yeterlidir (m. 22 IV). Şu halde bir Türk vatandaşı yabancı ülkede tanzim edeceği ölüme bağlı tasarrufun (el yazısı ile vasiyetname, resmî vasiyetname, şifahî vasiyetname) şeklini ya Türk hukukunun hükümlerine uygun olarak ya da mahallî hukukun hükümlerine uygun olarak[124] gerçekleştirebilecektir. Yabancı muris için de aynı kaide geçerlidir. Yani ya kendi millî hukukunun şekline ya da düzenlenme yeri hukukunun şekline riayet etmesi gerekecektir. Ayrıca, yabancı ülkelerde yapılan ölüme bağlı tasarruflarda, yabancının Türkiye'deki gayrimenkuller bakımından Türk hukukunun aradığı şekil şartlarına uygun olarak yaptığı ölüme bağlı tasarruflar da şeklen geçerli olur. Bu son ihtimalde Türk hukuku esas hakkındaki yetkili hukuk olarak şekle geçerlilik kazandırır (m. 22 IV ve m. 6).

Meselâ, bir yunanlının Yunanistan'da düzenlemiş olduğu vasiyetnamenin şekil bakımından geçerliliği, eğer menkul tereke söz konusu ise, o vasiyetnamenin Yunan hukukuna göre yapılmış olmasına bağlıdır. Türkiye'deki gayrimenkuller söz konusu ise, Türk hukukunun şekil şartlarına uymak da bu vasiyetnamenin geçerliliğini temin eder. Buna mukabil vasiyetname Türkiye'de yapılmış ise, menkul ve gayrimenkul tereke ayırımı rol oynamaksızın, vasiyetnamenin Türk hukukuna veya Yunan hukukuna göre düzenlenmiş olması bu vasiyetnamenin geçerliliğini temin eder[125].

Şekil sebebiyle ölüme bağlı tasarrufların geçersiz hale gelmesini önlemek milletlerarası düzenlemelerde ana gaye olmuştur. Türkiye'nin de katılmış bulunduğu **"Vasiyet Tasarruflarının Biçimine İlişkin Kanun Uyuşmazlıkları Konusundaki 5.10.1961 tarihli La Haye Sözleşmesinde"**[126] bu açıkça görülür:

Bu Sözleşmeye göre, bir ölüme bağlı tasarrufun **şekli**,

a) Vasiyetçinin ölüme bağlı tasarrufu yaptığı yer hukukuna uygunsa, veya
b) Vasiyetçinin ölüme bağlı tasarrufu yaptığı anda veya ölümü anında vatandaşı bulunduğu devletin hukukuna uygunsa, veya
c) Vasiyetçinin ölüme bağlı tasarrufu yaptığı anda veya ölümü anında ikametgâhının bulunduğu yer hukukuna uygunsa, veya

124) Sözlü vasiyetnamenin yapılmasında, 2676 sayılı Kanunun 6. maddesi dikkate alındığında, şahitlerin bildirimde bulunacakları mahkemenin, 16.9.1965 günlü Resmî Gazete'de yayınlanan Türk Medenî Kanunun Velâyet, Vasiyet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına Dair Tüzük'ün 39. maddesinde açıkça ifade olunduğu üzere vasiyetçinin son ikamet hâkimi olması zorunluluğu da bulunmamasına göre, sözlü vasiyetin yapıldığı ülke mahkemesi de olabileceği hakkında: Yar. 2.HD., 29.9.1992 (E.7372/K.8705).

125) BKZ. NOMER Ahkâmı Şahsiye 525 vd..

126) RG. 17 Ocak 1983 - 17931.

d) Vasiyetçinin ölüme bağlı tasarrufu yaptığı anda veya ölümü anında mutad meskeninin bulunduğu yer hukukuna uygunsa, ve nihayet

e) Gayrimenkullere ilişkin olduğu takdirde, bunların bulunduğu yer hukukuna uygunsa

bu ölüme bağlı tasarruf **şekil bakımından** geçerli olur (m. 1).

Sözleşme "loi uniforme" olarak düzenlenmiştir. Yani kanunlar ihtilafı kaidelerini yalnız âkit devletler için değil, fakat "genel olarak" değiştirmiştir (m. 6).

Türkiye bakımından, vasiyetçinin ikametgâhının bulunduğu yer Türk hukukuna göre tesbit edilir (m. 9). Ayrıca Türkiye, Türk vatandaşlarının olağanüstü durumlar dışında, yabancı hukuklara göre yapmış oldukları sözlü vasiyet tasarruflarını tanımama hakkını saklı tutmuştur (m. 10). Ve yine Türkiye, ölüme bağlı tasarrufta yer alan ve Türk hukukuna göre miras hukukuna girmeyen hükümleri Sözleşmenin uygulama alanı dışında bırakmıştır (m. 12).

6. Murise ait terekenin, hak sahibi mirasçılara intikalini sağlamak maksadıyla, ihtiyatî tedbir olarak muhafaza altına alınması, terekenin tesbiti ve defter tutma, terekenin idaresi ve tasfiye gibi lex fori'ye tâbi mirasın intikaline ait hususlar (MK m. 531-538), **ihtilafsız kaza alanında** mahkeme ve makamların **milletlerarası yetkisi** meselesiyle çok yakın bağlantı halinde bulunduğundan, genellikle devletler arasındaki ikili anlaşmalarla karşılıklı olarak konsolosluklara bırakılmaktadır.

7. **Veraset vesikası** (mirasçılık belgesi) bir şahsın mirasçı olduğunu gösteren ve isbat eden bir belgedir. Lehine tanzim olunan şahıs bakımından bir mirasçılık karinesi teşkil eder, aksi ispat oluncaya kadar bu şahıs mirasçı addolunur.

Türk hukukunda kabul edilmiş olan böyle bir vesika, Türk hukukundakine benzer hükümleriyle ancak bir kaç ülkede (Almanya, İsviçre ve İtalya'da) kabul edilmiştir.

Türk hukukunda ihtilafsız kaza usulüne tâbi olarak alınan veraset vesikası *(mirasçılık belgesi)*, aksi isbat edilinceye kadar mirasçılık durumunu tesbit eden resmî bir *belge* niteliğindedir. Mirasla ilgili işlerde mirasçılığı isbat imkânı verir. Bu sebeple de verilen veraset vesikasının doğru olmadığı herhangi bir davada ileri sürülebileceği gibi, vesikanın iptali veya tashihi bunu veren mahkemeden de talep edilebilir.

Veraset vesikasının Türk hukukundaki bu niteliği sebebiyle *yabancı* bir mahkeme veya makamdan alınmış olan *veraset vesikasına* Türk hukukunun tanıdığı ve kabul ettiğinden daha farklı bir nitelik ve güç verilemez. Bu bakımdan, verildiği hukuka göre taşıdığı nitelik, meselâ kesin hüküm teşkil eden bir ilâm da olsa, yabancı veraset vesikası Türk hukukundaki niteliğine uygun olarak, sadece aksi iddia ve isbat edilebilen resmî bir belge olarak dikkate alınabilir. Bunun sonucu olarak, yabancı bir mahkeme veya makam tarafından verilmiş veraset vesikası niteliğindeki bir belge, Türk yetkili makam-

larından talep edilen veraset vesikasının düzenlenmesinde sadece bir delil olarak değerlendirilebilir. Kesin hüküm teşkil etmeleri mümkün olmadığından, yabancı veraset vesikasının Türk yetkili mahkemesince tanınması ve tenfizine karar verilmesi de söz konusu olamaz (m. 34, 42)[127].

Buna mukabil, **yabancı gerçek şahıslara** ait intikal işleri kendi yetkili ülke makamlarınca usulüne uygun olarak verilmiş bulunan veraset vesikalarına istinaden de yapılabilir. Tapu Kanununun 37 nci maddesi, bu gibi yabancı gerçek şahıslara ait veraset vesikalarının Türk mahkemelerince tasdik edilmesi şartiyle intikale esas teşkil edeceği hükmünü taşımaktadır. Bu tasdik ilgili veraset vesikasının Türk kanunlarının kabul ettiği mirasçılık belgesi niteliğine uygunluğunun Türk mahkemesince tetkik edilerek, onun tanınma ve tenfizine karar verilmesini ifade eder. Şu halde, gerçek şahıslara ait yabancı veraset vesikalarına istinaden intikallerin yapılabilmesi, bunların 2675 sayılı Kanunun 38 inci maddesinde yer alan şartlara tabi olarak Türk mahkemesince tanınma ve tenfizine karar verilmesine bağlıdır[128].

Veraset vesikası vermeye yetkili Türk mahkemesinin bir yabancı murisin yabancı hukuka tâbi mirası için de veraset vesikası verebilmesine kanunî bir mani yoktur. Ancak yabancı hukuka uygun olarak düzenlenmiş olan böyle bir veraset vesikasının Türk hukukunun kabul ettiğinden farklı bir muhtevaya sahip olması imkânı tereddütle karşılanacaktır.

Menkul miras bakımından **İngiliz veya Amerikan hukukuna** uygun olarak bir veraset vesikası düzenlenmesi gerektiğinde, veraset vesikasının muhtevası güçlükler doğuracaktır. Çünkü, anglo-amerikan hukukuna göre tereke kanunî veya mansup mirasçılara doğrudan doğruya intikal etmez, önce terekeyi yediemin olarak idare edip, terekenin borç ve mükellefiyetlerini yerine getirdikten sonra kalanı kanunî veya mansup mirasçılara teslim edecek olan bir tereke idarecisinin (personal representative) seçilmesi gerekir. Terekenin tasfiyesi onun idaresi olarak vasıflandırılmaktadır. "Personal representative" ya vasiyetçi tarafından bizzat tayin edilen "executor" ya da tereke mahkemesince tesbit edilen "administrator" dur. Eğer menkul mirasa İngiliz veya Amerikan hukuku tatbik edilmekte ise, bu hukuklara göre seçilmiş bulunan tereke idarecisinin de İngiliz veya Amerikan hukukunun tanıdığı yetki ve görevlere sahip bulunduğundan şüphe etmemek gerekir. Fakat asıl problem kendi ülkesinde görevlendirilmiş bir tereke idarecisinin, İngiliz hukukunun ona tanıdığı yetki ve görevleri Türkiye'de kullanabilip kullanamıyacağı ve bunun yanında Türk mahkemesince düzenlenen bir veraset vesikasında böyle bir tayinin yapılıp yapılamıyacağıdır. Bizim görüşümüz odur ki, Türk mahkemeleri, ihtilafsız kaza yoluyla verdikleri veraset vesikasında, İngiliz veya Amerikan hukuku anlamında bir tereke idarecisi seçme yetkisine sahip değillerdir. Zira, yetkili Türk mahkemesinin vereceği veraset vesikası, Türk hukukunun kabul ettiği ve tanıdığı muhtevadan daha fazlasını veya farklısını ihtiva edemez. Buna

127) Bkz. ileride s. 404.

128) Farklı: ŞANLI Verâset İlâmları 303 vd.

mukabil Türkiye'de bulunan menkul mallar bakımından, İngiliz veya Amerikan hukukuna göre, kendi yetkili makamları tarafından seçilmiş bulunan tereke idarecilerinin görev ve yetkilerini Türkiye'de kullanmalarını önlemek için haklı bir sebep gösterilemez.

V. EŞYA HUKUKU ALANINDA

1. Lex Rei Sitae

Eşya hukukuna ait ilişkiler genellikle, eşyanın bulunduğu yerdeki şahıslar arasında meydana gelir. Eşyanın kime ait olduğu, kimin eşya üzerinde hakları bulunduğu ve kimin eşya üzerinde zilyetlik tesis ettiği, ayrıca bir eşya üzerindeki hakkın nasıl kazanılacağı, sona ereceği, başkasına devredileceği ve değiştirileceği ve nihayet eşyanın zarara uğraması veya yok olmasına karşı hak sahibinin veya zilyedinin ne zaman ve ne şekilde korunacağı o eşya bakımından önem taşır. Bu sebeple **işlem menfaati**, o eşyanın **bulunduğu yer hukukunun** ("lex rei sitae") hâkim olmasını gerektirir. Bu bakımdan milletlerarası eşya hukuku devletler hususî hukukunda nadiren fikir ayrılıklarının meydana çıktığı bir hukuk alanıdır.

Prensip olarak milletlerarası eşya hukukuna *lex rei sitae*, yani eşyanın bulunduğu yer hukuku hâkimdir. Ve eşya hukuku alanında tarafların iradesine de yer verilmemiştir: *irade muhtariyeti* yoktur.

Lex rei sitae'nin tatbiki, **gayrimenkuller** bakımından, kanunlar ihtilafı hukukuna ait problemlerin doğumundan beri kabul edilmiş bir prensiptir. Hatta bazı hukukçular gayrimenkullerde lex rei sitae'nin tatbikini devletler hususî hukukunun devletler hukukuna ait bir kaidesi olarak da görürler. **Menkullerde** lex rei sitae prensibinin uygulanması bu kadar eski ve yaygın değildir. İlk önceleri "mobilia personam sequuntur" kaidesi geçerli olmuştur. Bu kaide, menkul şeyin sahibinin ikametgâhı hukukuna bağlanmayı[129] ifade eder.

Bugün hem gayrimenkullerde hem de menkullerde milletlerarası eşya hukukuna lex rei sitae kaidesinin tatbikinin evrensel bir prensip olarak kabul edildiğini söyleyebiliriz.

Misal : Londra'da oturan bir Portekizli, Picasso'nun bir tablosunu müzayede satın aldı. Onun hasta oğluna hastabakıcılık yapan İngiliz hemşire tabloyu çaldı ve kaçtı. Tablo bir Alman antikacının eline geçti. Olaya bakan Alman mahkemesi, arttırma yoluyla tablonun iktisabını İngiliz hukukuna göre, tablo-

129) "Malikinin daima yanında taşımakta olduğu veya bizzat kullandığı veya diğer bir mahalde satımı veya başka bir mahalle gönderilmesi istenen menkuller üzerinde malikin ikametgâhı hukukunun hâkim olması" bugün Arjantin hukukunda (Codigo civil, m. 11) görülmektedir. Benzer hükümler Story doktrininin etkisinin bir kalıntısı olarak Codigo Bustamante, Brezilya hukuku ve bir kaç Amerikan Eyalet hukukunda da yer almaktadır; STAUDINGER - STOLL 10/11 Aufl., 1970-1981, Rz. 37 s. 10.

nun iadesine ve buna bağlı olarak meydana gelen zarar ve ziyanın tazminini, tablo Almanya'ya getirilmiş bulunduğundan, Alman hukukuna göre karar bağladı[130].

Gerek gayrimenkuller gerekse menkuller bakımından, *Türk hukukunda* da lex rei sitae kaidesinin geçerliliği konusunda bir tereddüt yoktur. Hukukumuzda bu, kanunî bir hüküm olarak yer almıştır (m. 23 I) : "Taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet hakkı ve diğer aynî haklar malların bulunduğu yer hukukuna tâbidir." Ayrıca *gayrimenkuller üzerindeki* aynî haklara ilişkin hukukî işlemler *şekil yönünden* de gayrimenkulün bulunduğu yer hukukuna tâbi tutulmuştur (m. 23 IV).

15.4.1958 tarihli **"Menkul Şeylerin Milletlerarası Satışlarında Mülkiyetin Kazanılmasına Uygulanacak Hukuka Dair La Haye Sözleşmesi"**, menkullere ilişkin milletlerarası karakterli **satım akitlerinde mülkiyetin intikaline** tatbik edilecek hukuka ait bir "loi uniforme" düzenleme getirmiş olmakla beraber henüz yürürlüğe girmemiştir. Bu Sözleşmeye göre (m. 3), satılan malın mülkiyetinin alıcıya intikali, satım aktinin tarafları dışında kalan tekmil üçüncü şahıslar bakımından, talep hakkının doğduğu anda malın bulunduğu ülkenin hukukuna (lex rei sitae prensibi) tâbidir. Böylece ilk bulunma yeri hukukuna göre kazanılmış mülkiyeti alıcı muhafaza etmektedir. Bunun dışında, alıcı malın mülkiyetini, emtia senedinin kabulü ile kabul yeri hukukuna göre iktisap mümkün ise, yine kazanmış olur. Sözleşmenin diğer hükümleri, satış bedelini almamış olan satıcının hakları, alacaklının alacaklıları ile olan ilişkilerde mal üzerindeki hakları ve satılan mal üzerinde aynî hak sahibi bulunan üçüncü şahıslarla olan ilişkilerde alıcının hakları hakkındadır. Sözleşmenin getirdiği bütün bu hükümlerin aslında hareket noktası lex rei sitae kaidesinin tatbikidir.

2. Uygulama Alanı

1. Malların bulunduğu yer hukuku (lex rei sitae) eşya hukukuna ait meselelere, yani *aynî hak* ve *mükellefiyetler* ile *zilyetlik* konusuna bir bütün olarak hâkimdir: Aynî hak[131] veya mükellefiyetin doğumu, muhtevası, değişme-

130) LG Hamburg: IPRspr. 1977 Nr. 48.

131) Gayrimenkul mülkiyetinin "kazandırıcı zamanaşımı" veya diğer fiili yollarla kazanılmasında da şüphesiz lex rei sitae (mekân kanunu) yetkilidir; Yar. 4. HD., 21.10.1986 (YKD 2/1987 224 vd. [227]). İstihkak davası (rei vindicatio) ve müdahalenin men'i davası (actio negatoria) gibi mülkiyeti koruyucu yetkilerde de, lex rei sitae (mekân kanunu) söz sahibidir.Buna mukabil, Türkiye'nin topraklarında bulunan ve korunması gerekli olan **kültür varlıklarının** *ipso iure* Devlet mülkü olduğu (2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hakkındaki K., m.5) görüşü [bkz. ÖZEL Devlet Mülkiyeti 84) yanında, çalıntı, kayıp veya emanete bırakılan **kültür varlıklarının** üzerindeki mülkiyetin intikalinde eşyanın bulunduğu yer (lex rei sitae) kuralının geçerliliği yerine, "gerçek malikin" haklarını koruyan hukukun uygulanması gerektiği fikri de, Türk doktrininde kuvvetle savunulmaktadır [ÖZEL Kültür Varlıkları 356 vd., 361].

si, intikali ve sona ermesi bu hukuka göre düzenlenir. Aynı şey zilyetlik (vasıflandırılması, elde edilmesi ve kaybı şartları, muhtevası ve korunma şekilleri), kanunî rehin hakları ve eşya üzerindeki icraî fiiller için de geçerlidir.

Malların bulunduğu yer hukuku aynî hak ve mükellefiyetlerin *alanını* tayin ettiği gibi, bir malın *hukukî özelliğini*, meselâ mütemmim cüz olup olmadığını veya devredilebilip edilemiyeceğini de tesbit eder. Bir malın menkul veya gayrimenkul olduğunu da o malın bulunduğu yer hukuku söyler. Bizde miras hukuku alanında olduğu üzere, devletler hususî hukuku kaidesinin menkul ve gayrimenkul ayırımı yaparak onları farklı hukuklara tâbi tutması halinde, malın menkul veya gayrimenkul olarak nitelendirilmesi önem kazanır.

Misaller : Münih otobüs terminalinde bulunduğu esnada, bir Türk yolcu otobüsünde bulunmuş olan bir mal hakkında Alman hukuku (lex rei sitae) karar verir.

Bir İtalyan yolcu gemisinde, gemi İstanbul Limanında demirli iken, makinistin kamarasındaki yazı masasının altında bulunan 500.000 doların akibeti Türk hukukuna (lex rei sitae) göre tayin edilir.

Alman Federal Cumhuriyetinde iki uçak mülkiyeti muhafaza kaydıyla satılmıştır. Alıcı ayrıca iki İngiliz firması ile uçaklar için gerekli binaların yapımı hususunda anlaşmış, daha sonra uçakları İngiltere'den Düseldorf'a getirmiştir. Alıcı gerek Alman satıcıya gerekse İngiliz firmalara ödemede bulunmayınca; uçaklar için, mülkiyeti muhafaza kaydına dayanan Alman satıcı ile inşaat dolayısıyla bir "lien" (rehin hakkına benzer bir nevi hapis hakkı) ileri süren İngiliz Firmaları alıcıyla davalık olmuşlardır. Alman mahkemesi lien'in doğumu, muhtevası ve sona ermesini İngiliz hukukuna göre karara bağlamıştır[132].

Aynî bir tasarrufun *mücerret* ya da *illî (sebebe bağlı)* olduğunu malların bulunduğu yer hukuku tayin eder. Eğer sebebe bağlı ise, aynî tasarrufu yapma borcunu meydana getiren *"hukukî münasebet"* kendi hukukuna, meselâ satım veya bağışlama borç akitleri için uygulanan hukuka tâbi olur. Geçerliliği, borç akitlerine uygulanan hukuka göre tayin edilen satım veya bağışlamanın, aynî tasarrufun sebebini teşkil edebilip edemiyeceğine münhasıran malın bulunduğu yer hukuku karar verir.

Bir senedin *kıymetli evrak* olup olmadığına senede bağlanan hakkın tâbi olduğu hukuk, meselâ hisse senetlerinde anonim şirketin (idare) merkezinin bulunduğu yer hukuku karar verir. Bu hukuk nizamına göre senet kıymetli evrak ise ve keza bu hukuk nizamına göre senede bağlanmış hak üzerinde tasarrufta bulunabilmek için senet üzerinde bir tasarrufta bulunmak gerekli ise, senet üzerindeki tasarruf senedin bulunduğu yer hukukuna *(lex cartae sitae)* tâbi olur.

132) LG München I, WM 57, 1378.

Kıymetli evrak üzerindeki eşya hukukuna **(aynî haklara)** ilişkin hukukî münasebetlerde de lex rei sitae (kıymetli evrakta: lex cartae sitae) aynî statü olarak söz sahibidir. Kıymetli evrakın bulunduğu ülke, yani tâbi olduğu aynî statü değiştiğinde, kıymetli evrak üzerinde doğmuş bulunan bir aynî hak, yeni aynî statüsünün bunu tanıması şartıyla ve kabul ettiği kapsam ve etkide, varlığını devam ettirir.

Taşıma işlerinde kullanılan taşıma senedi, konişmento gibi **emtia senetlerinde** de, senede bağlı hakkın doğumunu **lex cartae sitae** tayin eder. Buna mukabil senet üzerindeki tasarrufun malın teslimi yerine geçip geçmiyeceğine, malın bulunduğu yer hukuku, yani **lex rei sitae** karar verir.

Hukukumuz, *gayrimenkul mallar* üzerindeki aynî hak ve mükellefiyetlere ilişkin hukukî işlemleri *şekil* yönünden de münhasıran gayrimenkulün bulunduğu yer hukukuna tâbi tutmuştur (m. 23 IV)[133].

2. Aynî tasarruflar üzerindeki lex rei sitae'nin hâkimiyeti *aynî hak* ve *mükellefiyetler* ile *zilyetlik* konularında mutlaktır. Buna mukabil, ister gerçek şahıs isterse tüzel kişi (veya hak ehliyetine sahip olmayan kişi veya mal topluluğu) olsun, tarafların *hak* ve *fiil* (hukukî muamele) *ehliyetleri* kendi hukuklarına (m. 8 I ve IV) tâbidir[134].

Özellikle mirasın intikalinde, evlilikte mal rejimlerinde ve şirketler hukukunda görülen **küllî haleflyet** sebebiyle meydana gelen aynî hak ve mükellefiyetlerin intikali lex rei sitae'den **bağımsız** olarak gerçekleşir. Ancak küllî halefiyete hâkim olan hukuk, lex rei sitae'nin eşya hukuku düzenlemesiyle uyuşmayan herhangi bir hukukî sonucu kabul ettiremez. Meselâ, lex rei sitae sadece müşterek mülkiyet şeklini tanımakta ise, küllî halefiyete uygulanan hukuk iştirak halinde mülkiyet tesis edemez. Burada "intibak" problemi[135] doğabilir.

3. Statü Değişikliği

Gayrimenkullerin bulunduğu yeri tesbit etmek bir güçlük göstermez. Ülkenin siyasî sınırlarında değişiklik olmadığı sürece, gayrimenkullerin tâbi olduğu statüde de bir değişiklik beklenmez. Ancak menkullerde durum çok farklıdır. Menkullerin bir ülkeden diğer bir ülkeye geçirilmesi, aynî haklar bakımından yeni bir statüye tâbi olması sonucunu doğurur.

1. Bir menkul eşya belirli bir hukuk alanından diğerine geçerse, bu eşya kendiliğinden (ex nunc) yeni hukuk alanının eşya hukuku statüsüne tâbi olur. Bu, bir *statü değişikliğidir*. Ancak önceki hukuk alanında tesis edilmiş aynî hak ve mükellefiyetler, bu eşyanın o hukuk alanını terketmesi halinde de,

133) Şeklin **gerçekleşmesi** hakkında bkz. yukarıda s. 184.

134) Bkz. yukarıda s. 187 vd..

135) Bkz. yukarıda s. 119 vd..

prensip olarak *varlığını* muhafazaya devam eder. Terkedilen hukuk alanında menkul eşya üzerinde bir aynî hak veya bir aynî mükellefiyet veya bir zilyetlik tesis edilmiş, intikal ettirilmiş, muhtevaca değiştirilmiş veya sona erdirilmiş bulunuyor ise, o eşya mevcut bu durumuyla yeni hukuk alanına geçmiş olur. Yeni hukuk alanındaki yeni eşya hukuku statüsü o eşyayı ülkeye girdiği ana kadarki statünün ona bahşetmiş olduğu hukukî durum ile kabul eder. Meselâ bir otomobil A Devletinde kanunî şekilde sahibini değiştirmiş ise, bu otomobilin daha sonra B Devletine geçmesi bir problem yaratmaz. Çünkü A Devletindeki mülkiyet değişikliği B Devletinde de tanınır. Bu hukukî durumda statü değişikliğinden sonra meydana gelen tekmil değişiklikler ise yeni statüye tâbi olarak meydana gelir.

> Bir hukuk alanından diğerine götürülen menkul eşyada **(statü değişikliği)**, önceki hukuk alanında tesis edilmiş bulunan aynî hak veya mükellefiyetlerin **devam etmesi** prensibinin bir **istisnası** mevcuttur. Eğer önceki hukuk alanının (eski lex rei sitae) eşya hukuku hükümleri sonraki hukuk alanının (yeni lex rei sitae) eşya hukuku düzenine intibak etmiyor ise, yeni statü önceki statünün yerine geçerek karar verir.
>
> **Misal:** Alman hukukuna göre sözlü veya yazılı şekle tâbi olarak tesis edilen ve geçerli olan "mülkiyeti muhafaza kaydı", eşya Türkiye'ye getirildiğinde hükmünü kaybeder[136]. Çünkü Türkiye'de mülkiyeti muhafaza kaydının geçerliliği, bunun sicile tescil edilmesine bağlıdır (MK m. 688)[137]. Buna mukabil Türkiye'de geçerli olarak tesis edilen mülkiyeti muhafaza kaydı, eşya Almanya'ya götürüldüğünde de hükmünü muhafaza eder.

Önceki hukuk alanında tesis edilmiş hak veya mükellefiyetler, yeni hukuk alanında da varlıklarını prensip olarak devam ettirmekle beraber, bunların *muhtevaları*, yeni hukuk alanının eşya hukuku hükümleri (yeni lex rei sitae) tarafından tayin edilir. Meselâ, mülkiyet-zilyetlik ilişkisinde ve iyi niyetli iktisap konularında yeni lex rei sitae'nin hükümleri kendiliğinden (ex nunc) geçerli olur.

> Önceki hukuk alanında tesis edilmiş hak veya mükellefiyetlerin muhtevaca yeni statüye uymaması bazı güçlüklerin ortaya çıkmasına sebebiyet verebilir. Bu durumda, güçlükler ya "intibak" usulü[138] ile giderilebilir. Ya da önceki hu-

---

136) Aynî hak veya mükellefiyetin ve özellikle **mülkiyeti muhafaza kaydının,** menkul eşyanın bunları geçersiz sayan veya tanımayan bir ülkeye getirilmesiyle sona ermiyeceği, ancak orada hüküm ifade etmiyeceği, bunları tanıyan ve geçerli kabul eden bir diğer ülkeye getirildiğinde, başkaca bir şart aranmaksızın, tekrardan hayat bulacağı doktrinde ileri sürülen bir fikirdir; bkz. SCHWIND 267; von CAEMMERER: Festschrift Zepos 1973, II 33 vd..

137) İsviçre Federal Mahkemesi 6.7.1967 tarihli kararında (BGE 93 III 96), Almanya'dan İsviçre'ye mülkiyeti muhafaza kaydı ile gönderilmiş bulunan makinelerde, mülkiyeti muhafaza kaydını, İsviçre hukukuna uygun şekilde alıcının ikamet ettiği mahalde tescil edilmemiş olması sebebiyle, alıcının iflasında tanımamıştır.

138) Bkz. yukarıda s. 119 vd..

kuk alanında tesis edilen hak veya mükellefiyet, kıyas yoluyla ona fonksiyon bakımından en yakın durumda bulunan yeni statü'nün bir hukukî müessesesi olarak muamele görür.

Önceki statünün vermiş olduğu, fakat yeni lex rei sitae'nin tanımadığı yetkiler de yeni hukuk alanında kullanılamaz.

Şu halde, önceki hukuk alanı içerisinde tesis edilmiş bir hak veya mükellefiyetin, statü değişikliğinin meydana gelmesinden sonra varlığını *devam ettirmesi* ve devam ettiriliyorsa hangi *muhteva* ile devam edeceği *yeni* statü (lex rei sitae) tarafından tayin edilir.

Misal: İtalya'dan satın alınan makineler, mülkiyeti muhafaza şartına bağlı olarak Türkiye'ye gönderilmiştir. İtalyan hukukuna göre, mülkiyeti muhafaza şartı sadece satıcı ile alıcı arasında nisbî bir etkiye sahiptir. Buna mukabil Türk hukukunda bunun etkisi mutlaktır ve dolayısıyla alıcının iyi niyetli olmayan alacaklılarına karşı da ileri sürülebilir. İtalyan hukukuna göre tesis edilmiş olan mülkiyeti muhafaza şartı, makinelerin Türkiye'ye varışından itibaren gerek geçerliliğini devam ettirmesi gerekse bu şarta dayanılarak satıcının makineler üzerindeki mülkiyet hakkının korunması Türk hukukuna göre olur. Görülüyor ki, **ihraç edilen mallarda mülkiyeti muhafaza şartı** hakkında, önce ihraç eden ülkenin hukuku, malların gönderilen ülkeye varışından itibaren bu ülkenin hukuku, onun geçerliliği ve muhtevası (mülkiyet hakkının korunması) hakkında söz sahibi olmaktadır.

2. Bir hukuk alanı içerisinde bulunan menkul eşya, o menkul eşya üzerinde eşya hukukuna ait bir vakıanın henüz oluşumu *esnasında*, diğer bir hukuk alanına geçerse, o vakıaya ilişkin konunun bütünü hakkında yeni hukuk alanının eşya hukuku (yeni lex rei sitae) tek başına karar verir (m. 23 III).

Misaller: Menkul bir malın, mülkiyetin teslim ile intikal ettiği bir ülkeden, mülkiyetin akit ile intikal ettiği bir ülkeye gönderilmesi durumunda: Alıcı malın gönderilen ülkeye varması ile malik olur, çünkü o anda geçerlilik kazanan yeni lex rei sitae akit ile mülkiyetin intikalini kabul etmektedir.

Menkul mülkiyetinin **zaman aşımı ile iktisabında** durum daha açık olarak ortaya çıkar: Zamanaşımı ile iktisabın süresi ve şartları hukuktan hukuka çok farklıdır. Meselâ bu süre Türk hukukunda 5 yıl (MK m. 701), Alman hukukunda 10 yıl (BGB § 937), İtalyan hukukunda iyi niyetle zilyetlik halinde 5 yıl, kötü niyetle zilyetlikte 20 yıl (C.c. m. 1161) olarak tesbit edilmiştir. Eğer bir ülkede, o ülke hukukuna göre zamanaşımı ile iktisap tamamlanmış ise, menkul eşyanın diğer bir ülkeye geçirilmesinde bu iktisap geçerliliğini muhafaza eder. Fakat zaman aşımı süresi henüz dolmadan menkul eşya diğer bir ülkeye getirilmiş ise, süre hakkında artık yeni ülkenin hukuku söz sahibi olur.

Menkul eşya 7 yıl Almanya'da bulunduktan sonra Türkiye'ye getirilmiş olursa, Türk hukukuna göre zamanaşımı süresi tamamlanmış kabul edilecek midir? Bu durumda, Türk hukukunda süre 5 yıl olduğu için süre şartının yerine geldiğini kabul zarureti vardır.

Menkul eşya 4 yıl Türkiye'de bulunduktan sonra, Almanya'ya götürülmüş ise, Alman hukukuna göre sürenin tamamlanması için daha 6 yılın geçmesi gerekir. Çünkü yeni lex rei sitae bu süreyi 10 yıl kabul etmiştir.

Şu halde eski statü değil, fakat yeni statü (lex rei sitae) karar hakkına sahiptir. Şüphesiz menkul eşyanın "situs" değişikliği gerçekten olmalıdır. Yoksa meselâ, 7 yıldır Almanya'da bulunan menkul bir eşyanın transit olarak Türkiye'den geçmesi esnasında ne Türk hukukuna ne de Alman hukukuna göre zamanaşımı süresi tamamlanmış sayılamaz.

4. Lex Rei Sitae Kaidesinin İstisnaları

a) Res in transitu (Taşınmakta olan mallar)

Bir hukuk alanından diğer hukuk alanına *nakil halinde* bulunan eşyaların temliki, üzerine külfet yüklenmesi veya külfetten kurtarılması kaideten lex rei sitae'ye tâbi değildir. Eşyayı gönderen ülke hukukunun, varma yeri hukukunun veya transit geçtiği ülke hukukunun uygulanması düşünülebilir.

Nakil halinde bulunan eşyalar üzerinde *kanunî rehin haklarının tesisi* ve *icraî fiiller* daima lex rei sitae kaidesine tâbidir. Ancak henüz yolda bulunan eşya üzerindeki tasarrufî muamelelerde lex rei sitae'nin uygulanması düşünülemez.

Bir firma Almanya'da imal ettiği otomobili Türkiye'deki acentasına kara yoluyla göndermektedir. Otomobil yolda iken, meselâ Yugoslavya üzerindeyken onun satışı yapılmıştır.

Böyle bir olayda, üzerinden transit geçilen ülkenin hukuku, misaldeki Yugoslav hukuku dikkate alınmaz. Buna mukabil hangi hukukun bu otomobilin aynî statüsünü tayin edeceği konusunda doktrinde fikir birliği yoktur.

Türk hukukunda kabul edilen çözüm, en yaygın ve Türk doktrininin de tasvip ettiği görüştür: Taşınmakta olan mallar üzerindeki aynî haklara *varma yeri hukuku* uygulanır (m. 23 II).

Varma yeri hukuku ayrıca, bir eşyanın nakil halinde bulunup bulunmadığı veya varma yerine ulaşmış olup olmadığı hakkında da karar verir.

b) Nakil Vasıtaları

Lex rei sitae kaidesinin ikinci istisnasını nakil vasıtaları, özellikle gemi ve uçaklar teşkil eder. Şüphesiz nakil vasıtaları da geniş anlamda res in transitu olarak ele alınabilir. Fakat, gemi ve uçak gibi "eşyalar", diğerlerinden

farklı olarak, sabit bir mahalle, yani sicile kayıtlı bulundukları bir millî limana sahiptirler. Diğer bir söyleyişle, bu "eşyaların" sicile kayıt yoluyla tahakkuk eden birer tabiiyetleri vardır. Bu sebeple, bu tabiiyet hukuku, yani sicilline kayıtlı bulundukları ülkenin hukuku *(millî liman hukuku)*, lex rei sitae'nin yerine geçer.

Bununla beraber, millî liman hukuku lex rei sitae lehine bazı istisnalara sahiptir. Bir limanda bulunan "bu eşyalar" üzerinde *rehin tesisi* ve *icraî fiiller* lex rei sitae kaidesine, yani bulundukları liman hukukuna tâbidir.

Türk pozitif hukuku gemi siciline kayıtlı gemiler üzerindeki mülkiyetin kazanılması ve kaybı konusunda özel bir hüküm getirmiştir (TK m. 866 II):

> "Bir Türk gemi siciline kayıtlı bulunan gemi üzerindeki mülkiyetin iktisap ve ziyaı Türk kanunlarına tâbidir."

Bu hüküm tek taraflı bir kanunlar ihtilafı kaidesidir ve sadece gemi siciline kayıtlı gemilerin "mülkiyetinin kazanılması ve kaybı" konusunu düzenlemektedir. Şu halde "rehin haklarına" ve "intifa hakkına" uygulanmaz. Diğer yandan, tek taraflı bir kanunlar ihtilafı kaidesi olarak düzenlenmiş bulunan bu hükmün iki taraflı (tam) bir kanunlar ihtilafı kaidesi olarak kullanılması gerektiği de unutulmamalıdır.

Gemiler hakkında şu söylenenler aynen uçaklar hakkında da geçerlidir. Uçaklarda lex rei sitae'nin tesbiti gemilere oranla çok daha zordur. Bu yönden uçaklara ilişkin milletlerarası eşya hukuku alanında da, gemiler için uygulanan prensip aynen kullanılmaktadır.

> 19.6.1948 tarihli Uçaklar Üzerindeki Hakların Tanınmasına dair Cenevre Sözleşmesi, askerî, polis ve gümrük hizmetinde olanlar hariç, tekmil hava nakil vasıtaları için kısmen maddî hukuka, fakat esas itibariyle devletler hususî hukuku ile milletlerarası usul hukukuna ait yeknesak hükümler getirmiştir. Bu Sözleşme, diğerleri yanında, hava nakil vasıtaları üzerindeki mülkiyet tesislerini, mülkiyetin tesisi anında hava nakil vasıtasının kayıtlı bulunduğu ülke hukukuna tâbi tutan bir hükme de (m. I) sahiptir. Türkiye bu sözleşmeye katılmamıştır.

c) Maddî Olmayan Mallar

Telif eserler (fikir ve sanat eserleri) üzerindeki haklar ile buluş, marka, firma ve ticaret ünvanının korunmasına ilişkin sınaî mülkiyet haklarında da prensip olarak *lex rei sitae* daha doğru bir söyleyişle *"ülkesellik"* esası geçerlidir.

Bu nevi maddî olmayan mallar üzerindeki aynî hakların doğuşu, muhte-

vaları, devirleri ve sona ermeleri, bunların doğdukları, devredildikleri ve sona erdikleri ülke hukukuna (lex rei sitae) tâbi olur. Maddî olmayan hakların korunmasında da aynı esas geçerlidir. Hakkın ihlâl edildiği yer hukuku veya diğer bir söyleyişle hakkın korunması nerede talep ediliyorsa, o yer (veya ülke) hukuku (lex loci protectionis) söz sahibidir[139]. *Türk hukukunda* da aynı esasların geçerli olduğu (5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m. 88) söylenebilir[140].

VI. BORÇLAR HUKUKU ALANINDA

Hukukî işlemler (hukukî muameleler) genellikle kendi statülerine, meselâ borçlar hukuku akitleri *akit statüsüne*, ölüme bağlı tasarruflar *miras statüsüne* tâbi olurlar. Bu yolla, her hukukî muamele tipinin imkân nisbetinde tek bir hukuk nizamına bağlanması gerçekleştirilir. Bu hukuk nizamı onun *esas statüsü* olur. Bu esas stütü *(işlem hukuku = lex causae)* hukukî muamelenin teşekkülü, muhtavası ve sona ermesinde söz sahibi olan hukuktur.

> Hukukî muamelelerin tâbi oldukları statüler çeşitli hukuk nizamlarını ifade eder. Öyle ki, meselâ temsil yetkisi, borç akitleri, tasarrufî muameleler, evlenme, evlenme mukavelesi, evlâd edinme veya vasiyetname ve miras mukavelesi için çeşitli hukuk nizamları (işlem hukuku = lex causae) yetkili olabilir. Bir hukukî muamele için yetkili olan hukuk, o hukukî muameleye "beşikten mezara" **(Kegel)** hâkimdir.
>
> İşlem hukuku hukukî muamelenin **şartlarına**, meselâ bir hukukî muamelenin fâhiş faiz sebebiyle hükümsüz olup olmadığına, evlenme tellallığının ücret talebine hak verip vermediğine, üçüncü şahıs lehine bir hukukî muamelenin veya mücerret bir borç vaadinin mümkün olup olmadığına, özel hukukî muamele ehliyetine ihtiyaç olup olmadığına karar verir[141].
>
> İşlem hukuku hukukî muamelenin **muhtevası** için de söz sahibidir. Bu arada hukukî muamelenin yorumuna ilişkin kaideler de işlem hukukuna tâbidir.

139) Plastik sanat eserlerinin müzayede ile satımlarında da, sanatkârların hakları (meselâ, Alman hukukunda § 26 UrhG: "Folgerechtsanspruch", Amerikan Kaliforniya hukukunda Civil Code, Sec. 986 "a") **müzayede yeri hukukuna** tâbidir: bu anlamda, Joseph Beuys davasında; BGH, 16.6.1994 (IPRax 4/1995 246-248 = Deumeland'ın Notu ile AfP 2/1995 487-489) ve DEUMELAND (Der Betrieb 29/1991 1517); farklı bkz. SIEHR Joseph Beuys und das internationale Folgerecht: Eine Zwischenbilanz (IPRax 4/1992 219 vd.).

140) Türkiye'nin katıldığı bu konudaki sözleşmeler için bkz. ÇELİKEL / ŞANLI 13 vd.; OKUTAN 243 vd.; Milletlerarası ihtira hukuku hakkında bkz. DAYINLARLI Milletlerarası İhtira Hukuku ve Türkiye'nin Yeri: YD 3/1987 305 vd.; ERDEM 52 vd.

141) Sözleşmelerde yer alan "yabancı para kayıtları", sözleşmeden doğan borçların ifa tarzı ile ilgili olmayıp, doğrudan doğruya borcun esası ile ilgili olduklarından, bu kayıtların geçerliliği ve yorumu işlem hukukuna tâbi olur; TURHAN Milletlerarası Sözleşmelerde Yabancı Para Kayıtları 1996, 191 vd.

İşlem hukukunda yer alan veya söz konusu sözleşme için işlem hukukunda "mutaden" kullanılmakta olan **"genel işlem şartları"** da sözleşmenin bir parçası olarak uygulanır.

İşlem hukuku borçların ifasındaki bozukluklara (imkânsızlık, temerrüt, cezaî şart) ilişkin, hukukî muamelelerin **yerine getirilme şartlarına** culpa in contrahendo'dan ifaya (tevdi veya aktin feshine) kadar hâkimdir.

Hukukî muamelelerde "şekil" işlem hukuku dışında kalabilir (locus regit actum kaidesi). Ayrıca "hak ehliyeti" ve "hukukî muamele ehliyeti" şahsın şahsî kanununa (Türk hukukunda millî kanuna) tâbidir.

Diğer yandan, hukukî muameleye ait **irade beyanı** (icaba davet, icap, kabul) ve **irade bozuklukları** (meselâ hata, hile, ikrah) hakkındaki kaidelerin işlem hukukuna mı yoksa özel bağlanma noktalarına mı tâbi olacağı ihtilaflıdır. Bununla beraber hâkim görüş ve uygulama burada da yetkiyi işlem hukukuna bırakır.

Temsil, temsil yoluyla yapılmış olan hukukî muamelenin tâbi olduğu hukuka, yani "işlem hukukuna" tâbi değildir. Temsil kendisine has bağlanma noktalarına sahiptir.

Kanunî temsil kendisini tesis eden hukukî münasebetin tâbi olduğu statüye göre düzenlenir. Meselâ anne babanın evlilik içi ilişkide sahip oldukları çocuklarını temsil yetkisi, evlilik içi ilişkilere hâkim olan hukuk tarafından, vasinin temsil hakkı vesâyete hâkim olan hukuk tarafından düzenlenir. Hükmî şahısların organlarının temsil yetkisini de hükmî şahısların tâbi olduğu hukuk tesbit eder.

İradî temsilde temsil yetkisinin **kullanıldığı yer hukuku** üzerinde durulmaktadır. Bu hukuk ayni zamanda çoğunlukla, hükümlerinin doğduğu yer hukuku ile veya diğer bir ifadeyle temsil yetkisinin etkisini gösterdiği yer hukuku ile aynı olmaktadır[142].

Maddî hukukta olduğu gibi devletler hususî hukukunda da **vekâlet** temsilden ayrıdır: vekâlet için borçlar hukukuna ait kanunlar ihtilafı kaideleri söz sahibidir.

1. Akitler

a) Genel Olarak

Borç akidlerinin tâbi olduğu hukukun, yani *akit statüsünün* tayininde kullanılan bağlanma noktaları gerek doktrinde gerekse mahkemelerin tatbikinde çok farklı görüşlerin doğumuna sebep olmuştur.

İlk önce ortaya çıkan mesele şudur: âkit taraflar akitlerine hangi huku-

142) Bu konuda geniş bilgi için bkz. G. TEKİNALP Türk Devletler Hususî Hukukunda Temsil Yetkisi 1977 31 vd..

kun tatbik edileceğini kararlaştırabilirler mi, yoksa tatbik edilecek hukuku göstermek kanuna ait bir yetki midir? Diğer bir söyleyişle, âkit taraflar akitlerini tâbi tutacakları hukuku gösteren bu kanunlar ihtilafı kaidesini kendi iradeleriyle tesis edebilirler mi, yoksa bu konuda taraflar ancak yetkili kanunun tanıdığı ölçüde mi hareket serbestisine sahiptirler?

Âkit tarafların aralarında yaptıkları akdi belirli bir hukuka tâbi tutabilme yetkilerine *"irade muhtariyeti"* esası denir.

İrade muhtariyetini ancak **yetkili kanunun** tanıdığı ölçüde kabul eden anlayış, bu "yetkili" kanunun hangisi olduğu hususunda da fikir birliğine sahip değildir. Hem doktrin hem de uygulama çeşitli "yetkili" kanunlar teklif etmiştir.

Bir görüşe göre, akit statüsü **aktin yapıldığı yer hukukudur** (özellikle Fransa'da). Fakat aktin yapılma yeri tesadüflere bağlıdır ve bazan tesbiti çok zordur. Çeşitli ülkelerde bulunan tarafların mektup, telgraf veya telefon ile yaptıkları akitlerde veya bir nakil vasıtasında, meselâ özellikle uçakta yapılan akitlerde aktin yapıldığı yeri tesbit etmek hemen hemen mümkün değildir. Diğer bir görüş, akit statüsü olarak **ifa yeri hukukunu** (Savigny'ye iltihakla Almanya'da) kabul eder. Ancak bu görüş, ifa yerleri farklı olan iki taraflı akitlerde yetersiz kalmaktadır.

Bu yetersizlik borç akitlerinde bağlanma noktası olarak **borçlunun ikametgâhını** veya mutad meskenini teklif eden görüş için de söz konusudur. Çünkü iki taraflı akitlerde, ifa yeri hukukunun tatbikinde olduğu gibi, burada da iki borçlu mevcuttur. Bunların farklı yerlerde ikametgâh sahibi olması da mümkündür.

Zamanımızda irade muhtariyeti esası çok önem kazanmıştır. Diğer taraftan tekmil akitleri tek bir kanuna tâbi tutmak yerine, kanunlar ihtilafı hukuku bakımından akitleri belirli akit tiplerine ayırarak her tip için yetkili bir kanun tesbit etmek eğilimi çok kuvvetlenmiştir.

b) İrade Muhtariyeti Esası

aa) Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul hukuku hakkındaki Kanunun kabulünden önce **Türk hukukunda** irade muhtariyeti esası doktrin tarafından iki hükme istinat ettirilerek izah edilmekte idi: Muvakkat Kanunun 4'üncü maddesi ve Borçlar Kanununun 19 ve 20'nci maddeleri hükümleri. Türk doktrini her iki kanun hükmünü bir arada mütalaa ederek 19'uncu maddenin iç hukuk bakımından çizdiği akit serbestisinin hudutlarını milletlerarası alana çıkarmakta ve Muvakkat Kanunun 4'üncü maddesi hükmünü ("bilumum hukuk davalarının Türk kanunlarına göre rûyeti") de mutlak manasında anlayıp Türk kanunlarının tatbikini Türkiye ile ilgili bir unsurun varlığına bağlamaktaydı. Neticede, Türk kanunlarının tanıdığı sınırlar içerisinde, yani emredici kaideler dışında, irade muhtariyeti prensibi kabul edilmiş oluyordu.

Kanaatimiz odur ki, Kanunun kabulünden önce de *Türk devletler husu-*

sî hukukunda taraflar hiç bir sınırlamaya tâbi olmaksızın akitlerinin tâbi olacağı hukuku seçmede serbesttiler. Bu serbesti, âkit tarafların iradelerine bir kanunlar ihtilafı kaidesi niteliği verme anlamına gelir.

Türk borçlar hukuku "akit serbestisi" prensibini kabul etmiştir. Taraflar bir aktin konusunu ve ona tatbik edilecek hükümleri serbestçe tesbit edebilirler. İç hukukta tanınan bu serbestinin devletler hususî hukuku alanına da çıkarılmasına mani bir sebep yoktur. En azından devletler hususî hukuku alanında kabul edilecek bir irade muhtariyeti esasına Türk hukukunda mani bir durum yoktur. İç hukuk bakımından akit serbestisinin hudutlarını çizdiği kabul edilen Borçlar Kanununun 19 ve 20 nci maddeleri, Türk hukukuna tâbi olan, yani akit statüsü olarak Türk borçlar hukukunun tatbikinin söz konusu olduğu akitler için bir sınırlama teşkil eder.

Giderek Türk doktrininde de, Türk devletler hususî hukuku bakımından irade muhtariyetinin mutlak olarak geçerliliğine bir mani bulunmadığı anlayışı[143] taraftar toplamaktaydı.

bb) *Bugünkü hukukumuzda* Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkındaki kanuna göre, taraflar aralarında yaptıkları akte tatbik edilecek hukuku bizzat seçebilirler (m. 24 I). Seçtikleri hukuk Türk hukuku olabileceği gibi, yabancı hukuk da olabilir. Yabancı bir hukukun seçimi için, aktin bir yabancılık unsuru taşıması şart değildir. Zira "yabancı bir hukuk seçimi" ile, o hukukî ilişki yabancı unsurlu bir hukukî ilişki haline gelir. Eğer taraflar aralarındaki bir akte yabancı bir hukukun uygulanacağını kararlaştırmışlarsa, yani akitleri için yabancı bir hukuk seçimi yapmışlarsa, bu akit artık "yabancılık unsuru" taşıyan bir akittir[143a]. Yabancılık unsuru taşıyan bir borç ilişkisi Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanununun tatbik alanı içerisine (m. 1 I) gireceğinden, yabancı hukuk seçimi için taraf idareleri dışında başkaca bir yabancılık unsuru aranmasına gerek yoktur.

Ve böylece seçilen hukuk aktin (ehliyet ve şekil meseleleri hariç) bütünü ile tâbi olduğu "yetkili hukuk", yani "akit statüsü" olur.

1. Tarafların hukuk seçimi **"açık"** olmalıdır (m. 24 I). Hukuk seçiminin "açık" olmasıyla ifade edilen, tarafların belirli bir hukuku seçme konusunda iradelerinin mevcut bulunduğunun tereddüde yer vermeyecek şekilde belirlenebilmesidir. Tarafların hukuk seçimi açık değil ise, onların zımnî veya farazî irade beyanlarına dayanılarak bir hukuk seçimi yaptıkları sonucuna varılamaz.

143) MOROĞLU Özellikle Anonim ve Limited Ortaklıklarda Oy Sözleşmeleri 1978, 151; Oy sözleşmelerinde uygulanacak hukukun "açıkça" belirlenmemiş olması halinde uygulanacak hukuk hakkında bkz. MOROĞLU2 1966, 113 vd. İrade muhtariyetinin ancak yorumlayıcı hükümlere uygulanabileceğini söyleyen Yargıtay kararının (Yar. 11.HD., 5.4.1980: YKD 1/1981 57-66) haklı eleştirisi için bkz. MHB 1/1981 33 vd.

143a) Yar. HGK., 6.5.1988 (E. 12-287/K. 325.).

Kanun "açık" kelimesiyle, zımnî irade beyanına dayanılarak da hukuk seçimi yapılamıyacağını söylemiş olmakla beraber; taraflar hukuk seçimi hakkındaki iradelerini açık (sarih) olarak beyan etmemiş olsalar dahi, bir hukuk seçimi yapma iradelerinin mevcut olduğu belirlenebilmekte ise, meselâ belirli bir kanunun hükümlerinin uygulanmasından hareket etmişlerse, onların bu kanun hükümlerinin yer aldığı hukuk nizamını seçmiş oldukları kabul edilmelidir. Zira burada, zımnî irade beyanına dayanıldığı iddia edilebilse dahi, taraf iradelerinin bir hukuk seçimini isteyip kabul ettikleri açıkca anlaşıldığından, Kanunun aradığı anlamda "açık" bir hukuk seçimi vardır.

2. Hukuk seçimi anlaşmasının **meydana gelmesi** ve **hükümleri** lex fori'ye tâbi tutulamaz. Çünkü hukuk seçimi anlaşması yapıldığı anda, hangi hukukun lex fori olarak hukuk seçimi anlaşmasına hâkim olacağı önceden bilinemez. Hukuk seçimi anlaşması da, esas akte uygulanacak hukuka tâbi olur. Hukuk seçimi yoluyla tayin edilen hukuk, prensip olarak hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliği hakkında da uygulanacaktır. Seçilen hukuk Türk hukuku olduğu takdirde, hukuk seçiminin "açık" olması şartı saklı kalmak üzere, hukuk seçimi anlaşmasının meydana gelmesi ve hükümleri hakkında da, akte uygulanacak kanunlar ihtilafı kaidelerine göre (m. 6, 8) tesbit edilecek maddî hukuk kaideleri geçerlilik kazanacaktır. Meselâ hukuk seçimi anlaşmasının şeklen geçerliliği, prensip olarak esas sözleşmeye hâkim olan şekil kaidesinden bağımsız olarak, hiç bir özel şarta bağlı olmaksızın değerlendirilecektir. Böylece, uygulanacak hukuk bir gayrimenkul satışını şeklen geçersiz kabul etse dahi, bu durum, gayrimenkul satım akti için yapılan bir hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliğine etkili olmayacaktır. Bununla beraber, bir hukuk seçimi anlaşmasının şekilsiz olarak yapılması da, pratikte pek rastlanacak bir olay değildir.

3. Her hukuk nizamı, kaide olarak **hukuk seçiminin konusu** yapılabilir. İrade muhtariyeti bir bütün olarak emredici olan veya olmayan tekmil hükümleri aynı şekilde kapsar. Bununla beraber, tüketici akitleri, iş akitleri ve sigorta sözleşmeleri gibi hukuk seçimini sınırlayan bazı akit tiplerinde, objektif bağlanma noktasına göre uygulanması gereken hukukun emredici kaideleri prensip olarak geçerliliğini muhafaza eder. Ayrıca özellikle lex fori'nin müdahaleci normlarının, akit statüsünden bağımsız olarak, uygulanma alanı bulabilmesi de şüphesiz mümkündür.

4. Hukuk seçiminde, prensip olarak seçilen hukukun kanunlar ihtilafı kaideleri değil, fakat sadece **maddî hukuk kaidelerinin** seçilmiş olduğu kabul edilir. Bu prensip, burada taraf iradelerine tanınan bir yetki söz konusu olduğundan, yabancı hukuka atıf halinde kanunlar ihtilafı kaidelerinin de dikkate alınmasını emreden hükme (MÖHUK m. 2 III) aykırı değildir. Diğer yandan, seçilen hukukun maddî hukuk kaidelerinin uygulanmasında, kaidenin gerçek-

ten maddî bir norm olup olmadığı, farklı bir söyleyişle bir kanunun tatbik alanı hakkında tek taraflı bir kanunlar ihtilafı normu olup olmadığı, bizzat o kaidenin mana ve yorumundan elde edilebilecek bir husustur. Yabancı hukuk kaidesi, maddî bir hukuk normu ise uygulanır, kanunlar ihtilafı niteliğine sahip bir norm ise dikkate alınmaz.

5. Türk hukukunda yapılmasını mümkün kılan bir hüküm olmamakla beraber, **kısmî hukuk seçimini** engelleyici geçerli bir sebep de yoktur. Taraflar, yaptıkları sözleşmenin bir kısmını seçtikleri bir hukuka tâbi tutma imkânına sahiptirler. Bununla beraber, tarafların, yaptıkları sözleşmeyi parçalayarak çeşitli hukuklara tâbi tutmaları da pek beklenemez. Türk hukuku, hukuk seçiminin "açık" olmasını aradığından, taraflarca açık bir şekilde kararlaştırılmadıkça, bir hukuk seçiminin yorumu yoluyla kısmî hukuk seçiminin yapıldığı sonucuna varmak mümkün değildir. Diğer bir söyleyişle her hukuk seçimi, taraflarca farklı şekilde kararlaştırılmamışsa, yaptıkları akti (ehliyet ve şekil hariç) bütünüyle seçilen hukuka tâbi tuttukları anlamına gelir.

6. **Hukuk seçiminin yapılma zamanı** konusunda sınırlama yoktur. Taraflar sözleşmelerine uygulanacak hukuku genellikle aktin yapılması sırasında kararlaştırırlar. Bununla beraber, hukuk seçimini sonradan, hatta muhakeme safhasında da yapılabilir. Tarafların, yaptıkları hukuk seçimini sonradan değiştirmeleri, meselâ dava esnasında yeni bir hukuk seçimi yapmaları da mümkündür. Sonradan yapılan veya değiştirilen hukuk seçimi, tarafların arzusuna bağlı olarak, ex nunc veya ex tunc etkili olabilir. Bununla beraber, aksi kararlaştırılmadıkça, tarafların niyetine uygun olarak, hukuk seçiminin aktin inikadı anından itibaren etkili olacağı kabul edilmelidir. Zira, aktin birbirini takip eden iki farklı hukuka tâbi olmasında, tarafların kaideten menfaatleri yoktur. Diğer yandan, akit statüsünün sonradan değişikliğe uğraması gerek aktin şeklen geçerliliği gerekse üçüncü şahısların hakları üzerinde şüphesiz etkili olmayacaktır. Akit şeklen geçersiz ise, sonraki hukuk seçimi ile geçerli hâle gelemiyeceği gibi, geçerli ise geçersiz de olmayacaktır. Yapılan bir akitten üçüncü şahıs lehine doğrudan doğruya bir talep hakkının doğması halinde, üçüncü şahıs için bir müktesep hak söz konusu olur ve onun iştiraki olmaksızın bu müktesep hak kötüleştirilemez; ama iyileştirilebilir. Sonradan seçilen hukuk önceki akit statüsüne nisbetle üçüncü şahsın hukukî durumunu kötüleştirmekte ise, hukuk seçiminin sonuçları kanunlar ihtilafı bakımından esas aktin tarafları arasındaki ilişkiyle sınırlı kalır, tarafların üçüncü şahısla ilişkilerinde önceki akit statüsü geçerli olmaya devam eder.

7. Yetkili mahkeme kaydına veya tahkim şartına bağlanmış olarak yapılan bir **şartlı hukuk seçimi** ("floating" choice of law clause) de geçerlidir. Meselâ taraflar, âkit tarafların ikametgahlarının veya merkezlerinin bulun-

dukları her iki devletin mahkemelerinin yetkili olacağını ve davanın ikame edildiği mahkemenin maddî hukukunun uygulanacağını kararlaştırabilirler. Böyle bir hukuk seçiminde, uygulanacak hukuk, gerçi dava ikame edilinceye kadar belli değildir. Ancak bu durum, tarafların önceden bir hukuk seçimi yapmamaları, bir mahkemede dava açıldıktan sonra uygulanacak hukuk olarak lex fori'yi seçmelerinden farklı değildir. Mahkemede dava açıldıktan sonra uygulanması belirli hâle gelen hukukun, taraflar arasındaki sözleşmenin yapılması anından itibaren sözleşmeye hâkim olup olmayacağı bir yorum meselesi olmakla beraber, tereddüt halinde buna müsbet cevap vermek gerekir. Şüphesiz, böyle bir durumda, sözleşmenin şeklen geçerliliği ve üçüncü şahısların doğmuş bulunan hakları saklı kalacaktır.

8. Aktin yapıldığı anda tarafların kanunlar ihtilafı hukukuna ait bir hukuk seçimi yoluyla elde ettikleri **hukuk nizamının sabitleşeceği** veya sadece kanun ve içtihatlarla gelişmeye açık **"yaşayan"** bir hukuk nizamının tayin edilmiş olacağı hususunda kesin bir sonuca ulaşmak zordur. Devletle özel şahıslar arasında yapılan sözleşmelerde "sabitleşme" tercih edilmelidir; böylece, devletin tek taraflı olarak hukuku değiştirmesi karşısında özel şahıs korunmuş olur. Buna mukabil, özel şahıslar arasındaki akitlerde, seçilen hukukun sabitleştirilmesi, onlara seçmiş oldukları hukuk nizamında emredici niteliğini kaybeden[144] hükümlerden kurtulamamaları veya sonradan kabul edilen emredici hükümlerden kurtulabilmeleri imkanını verir, ki bu tasvip edilemez. Ancak, özel şahısların da, aktin inikadında seçilen hukukta zaman içerisinde meydana gelebilecek değişiklikleri sözleşmeleri için uygulamak istememelerinde haklılık olabilir. Bu, özellikle tüketim akitleri, iş akitleri ve hatta gayrimenkul kira akitleri gibi sosyal içeriği ağırlıklı sözleşmeler için geçerlidir. Genel olarak söylemek gerekirse, tekmil akit nevilerinde, maddî hukukta zaman içerisinde meydana gelen değişikliklerin, bu maddî hukuku seçmiş olan sözleşmelere intikal edeceğinden şüphe etmemek gerekir[145]. Aksi halde, seçilen hukukta sonradan yer alan emredici hükümlerin uygulanmasına bir sınırlama getirilmiş olur.

Bir devletin, kendisine halef olan bir devlet olmaksızın, milletlerarası hukuk alanında varlığının son bulması halinde, sözleşmeleri için bu devletin hukukunu tayin eden bir hukuk seçimi anlaşması da hükümsüz hâle gelir.

144) Bak. Yar. 11. HD., 14.4.1995 (YKD 9/1995 1407 vd.).

145) Ancak seçilen hukuk nizamında, önceden tahmin edilmesi beklenilmeyen revolusionist değişikliklerin dikkate alınmaması **bono fides** prensibine dayanılarak ileri sürülebilmelidir. Diğer yandan, yapılan bir sözleşme, taraflar için hak ve borçlarının tek temel kaynağı olamıyacağı gibi, hukuk nizamına tâbi olmayan bir akitten de söz edilemez. "Genel hukuk prensipleri" veya "lex mercatoria"nın seçiminde de irade muhtariyetindeki sınırlamalar geçerliliğini muhafaza eder; bkz. KROPHOLLER2 83 vd., 401.

cc) Taraflar herhangi bir hukuk seçimi yapmamışlarsa aralarındaki akte uygulanacak hukuku tayin zarureti ortaya çıkar. Kanunî bir düzenlemeye sahip olmayan hukuk sistemlerinde bu konuda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

Milletlerarası doktrinde, zımnî irade beyanlarının da tesbit edilememesi halinde, tarafların **farazî** veya **muhtemel** iradelerinin aranmasını teklif edenler vardır. Ancak aslında burada tarafların gerçek iradeleri değil, aktin mevcut objektif şartları gözönünde tutularak taraflar için en uygun hukuk tayin edilecektir. Böyle bir hukuku tayin yetkisini hâkime bırakmaktansa, doğrudan doğruya objektif ölçülerden hareket etmek daha gerçekçi olur.

Alman hukuku, tarafların sarih veya zımnî iradelerini tesbit imkânının mevcut olmadığı durumlarda, aktin **en sıkı ilişkiye** sahip olduğu devletin hukukuna bağlanmaktadır. Meselâ avukatlığa ait hizmet akti avukatın mesleğini daimî olarak icra ettiği yer hukukuna, iş akitleri işverenin faaliyette bulunduğu yer hukukuna tâbi tutulmaktadır (bkz. EGBGB m. 28).

İfa yerinin bağlanma noktası olarak kullanılması, iki taraflı (karşılıklı) akitlerde, meselâ satım aktinde, eğer taraflar farklı ülkelerde kendilerine düşen ifayı yerine getireceklerse sağlıklı bir çözüm teşkil etmemektedir. Çünkü iki ifa yeri (satıcının malı teslim ettiği yer ve alıcının bedeli ödediği yer) ortaya çıkmaktadır. Bu durumda bu iki ifa yeri hukukundan hangisinin tercih edileceği veya her ikisinin de mi müştereken dikkate alınacağı problemleri yeni görüşlerin ortaya çıkmasına sebep olmaktadır.

Doktrinde ve özellikle **İsviçre** mahkeme tatbikatında, iki taraflı akitlerde meydana gelen iki ifa yeri hukuku mahzurundan kurtulmak maksadıyla, **karakteristik ifa yeri hukukuna** bağlanılması teklif edilmiştir. İki taraflı akitlerde, sadece para tediyesinde bulunanın edimi o aktin karakteristik ifası değildir. Diğer âkit tarafın ifası, meselâ satıcının, avukatın, doktorun veya seyahat şirketinin edimi aktin karakteristik ifasını teşkil eder. Şu halde, meselâ kira aktinde kiraya verenin, istisna aktinde müteahhidin edimi aktin karakteristik ifasıdır.

Karakteristik ifa yeri hukukunun uygulanması, trampa gibi çok istisnaî akitler bir yana, ifa yeri hukukuna bağlanmanın mahzurlarını, yani iki ifa yeri hukukunun ortaya çıkmasını önlemektedir.

Türk hukukunda taraflar bir hukuk seçimi yapmamışlarsa *borcun ifa yeri* objektif bir bağlanma noktası olarak tatbik edilecek hukuku tayin eder[146]. İki taraflı akitlerde olduğu üzere, borç ilişkisinde ifa yeri birden fazla ise, borç ilişkisinin *ağırlığını teşkil eden*, yani onu karakterize eden edimin ifa yeri nazara alınır. Böylece iki taraflı akitlerde, meselâ satım aktinde satıcının[147], kira aktinde kiraya verenin, istisna aktinde eseri meydana getirenin edimi, ari-

146) Yar. HGK., 3.7.1981 (YKD 11/1981 1389-1395). Bkz. AKINCI Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk 1992, 37 vd..

147) TİRYAKİOĞLU Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk 1996, 223.

yette ariyet verenin, karzda ödünç verenin (aynî kredilerde teminat konusu gayrimenkulün bulunduğu yer), acentalık sözleşmesinde acentanın, iş akitlerinde işçinin[148], kefalet aktinde kefilin, garanti sözleşmelerinde garanti verenin, banka akitlerinde ve banka teminat mektuplarında (garanti veren) bankanın[149], nakliye sözleşmelerinde "CMR" gibi genellikle maddi hukuku birleştirmiş milletlerarası anlaşmalar mevcut olmakla birlikte, nakliyecinin taahhüdü akte ağırlığını veren edim olarak tatbik edilecek hukuku tayinde kullanılır. Bu edimlerin ifa yeri hukuku akit hukuku olur. Ve meselâ satıcının, avukatın, doktorun veya seyahat şirketinin edimi, akte ağırlığını koyan edimlerdir. Buna mukabil sadece para tediyesinde bulunan tarafın edimi akte ağırlığını koyan bir edim olarak nazara alınamaz (m. 24 II).

Alım-satım, trampa, bağışlama vaadi, ölünceye kadar bakma akti, mirasta taksim mukavelesi gibi gayrimenkul üzerinde aynî bir hakkın tesisini talep hakkını veren veya kira, hasılat kirası gibi gayrimenkulden yararlanma hakkı veren **gayrimenkule ilişkin akitlerde** gayrimenkulün bulunduğu yer hukuku uygulanır. Ancak bu kural, konusu inşaat olan sözleşmeler için geçerli değildir[150].

> Kefil ile asıl borcun alacaklısı arasında yapılan **kefâlet aktinin** tâbi olacağı hukuk, asıl borcun tâbi olduğu hukuka bağlı olmaksızın **müstakil** olarak akit statüsü kaidelerine göre tâyin edilir. Kefâlet aktine hâkim olan hukuka göre, kefilin taahhüdü **asıl borcun** durumuna bağlı ise, asıl borcun hukukî durumu bir önmesele olarak ele alınır, yani 24 üncü madde hükümlerine göre karara bağlanır.
>
> Kefâlet aktinin tâbi olduğu hukuk özellikle asıl borçlunun **öncelikle takip edilmesi**, asıl borçlunun sahip olduğu **defilerin ileri sürülmesi**, kefilin taahhüdünün **zamanaşımına uğraması** ve taahhüdünü yerine getiren kefilin alacaklının haklarına **halef olması** meseleleri hakkında karar verir.
>
> Birden fazla kefil arasındaki **rücu** meselesi hakkında, eğer tekmil kefiller bakımından aynı hukuk geçerli ise, bu hukuk söz sahibidir. Kefâlet statüleri farklı olduğu takdirde, kefiller arasındaki rücu meselesine, tereddüt halinde talep karşısında kalan kefilin taahhüdünü yerine getireceği yer hukuku karar vere-

148) Bkz. ileride s. 269 vd..

149) SUNGURTEKİN Banka Teminat Mektuplarına İlişkin Uluslararası Unsurlu İhtilâflara Uygulanacak Hukuk Hakkında Bir İnceleme, TBBD 4/1990 563/564.

150) **Başka bir ülkede** inşaat yapımını öngören **inşaat sözleşmelerinde**, borç ilişkisinin ağırlık noktasını inşaatı taahhüt edenin teşkil ettiği söylenebilir; bkz. WIEGAND Das anwendbare materielle Recht bei internationalen Bauvertraegen - Zur internationalprivatrechtlichen Anknüpfung Bauexportvertraegen, Vertragsgestaltung und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau 1984 78; AKINCI Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri 1966, 88 vd. Ayrıca : 1.1.1983 tarihli Yugoslav Devletler Hususî Hukuku Kanunu m. 20 No. 2. Böylece inşaat yeri hukuku yerine, inşaat müteahhidinin hukuku (ikametgâh veya merkez yeri hukuku) borç ilişkisinin ağırlık noktası olarak tercih edilecektir. Bu konuda **Alman** (EGBGB m. 28 II) ve **İsviçre** (IPRG m. 117 III c) hukukları özel düzenlemelere sahiptirler.

bilir. Asıl borçlu karşısında kefilin rücu hakkı, kefiller ile asıl borçlu arasındaki ilişkilere hâkim olan hukuk nizamına tâbi olur.

Trampa gibi, her iki tarafın ediminin de borç ilişkisinde eşit ağırlığa sahip olması halinde, bunlardan birini diğerine tercih için haklı bir sebep kalmamaktadır. Bu durumda, borç ilişkisinin hangi hukuk sistemi ile "daha yakın irtibatlı" olduğu tesbit edilmelidir. Bu borç ilişkisinin en yakın veya daha yakın irtibat halinde bulunduğu hukuk, akte tatbik edilecek hukuk olur (m. 24 II). Meselâ, taraflardan birinin ifa yeri ile aktin inikat mahallinin aynı hukuk alanı içerisinde olması halinde, borç ilişkisi bu hukukla, diğer tarafın ifa yeri hukukuna nazaran daha yakın ilişki içerisindedir.

Borçlar hukukunun genel hükümleri içerisinde düzenlenmiş bulunan bir kaç meselede kısmen müstakil nitelikte bağlanma noktalarının kullanılabileceğine burada işaret etmek gerekir.

Aynı cinsten ve muaccel olmak şartıyla karşılıklı olarak iki alacağı sona erdiren **takas** için milletlerarası doktrinde iki görüş vardır. Biri (Fransa'da hâkim fikir), alacaklardan her birinin takas yoluyla sona ermesini, o alacağa hâkim olan hukuka tâbi tutar. Ve ancak her iki hukuka göre de takasın mümkün olması halinde alacakların sona ereceği kabul edilir. Buna mukabil diğeri (Almanya'da hâkim fikir) esas talebin, yani kendisine karşı takas dermeyan edilen alacağın tâbi olduğu hukuku nazara alır.

Alacağın temlikinde temlik edilen alacağın tâbi olduğu hukuk genellikle temlik statüsü olarak da kabul edilmektedir. Temlikin "sebepli" veya "sebepten soyut" olup olmadığı da aynî statüye tâbidir. **Kanunî temlikte** (cessio legis) fikir birliği yoktur. Bazıları aslî alacaklı ile kanunî temlik alacaklısı arasındaki hukukî münasebetin tâbi olduğu hukuk nizamını tatbik etmek isterken, diğerleri yalnızca veya ilâve olarak alacak statüsüne veya diğer bir hukuk nizamına bağlanmak istemektedirler. Alman hukukunda alacağın temliki kanunî bir düzenleme konusu olmuştur (EGBGB m. 33).

Borcun nakli taahhüt edilen borç için uygulanan hukuka tâbidir. Bu hukuk borç naklinin "sebepli" veya "soyut" olup olmadığı hakkında da karar verir.

dd) Devletler hukukunun izin verdiği ölçüde, her devlet belirli hukuk normlarının milletlerarası alanda da uygulanması mecburiyetini getirme serbestisine sahiptir. Bu gibi, genellikle sosyal ve ekonomik görevler verilerek, kamu menfaati ağırlıklı hâle getirilen hukuk normlarına "müdahaleci normlar" adı verilmektedir. Bu normlar, akit statüsünden bağımsız olarak uygulanma alanına girmektedir. Burada, akit statüsünün tarafların iradesiyle seçilmiş veya objektif bağlanma yoluyla tayin edilmiş olmasının önemi yoktur.

Türk hukukunda, diğer bazı hukuklardan (meselâ Alman hukukunda EGBGB m. 34; İsviçre hukukunda IRRG m. 18, m. 19) farklı olarak, "müdahaleci" normlara ilişkin kanunî bir düzenleme mevcut değildir. Bu sebeple

hangi hükümlerin "müdahaleci norm" olduğu, yani akit statüsünden bağımsız olarak uygulanması gereken bir emredicilik vasfına sahip olduğu, bizzat ilgili hükmün gayesinden hareketle tesbit edilebilecektir. Burada ölçü, hükmün, sadece tarafların menfaatine hizmet eden bir nitelikte olmaması, daha ziyade ağırlıklı olarak veya en azından kendisini kuvvetle hissettiren bir kamu menfaatine hizmet maksadı taşımasıdır. Kamu düzeninin müdahalesinde olduğu gibi, müdahaleci normların da akit statüsü ile birlikte uygulanabilmesinde, ülkeyle belirli bir ilişkinin bulunması gerekir. Şüphesiz, böyle bir ilişkinin bulunup bulunmaması, normun "müdahaleci norm" olma vasfına etkili değildir.

Yabancı hukuka ait müdahaleci normların durumu, ülkenin müdahaleci normlarından farklıdır. Yabancı müdahaleci normların uygulanma mecburiyetinden söz edilemez. Yabancı müdahaleci normlar, akit statüsü içerisinde (lex causae olarak) ve ancak lex fori'nin kamu düzenini ihlâl etmediği sürece uygulanma imkânına sahiptirler. Diğer bir söyleyişle, yabancı bir hukuk, tarafların seçimi veya objektif bağlanma yoluyla akit statüsü olarak tesbit edildiğinde, bu akit statüsünde bulunan müdahaleci normlar, Türk kamu düzenini ihlâl etmediği takdirde akit statüsü hükümleri olarak uygulanabilir. Zira, Türk hukuku açısından, kanunlar ihtilafı kaidelerine göre uygulanması gerekli yabancı hukukun maddî hukuk kaideleriyle, bu kaideler arasında bulunan ve yabancı hukuk tarafından verilmiş bulunan müdahaleci norm vasfına sahip maddî hukuk kaideleri arasında bir fark yoktur. Her iki tip hukuk kaidesinin uygulanmasında da, sadece Türk kamu düzeninin engelleyici rolü vardır. Bu konuda da kanunî bir düzenlemeye (İsviçre hukukunda IPRG m. 19) sahip olmayan Türk hukukunda yabancı müdahaleci normun uygulanabilmesine ilişkin hukukî durum bundan ibarettir.

Müdahaleci normlar, çeşitli hukuk alanlarında bulunabilmekle beraber, genellikle **dış ticaret hukukunda** ve **kartel hukukunda** yer almaktadır. Ayrıca özellikle **tüketici hukukunda** tüketicinin ve **iş hukukunda** işçinin korunmasına ilişkin kanunî düzenlemelerde müdahaleci normlar fazlasıyla görülmektedir. Ve nihayet Türk hukukunda, 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunun hükümlerinin uygulanmasında görüldüğü üzere, **kira hukukunun** belirli konularında da müdahaleci norm niteliğinde düzenlemeler bulunmaktadır.

Türk hukukunda konusu itibariyle bir sözleşmenin yapılmasının Bakanlar Kurulu'nun veya bir kamu kuruluşunun iznine (kararına) bağlandığı durumlarda, yabancılık unsuru taşıyan bir özel hukuk sözleşmesi de söz konusu olsa, iznin (kararın) bulunmaması sözleşmenin geçersizliğine sebep olur[151].

151) Yar. 11. HD., 31.1.1995 (E.94/8650-K.95/679).

c) Özel hukuka ait hizmet ilişkilerini ifade eden *iş akitleri* de tek bir hukuk nizamına, yani "iş akti statüsüne" tâbi olur. Bu statü prensip olarak iş aktinin meydana gelmesine, muhtevasına, hükümlerine (özellikle tarafların hak ve borçlarına ve bunların ihlâli sonuçlarına), tadiline ve sona ermesine ilişkin (ticarî işletmenin devrinde iş aktinin yeni işletme sahibi ile devam edip etmiyeceği konusu da dahil)[152] tekmil özel hukuka ait meselelerine hâkimdir. İş akti statüsü, gerek özel hukukta gerekse iş hukuku alanında yer alan tekmil maddî hukuk hükümlerini ihtiva eder. Bu *maddî hukuk hükümlerine*, genel maddî normlar olarak uygulanması gereken toplu (kollektif) iş sözleşmelerinin hükümleri de dahildir.

aa) Türk kanunlar ihtilafı hukukunda iş akitleri, özel bir düzenleme konusu yapılmamıştır. Sözleşmeden doğan borç ilişkilerine ait genel hüküm (m. 24) iş akitleri için de geçerlidir.

> İş akitlerinde öncelikle, tarafların, yani işçi ile işverenin seçmiş oldukları hukuk ("iş akti statüsü") uygulanır. İş aktine uygulanacak hukukun taraflarca **açık olarak,** yani, tereddüde yer vermeyecek şekilde tayin edilmiş olması gerekir[153].

Diğer yandan, iş hukuku alanında, kamu menfaati gereği özel hukuk ilişkilerine hâkim olan, kamu hukukuna ait emredici nitelikteki sevk ve yönetim tedbirleri özel bir ağırlığa sahiptir. İş akitlerinin düzenlenmesinde etkisini en üst derecede gösteren ekonomik ve sosyal düşünceler, sosyal hukuk devletlerinde, ücret politikasına, çalışma düzenine, sağlık şartlarına, hizmet ilişkisinin sona ermesine ilişkin alanlara etkili olan hükümlerin fevkalade çoğalmasına sebep olmuştur. Böylece, iş akti statüsü, yani iş aktine uygulanan hukuk farklı olsa dahi, iş akti *işçinin çalıştığı* yer hukukunun ("iş yeri hukuku") sözü geçen nitelikteki hükümlerinin hâkimiyeti altına girmiştir[154]. İş hukukuna ait kanunların hem özel hukuk hem de kamu hukuku alanında düzenlenmesi de bu sonucun meydana gelmesinde yardımcı olmuştur.

---

152) Alman hukukunda: BAG, 29.10.1992 (IPRax 2/1994 123).

153) Birleşmiş Milletler Teşkilatı (UNO), Birleşmiş Milletler Kalkınma Teşkilatı (UNIDO), Milletlerarası Çalışma Teşkilatı (ILO), Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (OECD), Milletlerarası Atom Enerjisi Teşkilatları, NATO, Avrupa Konseyi ve Avrupa Ekonomik Topluluğu gibi **milletlerarası teşkilatlar**, kendi alanlarında hizmet ilişkilerini kaideten bizzat yaptıkları statülerle düzenlemektedirler. Bu statüler milletlerarası hukuk alanında, kanunlar ihtilafına ait düzenlemeleri teşkil etmektedir.

154) Kanunlar ihtilafı hukuku da, taraf menfaati yanında en geniş ölçüde kendisini kabul ettiren kamu menfaatini de dikkate almak suretiyle, iş akitleri için özel düzenlemeler getirmek mecburiyetinde kalmıştır (meselâ Avusturya IPRG § 44, Alman IPRG m. 30; İsviçre IPRG m. 121). Bu düzenlemelerde, genel prensip olarak tarafların iradelerine öncelik verilmekle beraber, işçiyi koruma maksadıyla konulmuş olan tekmil hükümlerin (bkz. LÜDERITZ IPR 133 vd.) **mutad iş yeri** hukukundan istifade ile temin edileceği kabul edilmiştir.

İşçinin **iş yerinin Türkiye**'de bulunması halinde, taraflarca seçilen hukuk yabancı bir devlet hukuku olsa dahi, Türk iş hukukunun işçiyi korumaya yönelik **emredici** hükümleri uygulanmak mecburiyetindedir. Ancak Türk iş hukukunun işçiyi korumaya yönelik emredici hükümleri, asgari sınırı teşkil ettiğinden işçiyi Türk hukukuna nazaran daha iyi koruyan yabancı hukukun (iş akti statüsü) hükümleri Türkiye'de de geçerli olur. Şu halde, taraflarca seçilen yabancı hukukun hükümleri, işçinin **aleyhine** olarak, Türk iş hukukunun emredici hükümlerinden farklı olduğu ölçüde uygulanamaz. Bunların yerine Türk iş hukukunun, işçinin lehine olan emredici hükümleri tatbik edilir[155]. İşçinin lehine olan hüküm, kaideten, sadece münferit hükümlerin mukayesesi ile tesbit edilir.

İş hukukundaki işçiyi korumaya yönelik emredici hükümlerin arkasında yer alan **kamu menfaati**, tarafların kendi iradeleriyle bu hükümlerin etkisinden kurtulabilmelerini engelleyecek derecede güçlüdür. Bu bakımdan, iş yerinde yürürlükte olan emredici hükümler, bunlar mahkeme devletinde bulunsun veya bulunmasın, genellikle dikkate alınır[156]. Bu düşünceden hareketle, **iş yerinin yabancı bir ülkede** bulunması ihtimalinde, taraflarca seçilen hukuk Türk hukuku dahi olsa, iş yerinin emredici hükümlerinin Türk mahkemesince de dikkate alınması mümkündür, yeter ki bu hükümler Türk hukukundaki hükümlere nazaran işçinin lehinde olsunlar.

bb) Taraflarca seçilmiş bir hukuk yok ise, iş akitleri "borcun ifa yeri" hukukuna tâbi olur. Borcun ifa yeri, iş akitlerinde işçinin borcunu yerine getirdiği yer, yani iş yeridir. İş yerinden maksat, işçinin işini "mutad" olarak yaptığı yerdir. Şu halde, Türk kanunlar ihtilafı hukukunda, taraflarca hukuk seçimi yapılmadığı takdirde, iş aktine *mutad iş yeri hukuku* uygulanır[157].

İş akitlerinde, işveren için yapılacak hizmetin (işin) ağırlık merkezinin bulunduğu yer, **mutad** iş yeridir. Hizmetin bir bütün halinde belirli bir ülkede yerine getirilmesi gereği, o ülkeyi "mutad iş yeri" yapar. Neresinin mutad iş yeri olacağını tarafların iradesi belirler. Bu konuda tarafların iradesi tesbit edilemiyor ise, yerine getirilecek hizmetin niteliği ve özelliği, onun ağırlık merkezini tayin eder. Bu itibarla, mutad iş yerinin belirlenmesinde fiilî iş yeri rol oynamaz. Diğer bir ülkede yapılan iş seyahatleri, montaj faaliyeti, fuar ve sergilerde hizmet ifası gibi aynı işveren için yerine getirilen geçici nitelikteki kısa süreli hizmetler, hizmetin ağırlık merkezini, dolayısıyla mutad işyerini değiştirmez. Bu gibi hizmetler mutad iş yerinin "yayılması" olarak görülür[158]. Buna mukabil, sadece fuar ve sergi gibi belirli bir yerde kullanılan geçici nitelikteki mahallî iş-

155) Bkz. Yar. 9. HD., 6.7.1992 (YKD 2/1993 208-209); TUNCAY Devletler Hususî Hukukunda Hizmet İlişkisine Uygulanacak Kanun: Onar Armağanı 1977, 904.

156) Bkz. REITHMANN (-MARTINY) Internationales Vertragsrecht3. 1980, 448 vd.; özellikle İsviçre IPRG m. 19. Kamu düzeninin her somut olayda zayıf tarafı (işçiyi) koruyacağı hakkında: DOĞAN Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Akit Tarafın Korunması: MHB 1-2/1995 35.

157) Bkz. Yar. HGK., 7.6.1989 (YKD 2/1990 176 vd.). Aynı görüş için bkz. EKŞİ Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk: K.Tunçomağ'a Armağan 1977, 26; DOĞAN İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tesbiti 1996, 89.

158) STAUDINGER (-FIRSCHING) Kommentar zum EGBGB10/11 RdZ vor Art 12; REITHMANN (-MARTINY) Internationales Vertragsrecht 3. 1980, 441.

çiler için, mutad iş yeri, işin fiilen yerine getirildiği bu fuar veya sergi mahallidir, mutad işyerinin yayılması söz konusu değildir.

Mutad iş yeri, işçinin işveren tarafından uzun bir süre için dahi olsa diğer bir devlete **gönderilmesi** halinde de değişikliğe uğramaz. Ancak "gönderme", gönderilmeden önce hizmet ilişkisinin hareket noktasının bulunduğu bir ülkenin, yani bir mutad iş yerinin mevcudiyetini şart kılar. Tarafların bu mutad iş yerini muhafaza niyetlerinin de bulunması gerekir. Ancak mutad iş yerinde, fiilen hizmet ifası aranmakla beraber, zarurî değildir. İşveren işçiyi geriye alma niyetini veya işçi geriye dönme niyetini kaybederse, gönderilen işçinin fiilî iş yeri, genellikle mutad iş yeri haline gelir[159].

Mutad iş yerinin "yayılması" halinde ve işçinin "gönderilmesi" olayında, önemli olan, mutad iş yerinin emredici hükümlerinin yayılma veya gönderilme yerinde de geçerli olup olamıyacağıdır. Bu konuda, emredici hükmün kendisini mutad iş işyeri ile sınırlamayı isteyip istemediğini tesbit etmek gerekir.

İşçi, meselâ opera şarkıcısı veya gazeteci, aynı zamanda birden çok işverene sahip bulunuyor ise, mutad iş yeri her hizmet ilişkisi için ayrı olarak tayin edilir.

cc) Hizmetin yerine getirilmesinde, belirli bir ülkede "mutad iş yeri" olabilecek şekilde bir ağırlık merkezi mevcut olmayabilir. Hizmetin, meselâ aynı yoğunlukta birden çok devlette yerine getirilmesi veya açık denizlerde, uzayda olduğu üzere devletsiz bölgelerde icra edilmesi halinde, "mutad iş yeri" bağlantısı ortadan kalkar. Bu gibi hizmet şekillerinde, Türk kanunlar ihtilafı kaidesine göre, iş aktinin "en yakın irtibat halinde bulunduğu yer hukuku" uygulanmalıdır. Hizmetin bütünü dikkate alındığında, eğer iş aktinin belirli bir ülke ile daha sıkı ilişkiye sahip olduğu ortaya çıkarsa, bu ülke hukuku hizmet ilişkisine hâkim olur. Ülkelerden hiç birisi ile daha sıkı bir ilişki tesbit edilemiyor ise, *işverenin ikametgâhının (veya merkezinin)* bulunduğu yer hizmet ilişkisi ile en yakın irtibat halinde bulunan yer olarak kabul etmek zarureti vardır.

Mutad iş yerinin tesbit edilememesi sebebiyle ortaya çıkan bu, "işverenin ikametgâhının (veya merkezinin) bulunduğu yer hukuku", özellikle dans ve sirk toplulukları, buz revüleri gibi milletlerarası turne toplulukları, devamlı olarak sınırları aşan uzak yol sürücüleri, demir yolu, hava yolu ve deniz yolu personeli veya deniz kazalarında, petrol yangınlarında olduğu gibi milletlerarası yardımlaşmayı gerektiren felaketlerde kullanılan personel için geçerli olacaktır. İşverenin ikametgâhına (veya merkezine) bağlanma, işverenin ikametgâhının (veya merkezinin) bulunmasına bağlıdır. Bir merkeze bağlı olmaksızın çalışan sirk ve buz revülerinde bazen görüldüğü üzere, işverenin ikametgâhının (veya merkezinin) bulunmaması halinde, her münferit hizmet ilişkisi için en yakın irtibat halinde bulunduğu yer hukuku dikkate alınabilecektir.

159) SCHWIMANN Grundriss des IPR 1982 139.

dd) İş aktinden ne anlaşılması lazım geldiği, bir vasıflandırma meselesi olarak, Türk hukukuna (lex fori) göre tesbit edilir. Genel olarak ifade edilmek istenirse: özel hukuka ait iş aktinden maksat, taraflardan birinin (işçi), diğer tarafa (işveren), şahsî bağlılık içerisinde, ücret karşılığı şahsen bir hizmet (iş) ifa etmesidir. İşçi kendi edimini serbest olarak tayin edemiyor ve fakat prensip olarak her hangi bir sınırlama olmaksızın işverenin talimat ve kontrolüne tâbi bulunuyor ise, şahsî bağlılık mevcuttur.

ee) İş akti statüsü, hizmet ilişkisi devam ederken, değişikliğe uğrar ise, aktin inikadı dahil, hizmet ilişkisinin daha önce tamamlanmış kısımları değişiklikten önce yürürlükte olan statüye, devam etmekte olan hizmet ilişkisi, hizmet ilişkisinin sona ermesi dahil, bütünü ile değişiklikten sonra yeni iş akti statüsüne tâbi olur. Ancak bu durumda izin süreleri, ücret ve iş hacmi bakımından halli güçlük gösteren intibak meseleleri ortaya çıkabilir.

d) İş akitlerinde olduğu gibi, Türk kanunlar ihtilafı hukukunda **"tüketici akitleri"** için de özel bir düzenleme mevcut değildir. Bununla beraber, akitlerin tâbi olduğu kanunlar ihtilafı kuralları (m. 24), niteliklerinin özelliği sebebiyle, tüketici akitlerine sınırlı ölçüde uygulanabilirler. Genel ekonomik düzen ve kamu düzeni ile yakın ilişkisi sebebiyle, tüketicinin mutad olarak bulunduğu yerdeki tüketiciyi korumaya ilişkin hükümlerin tüketici akitlerine hâkim olacağı genel bir uygulama şekli olarak ortaya çıkmaktadır (meselâ Alman IPRG m. 29; İsviçre IPRG m. 120)[160]. Diğer taraftan, tüketicinin mutaden bulunduğu yerdeki tüketicinin korunmasına ilişkin emredici hükümlerin hukuk seçimi yoluyla bertaraf edilememesi de, bu konudaki hükümlerin niteliğinden ileri gelen bir sonuçtur. Tüketiciyi koruma maksadıyla konulmuş hükümlerin, Türk hukukunda "ekonominin gereklerine ve kamu yararına" olduğu açıkça belirtilmiştir (4077 s. Tüketicinin Korunması Hakkında K. m. 1). Tüketicinin korunmasını temel alan bu anlayışın kanunlar ihtilafı alanındaki anlamı, tüketicinin korunmasıyla ilgili hükümlerin korumada asgari sınırı teşkil edeceğidir. Bu bakımdan, tüketicinin mutaden bulunduğu yerin Türkiye olması halinde, Türk hukukunun tüketiciyi koruma maksadıyla konulmuş olan emredici nitelikteki maddî hukuk hükümlerinin getirmiş olduğu koruma asgari sınırı teşkil eder. Bu sınırın üstünde hüküm ifade etmek üzere, kuruluşu veya hükümleri itibariyle yurt sınırları dışına taşan tüketici akitlerinde tarafların hukuk seçimi yoluyla yabancı bir hukuka tâbi olmalarını engelleyecek bir düşünce mevcut değildir.

160) Aynı anlayış, 19.6.1980 tarihli **"Akdî Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki AET-Roma Sözleşmesi"** hükümlerinde (m.5) de yer almıştır; Bkz. ATAMER,Y. Devletler Özel Hukukunda Tüketicinin Korunması: İHFM 1-2/95-96 426 vd.

e) 15.6.1955 tarihli Menkul Şeylerin Milletlerarası Satışına Uygulanacak Hukuka Dair La Haye Sözleşmesi, "loi uniforme" olarak getirmiş olduğu düzenlemede, irade muhtariyeti prensibini kabul etmiştir. Şöyle ki, ilk merhalede tarafların sarih olarak veya tereddütsüz kabul edilebilecek zımnî beyanları ile seçtikleri hukuk uygulanır (m. 2). Bu seçilen hukuk bizzat aktin geçerliliği hakkında da karar verir. Taraflarca bu şekilde bir hukuk seçimi yapılmamışsa, satım akti siparişin satıcıya vâsıl olduğu andaki satıcının mutad meskeninin veya mutaden oturmakta olduğu yerin hukukuna tâbi olur (m. 3 I). Sipariş satıcıya, satıcının veya onun acentasının veya seyyar temsilcisinin alıcının mutad meskeninin veya mutaden oturmakta olduğu yerin bulunduğu ülkede iken ulaşmışsa, bu hukuk uygulanır (m. 3 II). Borsa veya müzayede satışlarında borsa veya müzayede yeri hukuku geçerlilik kazanır (m. 3 III).

15.6.1955 tarihli Sözleşmenin beklenen başarıyı gösterememesi sebebiyle, aynı konuyu düzenleyen ve henüz yürürlüğe girmemiş bulunan 22.12.1986 tarihli "Menkul Malların Milletlerarası Satışına Uygulanacak Hukuk Hakkında" yeni bir La Haye Sözleşmesi[160a] hazırlandı.

11 Nisan 1980 tarihli Milletlerarası Mal Satışlarına İlişkin Akitler Hakkındaki Viyana BM-Sözleşmesi, milletlerarası mal satışlarında maddî hukukun birleştirilmesi maksadıyla yapılmıştır. Esas itibariyle, farklı ülkelerde ikamet eden taraflar arasındaki akitlere uygulanan bu Sözleşme (m. 1), Sözleşmenin, milletlerarası ticaretin milletlerarası karakteri ve müşterek bir uygulanma gerekliliği dikkate alınarak yorumlanacağı kaidesini (m. 7) getirmiştir.

f) Genel olarak, bankanın, alıcının talimatı üzerine, belirlenen şartların gerçekleşmesi üzerine, satıcıya belirli bir miktar para ödemeyi taahhüt etmesi şeklinde, tarif edilebilen akreditif ilişkisi karmaşık bir yapıya sahiptir. Bu sebeple akreditif ilişkisi için tek bir hukuka bağlanmak mümkün değildir. Mevcut taraflar (akreditif amiri, akreditif bankası, muhabir banka, akreditif alacaklısı) arasındaki ilişkiler uygulanacak hukuk bakımından ayrı ayrı değerlendirilebilir. Bununla beraber, Milletlerarası Ticaret Odası tarafından hazırlanmış olan "Dökümanlı-Akreditife İlişkin Yeknesak Direktif ve Teamüller", hemen hemen tekmil bankalarca genel işlem şartları olarak kabul edildiğinden, uygulanacak hukuk, genellikle bir problem olarak ortaya çıkmamaktadır. Diğer yandan, uygulanacak hukuk, Türk hukukunda, 24 üncü madde çerçevesinde tayin edileceğine göre, taraflarca bir hukuk seçimi yapılmamış ise, borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yeri hukuku, uygulanacak hukuk olacaktır. Bu da, banka ile olan ilişkilerde, bankanın edimini yerine getirdiği yer hukuku (bankanın ikametgahı hukuku) olmaktadır[161].

2. Haksız Fiiller

Akit dışı borç ilişkilerinin pratik yönü itibariyle en önemlisini haksız fiil sorumluluğu teşkil eder. Haksız fiil sorumluluğu aynı zamanda çok çeşitlilik gösterir,

160*) Bkz. TİRYAKİOĞLU Menkul Mallar 123 vd.

161) Bkz. TEKİNALP 304; ÖZEL Akreditif ve Hukukî Niteliği 1991 74 vd..

dolayısıyla çok ihtilaflı bir konudur. Burada, özellikle Amerika Birleşik Devletlerindeki kanunlar ihtilafı hukukunun haksız fiiller alanındaki dramatik gelişmesi ve Avrupada haksız fiil statüsünün devamlı yumuşatılarak uygulanması zikredilmelidir.

a) *Haksız fiillerden doğan borçlara* hangi hukukun tatbik edileceği meselesinde genellikle kabul edilen çözüm şudur: *Haksız fiil yeri hukuku ("lex loci delicti commissi")*, yani haksız fiilin ika yeri (meydana geldiği yer) hukuku. Türk hukuku da aynı çözümü kabul etmiştir (m. 25 I : "haksız fiilin işlendiği yer" hukuku).

Türk hukukunda, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun, haksız fiillerdeki "haksız fiilin işlendiği yer hukuku" prensibini, haksız fiilin özel bir türü olan haksız rekabet alanında "piyasanın etkilendiği yer" şeklinde belirlemiştir (m.2)[162].

Haksız fiil yeri hukukunun tatbiki uygulamada, **Fransız** hukukunda olduğu gibi, ekseriya kamu düzeni ile geniş bir sınırlandırılmaya uğrar. Ayrıca bazı hukuklarda kamu düzeninin özel müdahaleleri de düzenlenmiştir. Meselâ **Alman** hukukunda, uygun bir tazminat miktarını aşan veya aşikâr şekilde tazmin dışı maksatlara hizmet eden yabancı haksız fiil hukukuna ait talepler ileri sürülemez (EGBGB m.40 III).

b) Prensip, haksız fiilin işlendiği yer hukukunun tatbiki olmakla beraber, *haksız fiilin işlendiği yerden* neresinin anlaşılacağı tereddüt konusu olabilir. Farklı bir anlatımla; haksız fiilin işlendiği yer olarak, *"fiil (eylem) yeri"* mi, yoksa *"neticenin (zararın) doğduğu yer"* mi kabul edilecektir? Daha açık bir söyleyişle, haksız fiilin işlendiği yer, haksız fiili meydana getiren kurşunun namludan çıktığı veya mektubun postaya verildiği veya otomobilin kontroldan çıktığı yer midir (fiil yeri, eylem yeri), yoksa kurşunun isabet ettiği veya gönderilen mektubun okunduğu veya kontrolden çıkan otomobilin sebep olduğu trafik kazasının olduğu yer (netice yeri, zararın doğum yeri) midir?

Bazı hukuklar haksız fiil yeri olarak, zarara sebep olan fiilin yapıldığı yeri (Avusturya IRPG § 48 I 1 <Handlungsort>, diğerleri zarar yerini (İsviçre IPRG m. 133 II 2 <Erfolgsort>) tercih etmiştir. Almanya'da fiil yeri ile zarar yeri arasında seçim yapma hakkı zarara uğrayana bırakılmıştır. (EGBGB m. 40 I).

Maddî hukukda fiil yeri ile neticenin, yani zararın doğduğu yer ayırımı önem taşımaz. Ancak kanunlar ihtilafı hukuku bakımından ya birini tercih etmek ya da her ikisini bir arada nazara almak zarureti vardır.

Misaller: West Virginia'da bir yol inşaatında bir infilak meydana gelmiştir. Bu infilakta Ohio'da bulunan bir mağaza hasara uğramıştır. Hasarın meydana geldiği yer, yani Ohio hukuku uygulandı.

162) Tek taraflı olan bu bağlama kuralının, getireceği faydalar belirtilerek, iki taraflı bir kural olarak uygulanması teklifi hakkında: TİRYAKİOĞLU Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı 1997, 150 vd., 154.

Auckland (Quebec)'de bir lokomotif bir tahta köprünün yanmasına sebep olmuştur. Lokomotif, Auckland'dan hareketle New Hampshire'de Pittsburg'a gitmekteydi. Köprünün Kanada tarafında hasara uğrayan kısmına Quebec hukuku, Amerika tarafında hasara uğrayan kısmına New Hampshire hukuku zararın meydana geldiği yer hukuku olarak tatbik edildi.

Fransa'da Sarre nehri kenarında bulunan bir elektrik fabrikasından çıkan is ve kurum nehrin Almanya'ya ait diğer tarafındaki açık hava lokantalarına zarar vermiştir. Fransız hukuku, zarara uğruyan için daha müsait olması sebebiyle uygulandı.

Fiil yeri ile zararın meydana geldiği yer farklı devletlerde bulunuyor ise, **Amerikan mahkemeleri** mal varlığında eksikliğin meydana geldiği yer olarak ("last event rule") zarar yeri hukukunu tercih etmektedir. Aynı davranışa **Fransız hukukunda da** rastlanmaktadır. Buna mukabil **Alman** hukuku fiil yeri ile zarar yeri arasındaki tercih hakkını zarar görene bırakmıştır (EGBGB m. 40 I).

aa) *Türk hukuku* zararın meydana geldiği yeri tercih etmiştir. Haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması halinde, zararın meydana geldiği yer hukuku uygulanır (m. 25 II).

Zararın meydana geldiği yer, zararın meydana geldiği anda hakkın konusu olan varlığın "bulunduğu" mahaldir (place of injury, Verletzungsort=Erfolgsort). Zararı doğuran kurşunun isabet ettiği, gönderilen mektubun okunduğu, otomobilin kontrolden çıkması sebebiyle trafik kazasının meydana geldiği mahal zararın meydana geldiği yerlere misal teşkil eder. İster kusur sorumluluğu isterse tehlike sorumluluğu söz konusu olsun, zararın meydana geldiği yer özel hukuk açısından bağlanma noktası olarak ele alınmaktadır. Sorumluluğun belirleyicisi, hukukî değer taşıyan bir varlığın zarara uğramasıdır. Şüphesiz zarar yeri, hem zarar veren hem de zarara uğrayan bakımından tesadüfî bir mahal olabilir. Fakat, tarafların şahsî hukukları yerine, tarafsız ve objektif bir bağlanma noktası olarak zararın meydana geldiği yerin kullanılması tarafların da yararına kabul edilmelidir.

Bununla beraber, milletlerarası alanda yayın yapan **medya** (basın, radyo, televizyon) yoluyla şahsiyet haklarının ihlâlinde olduğu üzere, bir çok ülkede gerçekleşen haksız fiillerde, zarar yerine bağlanmadan vazgeçilerek, fiil yerine bağlanma tercih edilmelidir. Bu tip haksız fiil olaylarında, fiil yeri hukukunun uygulanması, meydana gelen tekmil zararlar hakkında tek bir hukuka göre karar verilmesi gibi bir kolaylığı beraberinde getirir.Elektronik Posta (e-mail) dışında, **Internet** aracılığı ile yapılan haksız fiillerde de aynı şekilde fiil yeri, yani haksız fiil failinin bilgisayarı (kompüteri) kullandığı yer hukuku geçerli olacaktır. Böyece, aynı zamanda, haksız fiil failinin şahsına ilişkin bir bağlanma noktası[162a] tercih edilmektedir.

162a) Bkz. MANKOWSKI Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht 292.

bb) Haksız fiil statüsünün uygulama alanı, ister kusur isterse tehlike sorumluluğu söz konusu olsun, sorumluluğun şartlarını ve neticelerini kapsar. Hakkın konusu olan varlığın kapsamı, hukuka aykırılık, illiyet ve kusur yanında, haksız fiil ehliyeti ve üçüncü şahısların fiilinden sorumluluk da haksız fiil sorumluluğu şartlarından sayılır. Sorumluluğun neticelerine ise, her şeyden önce, zararın tazmin türü, nev'i, miktarı ve kapsamı dahildir.

Zararın tazmininin sınırının çizilmesinde, kamu düzeninin rolü önemlidir. Cezaî nitelikte olmak üzere, gerçek zarar miktarının çok fazlasının ödenmesine imkân veren yabancı bir hukuk kaidesi (Amerikan hukukunda: punitive and treble damages) kamu düzeni müdahalesiyle karşılaşabilir[163].

Farklı ülkelerin bayraklarını taşıyan gemiler arasındaki **açık denizde** meydana gelen **çatmalarda**, zarara uğrayan geminin bayrak hukukunun, her iki geminin de zarara uğraması halinde her iki bayrak hukukunun birlikte uygulanması düşünülebilir. Bu çözüm, haksız fiillerde zararın meydana geldiği yer hukukunu tercih eden Kanunumuzun düzenlemesine de uygun düşmektedir.

Hava yolu ile yapılan **taşımalarda**, yolcu karşısında taşıyıcının sorumluluğu konusu, öncelikle, Türkiye'nin de taraf olduğu[164] 12.10.1929 tarihli "Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi hakkındaki Sözleşme" (Varşova Sözleşmesi) ile düzenlenmiştir (m. 17-30)[165]. Sözleşme, muhtemelen haksız fiilden doğabilecek daha kapsamlı talepleri bertaraf etmiştir (m. 24 I).

Deniz veya hava gemilerinin sebep olduğu petrol kirliliği, gürültü rahatsızlığı gibi, genel bir ifadeyle çevre kirliliği meydana getiren fiiller de, milletlerarası bir sözleşme olmadığı sürece, fiil yeri hukukuna göre tazmin edilirler.

c) Haksız fiillerde, fiil yeri hukukuna bağlanma kaidesinin yumuşatılması ihtiyacı, özellikle fiil yerinin tesadüfî olduğu durumlarda ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple, haksız fiil yerinin, farklı bir bağlanma sistemiyle bertaraf edilmesine çalışılmaktadır. Bir haksız fiil olayına birden çok kişinin iştiraki halinde uygulanacak hukukun her biri için ayrı ayrı tayin edilmesi (meselâ, İsviçre hukukunda: IPRG m. 140) ihtiyacı da, bu duruma haklılık kazandırmıştır. Haksız fiil yeri kuralının yumuşatılarak uygulanmasına ilişkin olarak kul-

163) **İsviçre** hukukunda özel bir kamu düzeni kaidesi, İsviçre'de üretim ve haksız rekabet sorumluluğundan doğan taleplerin, İsviçre hukukunda kabul edilenlerden daha geniş olamayacağını açıkça ifade etmiştir (IPRG m. 135 II, 137 II).**Alman** hukukunda aşikâr şekilde tazmin dışı maksatlara hizmet eden taleplerin ileri sürülemeyeceğini ifade eden hüküm (EGBGB m.40 II), gerçek zarar miktarından daha fazlasının ödenmesine imkân veren *punitive damages* gibi yabancı hukuk kurallarının uygulanmasını engelleyici niteliktedir.

164) RG. 3 Aralık 1977 - 16128; 21 Nisan 1993-21559 (Değişiklik Protokolü).

165) Yar. 11. HD., 26.10.1995 (YHD 1/1996 145/146); Ve geniş bilgi için bkz. ÜLGEN Hava Taşıma Sözleşmesi 1987, 152 vd.; ŞANLI Uluslararası Sivil Havacılık Davalarında Mahkemelerin Yargı Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk 1992, 52 vd..

lanılan veya teklif edilen bağlanma noktaları, bugün için fiil yeri yanında, sadece **yardımcı** nitelikte öneme sahiptirler. Diğer bir bağlanma noktası ile daha sıkı veya nitelikli bir bağlantı bulunmadıkça, haksız fiillerde tek söz sahibi hukuk olarak, haksız fiil yeri hukuku hâkimiyetini sürdürmektedir. Diğer bir söyleyişle, "haksız fiil yerine bağlanma" temel kuraldır, diğer bağlanma noktaları olsa olsa bunun istisnaları olarak değerlendirilebilir.

aa) Bu fikrî gelişmeye uygun olarak, **yeni literatürde** haksız fiillerden doğan borçlara uygulanacak hukuk probleminin çözümünü genel bir kurala bağlamaktansa, her müstakil olay için bir çözüm aranması eğilimi kuvvetlenmektedir. Bu eğilim, özellile aynı devlet vatandaşı olan şahıslar arasındaki haksız fiil olaylarında, belirli şartlar altında, **tarafların ortak şahsî statülerini** tatbik etmek isterken haklılık kazanmaktadır.

Ortak şahsî statü, zarar veren ile zarara uğrayan arasında, ika yerine nazaran, devamlılık gösteren ve gözden kaçırılamıyacak bir bağlanma unsuru olarak ortaya çıkmaktadır. Eğer iki Türk vatandaşı yabancı ülkede seyahat ederken arabalarıyla çarpışmışlarsa, tazminat probleminin, tarafların içerisinde yaşadıkları ortak Türk hukuku yerine, yabancı bir hukuk çerçevesinde çözümünü tercih ettirecek bir sebep bulmak kolay değildir. Buna mukabil, tarafların **ortak mutad oturma yerinin** tek başına haksız fiil yeri kaidesini bertaraf etmesini kabul etmek kolay değildir[166]. Mahkemelerin ve doktrinin haksız fiil yeri hukukunu bertaraf etme çabaları maddî hukuk hakkaniyetini ve hukuk güvenliğini temin edebilecek genel bir bağlanma kaidesine ulaşamadı.

bb) Haksız fiil, aynı zamanda zarar veren ile zarara uğrayan arasında zaten mevcut bulunan bir hukukî ilişkiyi de ihlâl etmiş bulunuyorsa, bu hukukî ilişkinin tâbi olduğu hukukun haksız fiile de hâkim olması uygun bulunmaktadır. Burada haksız fiilin **fer'i bağlanma noktasından** söz edilir. Meselâ bir nakliye sözleşmesini, iş aktini, satım aktini veya istisna aktini ihlâl eden bir haksız fiil olayı ortaya çıkabilir. Tazmin talebi, bu akitlerin tâbi olduğu hukuka göre karara bağlanacaktır. Aynı şey, aile hukuku için de geçerlidir. Eşler arasındaki haksız fiil olayı evlenme statüsüne, eşlerin küçük çocuklarına karşı işledikleri haksız fiil olayları nesep statüsüne tâbi tutulur. Bu, şüphesiz haksız fiil teşkil eden davranışın evlilik ilişkisinde veya ebeveyn ile çocuk arasındaki ilişkilerde taraflara yüklenilmiş bir mükellefiyetin ihlâline de sebebiyet vermiş olmalıdır. Böylece, birlikte yapılan bir seyahat esnasında meydana gelen haksız fiil olayı sebebiyle, eşlerden birinin diğerine karşı tazminat talebi, haksız fiilin işlendiği yere bakılmaksızın, doğrudan eşlerin evlilik statü-

166) Alman Federal Mahkemesi, trafik kazalarında, oturulan ülkede tescil edilmiş ve sigortası yapılmış nakil vasıtaları söz konusu olduğunda, zarar veren ile zarara uğrayanın ortak mutad oturma yeri hukukunu nazara almaktadır. Böylece, bir trafik kazasında, zarar veren ile zarara uğrayanın mutaden oturdukları yer ile kullandıkları nakil vasıtasının tescil ve sigortasının yapıldığı yer aynı ise, buranın hukuku, –tarafların vatandaşlığına bakılmaksızın-, zararın tazmininde uygulanan hukuk olmaktadır; bkz. BGH 7.7.1992, BGHZ 119, 137.

süne (müşterek millî hukuku veya müşterek mutad meskenleri hukuku) tâbi tutulacaktır. Bu tip haksız fiil olaylarında, zarar veren ile zarara uğrayan arasındaki mevcut hukukî ilişkide fiil yeri ve hatta varsa ortak şahsî statü bağlanma noktası olarak ağırlığını kaybetmektedir. Haksız fiil olayı, aynı zamanda tarafların daha önceden bağlı bulundukları ve fiil ile maddî bir ilişki içerisinde bulunan farklı bir hukuki ilişki alanında ortaya çıkan bir fiil niteliği kazanmaktadır. Netice olarak, kanunlar ihtilafı hakkâniyeti bakımından doğru bulunan, haksız fiilerde "fer'i" bağlanma, güven prensibi ve hukukî emniyet bakımından da savunulmakta ve tavsiye edilmektedir[167].

cc) *Türk hukuku* bu eğilime uygun olarak, haksız fiilden doğan borç ilişkisinin haksız fiil yerine nazaran başka bir ülke ile daha yakın irtibatlı olması halinde bu ülke hukukunun *uygulanabileceği* hükmünü getirmiştir (m. 25 III).

> "Daha yakın irtibat" tesbit edilirken, sadece tarafların ortak vatandaşlığı değil, fakat haksız fiil olayının tekmil irtibat noktaları dikkate alınacaktır[168], [169].

Böylece, yabancı bir ülkede, meselâ bir seyahat grubu veya inceleme grubu veya benzer bir grup içerisinde bulunmakta olan aynı devlet vatandaşları arasındaki haksız fiillere, haksız fiilin ika yeri hukuku yerine, tarafların *müşterek millî hukukları* tatbik edilebilir. Bunun gibi meselâ iş kazalarında mutad çalışma yeri hukukunun tatbiki de düşünülebilir. Ayrıca bir hava limanında olmamak şartıyla hava nakil vasıtalarında meydana gelen haksız fiiller için de hava nakil vasıtasının bağlı bulunduğu devletin hukuku tercih edilebilir.

Trafik kazalarında, nakil vasıtasının veya vasıtalarının "ruhsat yeri (tescil ülkesi)" de, uygulanacak hukukun tesbitinde tarafların ortak şahsî statüsünden daha etkili bir bağlanma unsuru olarak ortaya çıkmaktadır. Ruhsatı veren devletin kolaylıkla belirlenebilmesi ve trafik (sorumluluk) sigortasını yapan sigorta şirketinin merkezinin de kural olarak bu devlette bulunması se-

---

167) KROPHOLLER² 450 ve 451 n. 57; KROPHOLLER: RabelsZ 33 (1969) 629 vd.

168) Bkz. TURHAN Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilâfı Alanında İka Yeri Hukuku, Ankara 1989, s. 386. **Alman** mahkeme uygulamasında, trafik kazalarında tarafların (zarar veren ile zarara uğrayanın) mutad meskenlerinin, zarar verenin kullandığı nakil vasıtasının ruhsatının ve sorumluluk sigortasının ait olduğu ülkede bulunması halinde, bu ülke lehine, –taraflar haksız fiil yeri vatandaşı olsalar dahi– haksız fiil yeri kaidesinden vazgeçilmektedir: BGH Köln, 28.10.1992 (VersR 92, 88 vd. ve VersR 93, 307 vd.). Ve: DURAL Die Judikatur des BGH zum anwendbaren Recht bei Verkehrsunfällen mit Fremdberührung und zur Geltung der "Grünen Karte" in der Türkei: Aktuelle Probleme des Unternehmensrechts: Fschr. Gerhard Frotz, Wien 1993, 531 vd. Haksız fiil hukukunda, daha yakın irtibat halinde bulunan yabancı hukukun uygulanması 21.5.1999 tarihli Kanunla, **Alman hukukunda** kanunî bir kural haline getirilmiştir (EGBGB m.41).

169) İka yeri ile ilgili olarak diğer bazı özel haller için bkz. GÖĞER Haksız Fiilden Doğan Borçların Tâbi Olduğu Kanun: AHFD 1-4/1965-1966 500 vd.; KROPHOLLER2 451 vd.

bebiyle işlemlerde kolaylık ve basitlik temin ettiği, bu itibarla, bu bağlanma noktasının hukukî güvenlik bakımından önem taşıdığı söylenebilir. Aksi halde, ruhsat yerini dikkate almayan bir kuralın (meselâ trafik kazasının meydana geldiği yer kuralının) uygulama alanını güvenli ve basit bir şekilde tayin etmek her zaman mümkün olamamaktadır, zira bu tip bağlanma noktası genellikle nakil vasıtasının işletme riskiyle hiç bir ilgisi bulunmayan yaya veya yolcu gibi şahıslardan dolayı sorumluluk için uygun ve tatmin edici bulunmuyor. Diğer yandan, bir trafik kazası sebebiyle ortaya çıkan çeşitli talepleri özel bir bağlanma noktası olarak ruhsat yeri hukukuna bağlamak tercih edilirse, birden çok nakil vasıtasının çarpışması sonucu birden çok ruhsat yerinin bulunması halinde, genel bir kaideden istifade edilmek suretiyle, meselâ ortak mutad bulunma yeri ile aynı olan ruhsat yeri hukuku üzerinde de durulabilir. Ancak o zaman da, ruhsat yerine bağlanmak prensibi, kendisini kabul ettiren yararlarından mahrum kalmaktadır. Birden çok nakil vasıtasının karıştığı trafik kazalarında, muhtemelen, ortak ruhsat yerinin, tarafların ortak mutad ikamet yerini kuvvetlendiren bir unsur olarak dikkate alınmasının uygun olacağı da düşünülebilir. Görülüyor ki, trafik kazaları için genel ve kesin bir bağlanma kuralına bağlanmakla uygun çözümlere ulaşılması zordur[170].

İmâlatçının sorumluluğu için uygun bir kanunlar ihtilafı kuralı bulabilmenin zorluğu karşısında, haksız fiil yeri haksız fiil statüsü olarak geçerliliğini korumaktadır. Gerçi, bu konuda ilk düşünülen bağlanma noktası "iktisap yeri" hukuku olmaktadır. Bu, genellikle alıcının mutad oturma yeri ile aynı olan bir yerdir ve imâlatçının, ekseriya önceden tahmin edemediği bir hukukla karşılaşması sonucunu verir. Ancak, üçüncü şahısların ürün sebebiyle gördükleri zararların tazmininde iktisap yeri hukuku tatmin edici bulunmamaktadır. Zarara uğrayan üçüncü şahıslar için prensip olarak tekrar fiil yeri hukukuna bağlanmak zarureti doğmaktadır[171].

Şahsiyet haklarının ihlâlinde haksız fiil statüsü, yani haksız fiil yeri hukuku uygulanır. Tazmin talepleri yanında, şahsiyet hakkına yapılan tecavü-

170) Bir çok Avrupa ülkesinde yürürlüğe girmiş bulunan, 4.5.1971 tarihli Trafik Kazalarında Uygulanacak Hukuk Hakkındaki La Haye Sözleşmesi de, trafik kazalarında, kaza yeri hukukunun uygulanacağı prensibini koymuş olmakla beraber (m. 3), belirlediği çeşitli olay tiplerinde, bu prensipten ayrılarak, ruhsat devleti hukukunun uygulanmasını tercih etmiştir (m. 4). **Alman** hukukunda, trafik kazalarında sadece ortak ruhsat yeri hukukuna bağlanmayı tercih eden uygulama terk edilerek, zarara uğrayanın, zararının tazminini, haksız fiil statüsüne veya mükellefin sigorta sözleşmesinin tâbi olduğu hukuka dayanarak, doğrudan doğruya mükellefin sigortacısından talep edebileceği kabul edilmiştir (EGBGB m.40 IV).

171) Bir kaç Avrupa ülkesinin katılmış bulunduğu 2.10.1973 tarihli İmâlatçının Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Sözleşme'de de, tek ve belirli bir bağlanma noktası yoktur. Çeşitli bağlanma noktaları ile kuvvetlendirilmiş haksız fiil yeri hukukuna bağlanılmış veya çok sayıda bağlanma noktaları düzenlemeleri meydana getirilmiştir; bkz. KEGEL7 556 vd.

ze son verilmesi veya tecavüz tehlikesinin önlenmesi talepleri için de bu hukuk geçerlidir. Tecavüzün hukuka aykırılığının tesbiti ve gerekiyorsa tesbit kararının yayımlanması veya üçüncü kişilere bildirilmesi talepleri de prensip olarak haksız fiil statüsüne tâbidir. Ancak bu tip taleplerin, basın hukukuna özgü karaktere sahip olmaları ve pratik sebepler gözönünde tutularak, yalnızca medya sahibinin merkezinin bulunduğu yer hukukuna bağlanılması zarureti üzerinde de durulmaktadır.

> Basının haksız fiillerinde basım yerinin, radyo ve televizyon yayınlarında yayın yapanın merkezinin, zarar farklı ülkelerde gerçekleşmiş olsa dahi, fiil yeri olarak kabul edilmesi uygun görülmektedir. Bununla beraber, zarara uğrayanın mutad oturma yeriyle aynı olması veya diğer sebeplerden en sıkı ilişki içinde bulunması halinde, seçimlik bir bağlanma noktası olarak, zarar yerinin kullanılması da uygun olur. Bu zarar yeri, özellikle eğer zarar yeri hukukuna göre farklı ülkelerde meydana gelmiş bulunan zararların tazmini talepleri bir bütünlük içerisinde düzenlenebilmekte ise, tercih edilmesi gereken bir bağlanma noktası haline gelir.

Haksız fiil taraflarının aynı devlet vatandaşı olması onların müşterek millî hukuklarının tatbiki için çok kuvvetli bir gerekçe olmakla beraber, her şeye rağmen prensip yine de haksız fiilin ika yeri hukukunun haksız fiillere hâkim olmasıdır.

> Bu bakımdan, meselâ **Alman** mahkeme kararlarında: Haksız fiil tarafları aynı devlet vatandaşı olsa dahi, taraflardan birinin (fail veya mutazarrır) mutad meskeninin ika yerinde bulunması ika yeri hukukunun tatbikini gerektirir. Veya: misafir işçiler bakımından, onların mutad meskenlerinin tek ve aynı devlette olması, eğer farklı tabiiyette iseler, ika yeri hukukunun bertaraf edilmesi için yeterli değildir. Veya aynı şekilde: taraflar aynı tabiiyette olsalar dahi, eğer mutad meskenleri farklı devletlerde ise yine ika yeri hukukunun tatbiki esastır. **Alman** hukukunda 21.5.1999 tarihli Kanunla kabul edilen haksız fiil düzenlemesinde, tazmin mükellefi ile zarara uğrayanın mutat ikametlerinin, haksız fiil sorumluluğunun doğduğu anda, aynı devlette olması halinde, bu devletin hukukunun uygulanacağı hükmü yer almaktadır (EGBGB m.40 II).
>
> Bununla beraber, **Amerika Birleşik Devletlerinde** en yeni mahkeme tatbikatı haksız fiilin ika yeri hukukunun tatbik edilmesi prensibinden tamamen vaz geçilmesi ve problemin çözümünün yetkili mahkemenin ait bulunduğu devletin "menfaati" üzerine kurulmasını isteyen görüşü (currie) desteklemektedir. Bu konuda en çok zikredilen karar, Bagcock v. Jackson olayında verilen 9.5.1963 tarihli New York Court of Appeal'ın kararıdır: New York'da ikâmet etmekte olan üç şahıs Kanada'da (Ontario) seyahat esnasında bir otomobil kazasına uğrarlar. New York devletinin "menfaatine" dayanılarak bu devletin hukuku tatbik edilmiştir. Şüphesiz mahkemelerin devletin "menfaati" konusunda varacakları birbirinden farklı sonuçların hukuk güvenliğini ortadan kaldırabileceğine dikkat edilmelidir.

d) Haksız fiiller gibi, kanundan doğan borç münasebetlerinden biri de

sebepsiz iktisaplardır. Sebepsiz iktisapda *Türk hukuku* bir ayırım yapar (m. 26) : mal varlığındaki *yer değiştirme* (çoğalma) taraflar arasındaki bir hukukî münasebete dayanıyor ise, o hukukî münasebetin tâbi olduğu hukuk sebepsiz iktisap talebine de uygulanır. Eğer mal varlığındaki yer değiştirme (çoğalma), karışma veya birleşme fiillerinde olduğu gibi, taraflar arasında bir hukukî münasebet söz konusu olmaksızın meydana gelmiş ise, yer değiştirmenin (çoğalmanın) vuku bulduğu yer hukuku tatbik edilir. Böylece, meselâ karışma veya birleşme fiillerinde lex rei sitae söz sahibi olur.

Kanunî bir borç doğumuna sebep olan *vekâletsiz iş görmede*, hizmet ifasının yerine getirildiği yer hukuku tatbik edilir.

Gerek sebepsiz iktisapta gerekse vekâletsiz iş görmede tarafların aynı devlet vatandaşı olması ve geçici olarak yabancı ülkede bulunmaları şartiyle, haksız fiillerde olduğu gibi, müşterek *millî hukuklarının* uygulanabileceği dikkatten kaçırılmamalıdır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Milletlerarası Medenî Usul Hukuku

§ 16. KAVRAM

I. GENEL OLARAK

1. Hususî hukuk ihtilaflarında mahkemelerin *milletlerarası* yetkilerini düzenleyen kaidelerin bütünü milletlerarası usul hukukunu meydana getirir. Mahkemelerin milletlerarası yetkisi, milletlerarası bağlantıları bulunan hukukî ihtilâflarda, yani yabancı unsurlu olay ve ilişkilerde, çözümlenmesi gereken bir problem olarak ortaya çıkar. Özellikle, meselâ hukukî ihtilafın tarafları veya taraflarından biri yabancıysa veya ikametgâhı yabancı ülkedeyse yahut hukukî ihtilafın konusu yabancı bir ülkeyle herhangi bir ilişkiye sahipse, böyle bir ihtilaf hakkında bir karara varabilmek için öncelikle hangi ülkenin yargı nizamının yetkili olduğunu tesbit etmek gerekir. Bu tesbit *milletlerarası yetki kaideleriyle* yapılır.

Bununla beraber, milletlerarası usul hukukunun belirlenmesinde, usul hukuku bakımından öneme sahip milletlerarası bağlantılı olay ve ilişkileri düzenleyen diğer kaideleri de sıralamak icap eder. Bu sebeple, milletlerarası yetki kaideleri yanında, davada yabancıların tâbi oldukları statü ile ilgili kaideler (meselâ yabancıların dava ehliyetine ve taraf olma ehliyetine ilişkin kaideler, yabancılık sıfatına bağlı teminat gösterme mecburiyetini düzenleyen[1] veya yabancıların adlî yardımdan istifadeleri için özel şartlar getiren kaideler) ile yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tanınması ve tenfizini, yabancı bir ülkede teşebbüs edilmiş dava ikamesi gibi usulî muamelelerin ülke hukukundaki etkilerini, yabancı isbat vasıtalarının tesir ve gücünü, davada yabancı hukukun isbatını[2] ve nihayet yabancı ülkelerde yapılacak tebligat ve davetleri (yani milletlerarası adlî yardımı) düzenleyen kaideler de milletlerarası

1) Dava ikamesinde **yabancılık** sıfatına bağlı olarak teminat gösterme mecburiyeti genellikle yabancılar hukuku alanında tetkik edilmekte idi; meselâ bkz. ÇELİKEL Yabancılar Hukuku Dersleri 1974 201 vd.; TEKİNALP Türk Yabancılar Hukuku 1975 185 vd.; SEVİĞ Türkiye'nin Yabancılar Hukuku 1971 161 vd..

2) Bkz. yukarıda s. 165 vd..

usul hukukunun içerisinde yer alır. Kısaca, yabancı dava taraflarına veya yabancı ülkeyle irtibatlı olay ve ilişkilere ait olarak ortaya çıkan medenî usul hukuku meselelerini çözümleyen usul kaidelerinin bütünü *milletlerarası (medenî) usul hukuku olarak* isimlendirilir.

> **İhtilafsız kaza** milletlerarası usul hukukunda özel bir yere sahiptir. İhtilafsız kaza sahip bulunduğu kendine has prensipler sebebiyle milletlerarası usul hukukundan farklı ve müstakil bir saha olarak ele alınıp incelenir. Aradaki en önemli fark şudur: İhtilafsız kazada mahallî bir makam, yabancı bir makamın yetkisinde bulunan bir kamu tasarrufunu (meselâ tasdik, tescil veya vasiyetnamenin açılması) adlî yardım talebi olmasa dahi yapabilir. Ancak yabancı bir makama ait bulunan bir kamu tasarrufunun yapılabilmesi için, bu tasarrufun mahallî hukuk nizamına yabancı olmaması ve ayrıca ülke içerisinde de hukukî tesirlere sahip olması gerekir. Buna mukabil milletlerarası usul hukuku alanında mahkemelerin birbirlerini temsilen tasarruflarda bulunabilmesi ancak özel olarak düzenlenmiş adlî yardım usulü içerisinde söz konusu olabilir[3]. Bu da çok dar bir sahada olur.
>
> Kendisine has prensiplere sahip bulunmasına ve milletlerarası usul hukukundan müstakil bir nitelikte olmasına rağmen, bazı sınır problemlerinin çözümü için ihtilafsız kazanın milletlerarası usul hukukunda da izah edilmesi zarureti doğabilir. Ancak hemen ilâve edelim ki, bu izahlar tatbikatın da bu konuda yetersizliği gözönünde tutulursa, sadece milletlerarası usul hukukunun zarurî kıldığı ölçüde olacaktır.

2. Gerek yukarıda sayılan kaideleri bütünü ile ifade etmediği gerekse yanlış anlaşılmaya müsait bulunduğu için "milletlerarası usul hukuku" isabetle seçilmiş bir isim değildir. Devletler hususî hukukunda olduğu gibi, milletlerarası usul hukukunda da, çeşitli devletler için ortak bir "milletlerarası" hukuk[4] mevcut değildir.

Milletlerarası usul hukuku bir millî hukuktur. Ve özellikle millî usul hukukunun bir parçasıdır[5]. Belirli konularda yapılmış olan milletlerarası sözleşmeler hariç tutulursa, her devlet milletlerarası usul hukuku kaidelerini serbestçe düzenleme yetkisine sahiptir. Bu bakımdan her devletin kendisine mahsus bir milletlerarası usul hukuku vardır. Ve bu hukuklar muhteva itibariyle de birbirinin aynı değildir.

> Her devletin kendisine mahsus bir milletlerarası usul hukukuna sahip bulunması, milletlerarası usul hukukunun muhtevasının kesin çizgiler ile belirlenmesine de engel teşkil eder. Çünkü her hukuk nizamında, bu muhtevanın ta-

3) NOMER İhtilafsız Kaza 551.

4) Bkz. yukarıda s. 6, n. 4: Milletlerarası usul hukukunda mevcut olduğu iddia edilebilen devletler hukukuna ait bir teamülî kaide olarak **devletlerin kaza muafiyetinden** söz edilir; bkz. ileride s. 332 vd..

5) TULUAY Milletlerarası Usul Hukuku: ABD 2/1984 257 vd..

yini, bir hukuk kaidesinin usul hukukuna mı yoksa maddî hukuka ait olarak mı düzenlendiği meselesine de bağlıdır. Bir hukuk kaidesinin maddî hukuka mı yoksa usul hukukuna mı ait bulunduğu "vasıflandırma" sonucu ortaya çıkar. Vasıflandırmayı, kendisine başvurulan her mahkeme prensip olarak kendi hukukuna (lex fori) göre yapar. Ve bazı hukuk kaideleri bir hukuk nizamında maddî hukuk değerinde usul hukuku hükmü olarak düzenlenmiş olabilir. Bunun tipik misallerinden biri zamanaşımı hükümleridir. Zamanaşımı Türk hukuk anlayışında maddî hukuk hükmü olarak yer alır. Bu sebeple milletlerarası usul hukukunun muhtevasına girmez. Yabancı unsurlu bir olayda zamanaşımı iddiasının ileri sürülmesi halinde Türk mahkemesi dava konusu talebin zamanaşımına uğramış olup olmadığını, talebe uygulanacak maddî hukuka göre tesbit etmek mecburiyetindedir. **Common Law** hukuku anlayışında, zamanaşımı hükümlerinin usul hukukuna ait olarak düzenlendiği fikri ağırlık kazanmıştır. Bu itibarla zamanaşımı,Comman Law hukukunu uygulayan mahkemelerde, mahkemenin hukukuna (lex fori) göre karara bağlanacaktır. Bu farklı vasıflandırmanın sonuçlarından biri, belirli bir olayda bir talebin bir ülkede zamanaşımına uğramış, diğerinde zamanaşımına uğramamış olarak muamele görebilmesi, diğer sonucu ise milletlerarası usul hukukunun muhtevaca bir ülkede zamanaşımı hükümlerini içine alması diğerinde ise zamanaşımı hükümlerini hariç tutması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Diğer bir söyleyişle, her hukuk nizamında milletlerarası usul hukukunun sınırları birbirlerinden farklı olarak çizilmiş bulunmaktadır.

Şu halde, milletlerarası usul hukukunda "milletlerarası" deyimi, ne hukuk kaynağının ortak ve aynı olduğuna ne de muhtevanın yeknesaklığına bir işaret teşkil eder. "Milletlerarası" deyimi sadece düzenlenen hukukî ilişkiye yabancıların iştirak ettiğini veya bu hukukî ilişkinin yabancı bir ülkeyle olan münasebetini belirtir. Dolayısıyla da devletlerin yargı yetkileri arasında bir *çatışmanın* ortaya çıktığını gösterir.

3. Milletlerarası usul hukuku bir millî hukuk olmakla beraber, *devletler hukukunun etkisi* dışında kalabilmiş değildir.

Gittikçe artan sayıda milletlerarası hukuk alanında yer alan, iki veya çok taraflı milletlerarası sözleşmeler milletlerarası usul hukukunun devletler hukuku ile olan bağlılığını açıkça ortaya koymaktadır. Milletlerarası hukuka ait bu nevi sözleşmelerin çoğalmasıyla, devletler hukukunun milletlerarası usul hukukuna etkisi de artmış olacaktır. Bu bakımdan, milletlerarası usul hukukunun milletlerarası hukuka ait "pacta sunt servanda" kaidesinin emri altında olduğu[6] kolaylıkla söylenebilir.

Milletlerarası usul hukukunun en önemli kısmını teşkil eden "milletlerarası yetki"[7], özellikle milletlerarası teamül hukukunun etkisi altında kalmıştır.

6) NAGEL 1980 8.

7) Bkz. ileride s. 330 vd..

Milletlerarası usul hukuku için, genel olarak milletlerarası teamül hukuku önem taşımaktadır. Milletlerarası teamül hukukuna dayanılarak milletlerarası usul hukukunda devletlerin kanun koyucuları için bazı sınırlamaların mevcudiyetinden söz edilmektedir.

a) Devletler kendi milletlerarası usul hukuku kaidelerini, diğer devletleri de dikkate alarak tesis etmelidirler. Burada, bir ülkede oturmakta olan yabancılar üzerinde durulmaktadır. Bir devlet mahkemesinin, o devlette oturan yabancılar için de faaliyette bulunması gereği, milletlerarası teamül hukukunun bir kaidesi olarak öteden beri ileri sürülmektedir. Bir yabancının bir devletin ülkesinde oturmakta olması, o yabancı ile bu devlet arasında, bu devlet mahkemelerinin faaliyete geçmesini temin edici bir ilişkiyi tesis etmektedir. Bu ilişki mahkemelerin yabancı "davacılar" için faaliyete geçmesi bakımından özellikle önem taşımaktadır.

> Mahkemelere müracaat bakımından yabancıları yerlilerle aynı muameleye tâbi tutma, her geçen gün devletlerde yaygın hâle gelmektedir[8]. Avrupa İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya dair Sözleşmenin, âkit devletlerde, tabiiyeti dikkate alınmaksızın "her şahsın" tarafsız bir mahkemeye sahip olacağını emreden hükmü (m. 6) bu gelişmeyi ifade etmektedir. **Türk** medenî usul hukuku da, belirli istisnalar dışında, Türk vatandaşları ile yabancılar arasında bir ayırım yapmamaktadır.

b) Bir devletin yabancı davacıya mahkemelerini açması için yabancı ile devlet arasındaki *ilişkinin "önemli" olması şart değildir.* Önemsiz de olsa, bir ilişki mevcut ise bir devletin kendi mahkemelerini yabancı davacı için kullandırmaması devletler hukukuna aykırı bir davranış olarak görülmektedir.

> Yabancı davalının bir ülkede malvarlığının bulunması o ülke mahkemelerinin yetkisinin tesisi için yeterli olabilmektedir[9]. **Türk hukukunda** bu ilişki Türk mahkemesinin yabancı davalı bakımından yetkisini tesis edebilmektedir (m. 27; HUMK m. 16). Yabancı ile devlet arasındaki ilişki, yabancı davalının o devlet mahkemesinde aleyhine açılan davaya herhangi bir itirazda bulunmaksızın girmesiyle de kurulmuş olur (**Türk hukukunda** HUMK m. 187/2). Yabancı ile devlet arasındaki ilişki o devlet mahkemesinin yetkisi üzerinde yapılan yetki anlaşmasıyla, yani tarafların arzusu ile de tesis edilebilir (**Türk hukukunda** HUMK m. 22).

---

8) Meselâ, Yunan MUK m. 3; 1.1.1976 tarihli yeni Fransız MUK m. 1.

9) Yabancı ile devlet arasındaki ilişkinin hangi **şümûlde** olması gerektiği hususunda, doktrinde farklı görüşlere rastlanmaktadır. Meselâ, bir devlette malvarlığının bulunmasının yabancı davalı hakkında yetki tesis etmesi, "tasvip edilmeyen" bir yetki tesisi olarak görülebilmektedir; JELLINEK Die zweiseitigen Staatsverträge als Problem des Völkerrechts 1957, 221. Milletlerarası yetki alanında bu gibi **arzu edilmeyen** yetki durumları AET-Devletlerinin birbirleriyle olan ilişkilerinde ilgili AT-Sözleşmesiyle ilga edilmektedir. Ancak şu husus açıktır ki, devletler kendi yetki kaideleriyle mahkemelerinin yetkisini milletlerarası alanda arzu edilmeyen yetki durumlarıyla da tesis etmiş olsalar devletler hukukuna aykırı hareket etmiş olmazlar.

İhkakı haktan imtina konusu, bir davacının davası için hiç bir devlette yetkili mahkeme bulamaması halinde ortaya çıkabilir.

c) Yabancıların mahallî mahkemelere *"serbest ve engelsiz olarak girebilmeleri"* meselesi, yabancı davacılar için mahallî mahkemelerin kullandırılması meselesi ile sıkı bir ilişki içerisindedir. Burada, yabancıların *"şahsen" mahkeme önüne çıkabilmeleri* söz konusudur. Bu sebebe dayanılarak, mahkemesinde davası görülen yabancıların ülkeye girişleri ve mahkemeye şahsen iştiraklerinin, sonra da ülke dışına çıkışlarının engellenemiyeceği konusunda bir *milletlerarası teamül hukukunun* mevcudiyeti iddia edilmektedir[10]. Aksi halde, yani devletler bir taraftan yabancılara kendi mahkemelerini sözü edilen yetki şartları dahilinde açık tutarken, diğer yandan mahkemelere serbest ve engelsiz girebilmelerine engel olurlarsa kendi davranışlarıyla çelişkiye düşmüş olurlar[11].

Ve özellikle devletler kendi mahkemelerine yabancıları kabul için *"mütekabiliyet" şartını koyamazlar.* Belirli bir ilişkinin bulunması halinde devletlerin mahkemelerini yabancılara açmak mecburiyetini ifade eden milletlerarası teamül hukuku ile "mütekabiliyet" şartı bağdaşmaz.

d) Belirli bir ilişkinin mevcudiyeti halinde devletlerin mahkemelerini yabancıların kullanmasına açmak mecburiyetini ifade eden milletlerarası teamül hukukuna ait kaidenin istisnası *yabancıların kişi hallerine ilişkin meselelerinde* görülmektedir. Özellikle *yabancıların boşanma davalarında* devletler kendi mahkemelerinin yetkisini ihtiyatla kullanmaktadırlar[12].

Türk hukukunda Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davalarında milletlerarası yetkili bir Türk mahkemesi **daima** hazır bulundurulmuştur (m. 28). Aynı imkân yabancılar için söz konusu değildir.

Devletlerin kendi vatandaşlarına ait kişi halleri meselelerinde kendi mahkemelerinin yetkisini elde bulundurmaları milletlerarası alanda anlayışla karşılanmaktadır. Kişi halleri konularında şahısların kendi hukuk nizamlarına tâbi olarak milletlerarası hukuk alanında doğabilecek çelişkili düzenlemelerden kaçınılması gereği, devletlerin bu konularda diğer devletlerin yetki kaidelerini dikkate almasını gerektirmekte ve dolayısıyla kendi mahkemelerinin yetkilendirilmesindeki çekimserliklerini de haklı kılmaktadır.

10) RIEZLER 413.

11) DAHM Völkerrecht I 1958 504, bu konuda yabancılara bahşedilen asgari haklardan hareket etmektedir; ayrıca bkz. KIPP Das Verbot der Diskriminierung im modernen Völkerrecht, Archiv des Völkerrechts 1961 149.

12) **Alman** hukukundaki düzenleme bunun çarpıcı bir örneğidir. Kocanın veya karının Almanya'da mutaden oturmaları kişi hallerine ilişkin belirli davalarda Alman mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin doğumu için yeterli değildir. Ayrıca Alman mahkeme kararının eşlerin millî hukuklarınca tanınması şartı aranmaktadır (ZPO § 606 a).

e) **Milletlerarası adlî yardım** alanında kısmen belirli bölgelerde milletlerarası teamül hukukunun teşekkül etmiş bulunduğu kısmen de genel olarak milletlerarası bir teamül hukukunun doğmakta veya korunmaya alınmakta olduğu belirtilmektedir[13].

f) Yabancılarla olan ilişkilerde *mütekabiliyetin* (karşılıklılık) *aranması*, milletlerarası hukukun mütekabiliyet prensibine istinat ettirilmeye çalışılmış, hatta "devletlerin ülkeleri üzerindeki egemenlik haklarının doğal sonuçlarından biri" olarak görülmek istenmiş[14] ise de, bunun bir iç hukuk konusu olduğu hiç bir dönemde hiç bir zaman inkâr edilebilmiş değildir.

Mütekabiliyet (karşılıklılık), yabancılarla olan ilişkilerde Devletlerin kendisinden vazgeçemedikleri bir şart olarak kanunlarda genellikle yer almaktadır. *Türk usul hukukunda* yabancıların dava ikamesinde göstermek mecburiyetinde oldukları teminat konusunda (m. 32 II), yabancı mahkeme ve hakem karalarının tenfizinde (m. 38/a; m. 44 II) ve adlî yardım (müzaharet) talebinde (HUMK m. 465 II) mütekabiliyetin gerçekleşmesi[15] aranmıştır.

İster kanunî olsun isterse fiili olsun, mütekabiliyet her olayda tesbit edilmelidir. Bu hâkim için ağır bir vazifedir. Mütekabiliyetin konusunu teşkil eden hükümlerin veya fiili uygulamaların muhtevaca birbirlerinden farklı olması mütekabiliyeti tesbit durumunda olan hâkim için ayrıca büyük bir güçlük meydana getirir.

İkame ettiği dava için teminat mükellefiyetine tâbi tutulan yabancı, bu teminattan mütekabiliyet şartıyla muaf tutulabilir. Yani yabancının tabiyetinde bulunduğu devletin Türk davacılardan bir teminat adı altında herhangi bir malî garanti istememesi gereklidir. Yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tenfizinde de, ilgili yabancı devlette Türk mahkeme ve hakem kararlarının tenfizi Türk hukukundakilerden *önemce* farklı özel şartlara tabi tutulmaması

13) NAGEL 1980 10; bkz. ileride s. 330 vd.

14) 13.6.1985 tarihli Anayasa Mahkemesi Kararı (RG. 24 Ağustos 1985 - 18852). Ayrıca bkz. 9.10.1986 tarihli Anayasa Mahkemesi Kararı (RG. 31 Ocak 1987 - 19358).

15) Diğer hukuklarda olduğu gibi (meselâ **Alman** hukuku için bkz. NAGEL 1984 11), **Türk hukukunda** da mütekabiliyet şartı aleyhine ileri sürülen delillere rağmen, Türk devletler hususî hukuku tasarısının (2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun) hazırlık çalışmalarında yabancı mahkeme kararlarının tenfizi için aranan mütekabiliyet şartının kaldırılması temin edilemedi. Ve milletlerarası ilişkilerde, hem yabancılar hem de kendi vatandaşlarımız için çeşitli mahzurlar doğuran mütekabiliyet şartı muhafaza edildi. Mütekabiliyet hak arayanı hiç dikkate almaksızın, doğrudan doğruya yabancı mahkeme kararlarının tenfizini engellemeyi gaye kabul eden bir anlayışla savunuldu (Aleyhte ve lehte ileri sürülen fikirler için bkz. Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Kanun Öntasarısı SEMPOZYUMU 1978 255 vd.). Tasarının kanunlaşması sırasında daha da ileri gidilerek "hakem kararlarının tenfizi" gibi mütekabiliyetin düşünülmemesi gereken bir konuda dahi (bkz. ileride s. 418), tasarıda olmamasına ve hiç müzakere edilmemesine rağmen, mütekabiliyet şartı —üstelik Kanunun sistematiğini bozma pahasına— Kanuna eklendi (m. 44 II).

halinde mütekabiliyetin gerçekleşmiş olduğundan söz edilebilir. Yabancıların adlî yardım (müzaharet) taleplerinde de, kendi ülkelerinde Türk vatandaşları için gerçekleştiği ölçüde bir adlî yardım söz konusu olabilir. Şu duruma göre sözü edilen bu üç mütekabiliyet şartında da diğer ilgili devletlerden uygun bir davranış, daha açık bir söyleyişle, *aktif bir tutum* beklenilmektedir. Milletlerarası sözleşmelerin bulunmadığı durumlarda, mütekabiliyetin aranması ilgili tekmil devletlerden bir *davranış önceliği* talep edilmesi anlamına gelmektedir.

> Bu sebeple tamamen **pasif bir davranış** yoluyla mütekabiliyetin gerçekleşmesi mümkün değildir. Meselâ, bir devlet, diğer devletlerin yabancı mahkeme tasarruflarını kendi ülkelerinde yapabilmelerine, —ister bu tasarruflar yabancı ülkelerdeki şahıslara adlî evrak gönderme şeklinde olsun isterse oralardaki diplomatik temsilcilerinin tebligatta bulunmaları veya şahit, bilirkişi veya tarafları dinlemeleri şeklinde olsun—, sadece tahammül göstermekte ise, bu, milletlerarası usul hukukunda talep edilen mütekabiliyetin gerçekleşmesini temin edemez. Diğer bir söyleyişle, meselâ adlî yardım (istinabe) **müsamaha** yoluyla bahşedildiği takdirde mütekabiliyetin varlığından söz edilemez[16].

Bütün bu söylenenlerden anlaşılacağı üzere, *mütekabiliyet sadece devlet politikasına ilişkin sebeplere dayanmakta* ve hak sahiplerinin menfaati ile hiç bir şekilde ilgilenmemektedir. Bu, mütekabiliyetin aranmasıyla meydana çıkan *hukukî güvensizliğin* tabiî bir sonucudur.

> Mütekabiliyet bir milletlerarası hukuk kaidesi değildir. Bu itibarla, bir devletin belirli bir konudaki davranışı, diğer devletlerin de aynı konuda aynı davranışta bulunmalarını gerektirmez. Ancak milletlerarası bir sözleşme içerisinde yer alır ise, devletler hukuku içerisinde ahdî bir mükellefiyet doğurur.
>
> Milletlerarası hukukun tekmil dallarında görülen mütekabiliyet, katı ülkesellik prensibinin yumuşatılması gayesiyle Hollandalı baba ve oğul Voet'ler ile Huber tarafından geliştirilmiş bulunan **comitas gentium**'a dayanır[17]. Comitas gentium (**"courtoisie internationale"**) doktrini bir milletlerarası teamül kaidesi haline gelmemiştir. "Hukuk ile bağlayıcı olmayan âdet arasında, ara kademede yer alan" bir kalde olarak nitelendirilmektedir[18]. Böyle bir kaidenin ihlâli devletler hukukuna bir aykırılık teşkil etmez, olsa olsa diğer devletlere bir **mukabele (misilleme)** imkânı verir. İşte bu hukukî çerçeve içerisinde, devletler genellikle, önce diğer devletin hareket etmesini, böylece kendi yönünden mütekabiliyetin gerçekleşmiş olduğunu tesbit etmeyi tercih etmektedirler.

4. Milletlerarası usul hukuku ile *devletler hususî hukuku* arasında çok sıkı bir ilişki mevcuttur. Devletler hususî hukuku da, milletlerarası usul hukuku gibi, hukukî bir ihtilafta yer alan *yabancılık* unsuruna istinat eder. Devlet-

16) Aynen: NAGEL 1980 12.

17) Bkz. yukarıda s. 48 vd..

18) DAHM Völkerrecht 1958 I 33.

ler hususî hukuku yabancı unsurlu bir hukukî ihtilafta hangi devletin özel hukukunun tatbik edilmesi gerektiğini emreden kanunlar ihtilafı normlarını ihtiva eder. Hukukî ihtilafta yer alan bir yabancılık unsuru hem milletlerarası usul hukuku hem de devletler hususî hukuku için büyük önem taşır. Ayrıca her iki hukuk alanında da tabiiyet, ikametgâh, kamu düzeni gibi temel kavramlar hemen hemen aynı önem derecesinde kullanılır. Her iki hukuk alanının birbirleriyle olan bu yakınlığı sebebiyle, pozitif hukukta milletlerarası usul hukuku ile devletler hususî hukuku meseleleri çoğu defa aynı düzenleme içerisinde yer alır[19] ve devletler hususî hukuku hukukçularınca birlikte inceleme konusu yapılır[20].

Bununla beraber, devletler hususî hukuku maddî özel hukuka ait iken, milletlerarası usul hukuku *medenî usul hukukuna* dahil bulunmaktadır. Ancak her iki hukuk dalının da kaynakları geniş ölçüde millî kanunlara, kısmen de milletlerarası sözleşmelere dayanır. Ayrıca devletler hukuku ile olan ilişkileri esas itibariyle milletlerarası sözleşmeler ile ortaya çıkar. Milletlerarası teamül hukukunun müdahale sahası istisnaî nitelikte sınırlı bir kaç konuda görülür.

Önemli bir özellik olarak **milletlerarası usul hukukunun** aksine devletler hususî hukuku **mütekabiliyet (karşılıklılık) prensibinden** vazgeçmiştir. Yani hiç bir devlet, diğer devletlerin de aynı şekilde davranmasını bekleyerek, kanunlar ihtilafı normları vazetmemektedir. Mütekabiliyet şartından kurtulmuş olmakla beraber, devletler hususî hukukunda halen **misilleme** tedbirlerinin etkisi görülmektedir. Türk hukukunda 1062 sayılı Mukabele Bilmisil Kanununa dayanılarak –istisnaî olarak da olsa– alınan tedbirlerle, kanunlar ihtilafı normlarına göre uygulanması lazım gelen kanunî hükümlerin etkileri bertaraf edilmektedir[21]. Devletler genellikle kullanmasalar bile, kanunlarında misilleme imkânını muhafaza etmişlerdir[22].

Diğer yandan devletler hususî hukuku kanunlar ihtilafı normlarıyla uygulanacak hukuku tayin ederken[23], milletlerarası usul hukuku prensip olarak **lex fori**'nin hâkimiyeti altındadır. Hâkim prensip olarak hemen hemen daima kendi usul hukukunu tatbik eder. Ancak milletlerarası usul hukukundaki bu lex fori

19) Meselâ **Türk hukukunda**: 1330 tarihli Muvakkat Kanun m. 4 ve 20.5.1982 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun. Ve 18.12.1987 tarihli İsviçre Federal Kanunu.

20) Meselâ NOMER Devletler Hususî Hukuku 1984; KEGEL Internationales Privatrecht 1985; SOERGEL - KEGEL Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 8, 1984.

21) Bkz. Yar. HGK., 3.7.1985 [E. 1983/7-555, K. 1985/664] (YHD 5/1987 699-703).

22) Mesela Alman hukukunda: EGBGB [eski] m. 31.

23) Milletlerarası usul hukukunun da kanunlar ihtilafı normlarına sahip olduğu iddiası doktrinde mevcuttur; bkz. PAGENSTECHER Werden die Partei- und die Prozessfähigkeit eines Ausländers nach seinem Personalstatut oder nach den Sachnormen der "lex fori" beurteilt?: ZZP 64(1951) 249. Taraf olma ehliyeti şeklindeki usul hukukuna ait kavramın, bir maddî hukuk kavramı olan hak ehliyetine bağlanmış olması ile (Türk hukukunda HUMK m. 38), milletlerarası usul hukuku alanında bir kanunlar ihtilafı normunun tesis edilmiş olduğu da söylenebilmektedir; NAGEL 1980, 15.

prensibinin istisnaları mevcuttur ve istisnalar milletlerarası sözleşmeler ile çoğalmaktadır[24]. İstisnaları olmakla beraber milletlerarası usul hukukunda lex fori prensibi hakimiyetini muhafaza etmektedir. Ve bu durum devletler hususî hukuku ile arasındaki en önemli farkı teşkil etmektedir.

5. Milletlerarası usul hukuku *kamu hukukuna* ait bulunmaktadır. Milletlerarası usul hukukunun sahip olduğu nitelik onu bütün şumülüyle kamu hukukuna dahil etmektedir. Bu durum özellikle devletin yargı yetkisi ile diğer yetki hükümlerinde açıkça görülür. Bu nevi yetkiler sadece hâkimiyetin sahibi bulunan devlete aittir. Ve aynı zamanda iştirak kabul etmez şekilde devlete has görevlerdir. Aynı şey usul hukuku içerisinde yabancılık ilişkisi sebebiyle sevkedilmiş bulunan usul hükümleri için de varittir. Çünkü usul hukukuna ait hükümler, savcılık makamının kaideten iştirak etmediği olaylarda dahi, âmme otoritesine sahip âmme organları vasıtasıyla tatbik edilir. Bu durum, usul hukukunda yabancılık ilişkisi sebebiyle yer almış olan hükümlerin de kamu hukuku niteliğini gösterir. Devlet organlarının özel şahısların menfaatleri çerçevesinde faaliyette bulunması gerek usul hükümlerinin gerekse onu uygulayan teşkilâtın özel hukuka bağlanmasını icap ettirmez.

Usul hukukunun önemli bazı konularda maddî hukuk ile sıkı bir irtibat içerisinde bulunması durumu biraz farklılık gösterir. Gerçekten de özel hukuk bakımından etkili olan, meselâ dava ikamesi gibi usulî muameleler vardır. Yenilik doğurucu kararlar doğrudan doğruya özel hukuk alanında değişiklik yaparlar. Cebrî icra da, bir mülkiyet hakkını tesis ederek veya sona erdirerek veya bir rehin veya ipotek tesis ederek özel hukuka müdahale etmiş olur. Usulî muamelelerin özel hukuk alanındaki bu etki ve müdahaleleri milletlerarası usul hukuku bakımından da dikkate alınır. Ancak bu dikkate alış, sözü edilen usulî hükümlerin kamu hukuku alanı dışına çıkarılmasını haklı kılmaz.

Yargı yetkisi alanında milletlerarası usul hukuku doğrudan doğruya kamu hukukunu ilgilendirir. Genel olarak yargı muafiyeti ve yabancı devletlerle yabancı devlet gemilerinin yargı muafiyetleri meselesi *devletler hukuku* alanına aittir. Yabancı ülkelerle hukukî yardım ilişkileri ise prensipte *idare hukukuna* giren bir niteliğe sahiptir.

6. Çeşitli devletlere ait millî usul hukuklarının yer itibariyle yürürlük alanlarının tesbiti genellikle bir zorluk teşkil etmez. Temel prensip, hâkimin

24) Özellikle, 15.11.1965 tarihli Hukukî ve Ticarî Mevzularda Adlî ve Gayri Adlî Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine dair Türkiye'nin de katılmış bulunduğu La Haye Sözleşmesi ile 18.3.1970 tarihli Hukukî ve Ticarî Konularda Yabancı Ülkelerde Delil İkamesi Hakkındaki La Haye Sözleşmesinde, tebligat ve delillerin **lex fori'den farklı bir diğer hukuka göre** gerçekleştirilebilmesi imkanı temin edilmiştir. Ayrıca yine Türkiye'nin de katılmış bulunduğu 1.3.1954 tarihli Usul Hukukuna dair La Haye Sözleşmesi, adlî yardım (istinabe) talebini yerine getiren adlî makamın, müracaat eden makamın istemesi halinde, bu talebi kendi hukukuna göre değil, fakat "özel bir usule" göre icra etmesi imkan dahiline sokulmuştur (m. 14).

sadece kendi usul hukukunu *(lex fori)* tatbik etmesidir. Milletlerarası usul hukuku bakımından da aynı prensip geçerlidir.

> Bilindiği üzere, devletler hususî hukukunda durum çok farklıdır. Devletler hususî hukuku kaideleri yabancı unsurlu hukukî ihtilaflarda çoğu zaman yabancı bir hukukun tatbikini emreder. Böyle hallerde hâkim yabancı hukuku bir "hukuk" olarak, fakat **"yabancı"** bir hukuk olarak tatbik eder. Yani yabancı hukuk millî hukukun bir kısmı veya bir parçası olarak düşünülemez[25].

Milletlerarası usul hukukunda hâkimin tatbik mecburiyetinde olduğu hukuk *daima "mahallî"* hukuk, yani hâkimin kendi hukukudur (lex fori). Hatta hâkim yabancı bir usul hukukuna ait bir meseleyi, önmesele olarak dikkate almak mecburiyetinde kalsa dahi durumda değişiklik olmaz. Meselâ yabancı bir mahkeme kararının tanınması söz konusu olup da, yabancı hukuka göre bir mahkeme kararının mevcut olup olmadığı veya yabancı hukuka göre mütekabiliyetin gerçekleşip gerçekleşmediği tetkik edilmek gerekse bile hâkimin tatbik ettiği yabancı bir usul hukuku değil, fakat kendi usul hukukudur. Usulî muamelelerde hangi kaidelerin tatbik edileceğini hâkime yalnız kendi hukuk nizamı bildirebilir. Bu kaideleri Devlet kendi hâkimi için bizzat koymak durumundadır. Bir devlet, hâkimine doğrudan doğruya yabancı bir usul hukukunun kaidelerini uygulamak emrini veremez.

Temel prensip, daima mahallî hukukukun tatbiki olduğundan, milletlerarası usul hukukunda, devletler hususî hukukundan farklı olarak, tatbik edilecek hukuk meselesi önem taşımaz.

II. MİLLETLERARASI USUL HUKUKUNUN NİTELİKLERİ

1. Milletlerarası usul hukuku gerek niteliği gerekse kaynağı itibariyle bir *pozitif* hukuktur. Devlet politikasına ait ideolojik dalgalanmalar milletlerarası usul hukukunun pozitif yapısına belirli bir dereceye kadar etkili olabilmiş, fakat doğrudan doğruya bir hukuk kaynağı olamamışlardır.

> "Pozitif" hukuktan sadece kanunlar hukuku ve milletlerarası sözleşmeler anlaşılmaz. Bu kavram objektif hukuk nizamının tekmil normlarını ifade eder. Genel olarak kabul edilmiş bulunan yorum kaideleri, teamül hukukundan çıkan esaslar ve uygulamadan, yani devletlerin belirli ilişkilerde, karşılıklı olarak devamlı aynı ölçüde tuttukları davranışlardan doğan kaideler de buraya girer. Hukukun pozitifliği mahkeme tatbikatının ve hukuk doktrininde kabul edilen sonuçların dikkate alınmasına da manî değildir.

25) Bkz. yukarıda s. 163 vd..

2. Hukuk kaynağı kavramı çok geniş bir anlamda ele alınırsa, milletlerarası usul hukukunun kaynakları arasında *comitas gentium* (comity, courtoisie internationale) da yer alabilir. Buna göre, her devlet kendi ülkesi üzerinde, yabancı devlete ait bir dava için gerekli olan fiillere teşebbüs edilmesine kolaylık göstermek durumundadır. Comitas gentium'un özellikle Kara Avrupası hukuklarındaki rolü çok sınırlıdır[26]. Bu prensip gerçi milletlerarası usul hukukunun tatbikatında zaman zaman kendini hissettirmiştir. Fakat bir opinio necessitatis'den mahrum olduğu için teamül hukuku haline gelememiştir. Meselâ bu prensip yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi için dahi ne hukukî bir gerekçe ve ne de bu konuda bir milletlerarası mükellefiyet tesis eder.

> Comitas gentium'un isminin ifade ettiği gibi bir mücamele (lütuf) veya dostluk gereği olarak nazara alınmış olduğu kabul edilirse de, aslında bu prensip devletlerin kendi menfaatleri ve gayelerine ulaşmada politik bir yol temini bakımından kullanılmıştır. Devletler yabancı bir devlete karşı comitas gentium'dan uzak kaldıkları takdirde, aynı karşılığı göreceklerini bildikleri için, bunun da doğuracağı güçlükleri dikkate alarak hiç bir zaman comitas gentium'u reddedici bir davranış içine girmemişlerdir.

3. Bir kanunlaştırmaya ihtiyaç göstermeksizin yürürlükleri kabul edilen *genel hukukî prensiplerden* söz edilebilir. Bu prensipler fiilen devletlerin mahkeme tatbikatlarında hemen hemen aynı ölçüde yer aldıkları ve hukuk ilmi tarafından da benimsendikleri için genel hukuk prensipleri olarak vasıflandırılırlar. İşte bu gibi genel ve yol gösterici nitelikteki prensipler milletlerarası usul hukuku için de düşünülmüştür. Hiç bir devletin yabancı bir ülke üzerinde onun müsaadesi olmaksızın usulî muamelelere girişemiyeceği ve mahallî bir kanunun herhangi bir ihtilafı yabancı mahkemelere bırakabileceği, fakat hiç bir zaman mahallî bir mahkemenin belirli bir yabancı devlet mahkemesine bir havalede bulunamıyacağı sözü edilen genel hukuk prensipleri olarak belirtilebilir. Aslında bunlar gerekçesini devletler hukukunda bulan ve yabancı devletlerin hâkimiyet haklarına riayet prensibinin tatbik şekillerinden bazılarıdır.

4. Tarafların anlaşmalarının milletlerarası usul hukukunda bir hukuk kaynağı olması, devletler hususî hukukuna nisbetle çok daha dar bir alanda mümkündür. Ölçüsü her hukuk nizamında aynı olmamakla beraber *irade muhtariyeti* için milletlerarası usul hukukunda da belirli bir etki alanı mevcuttur.

Devletler hususî hukukunda tarafların iradelerine bir bağlama kaidesi ni-

---

26) "Comitas gentium" tarihi gelişiminde ilk Hollanda'nın 17 nci yüzyıl hukuk doktrininde ve bugün hâlâ anglo-amerikan anlayışında büyük role sahip gözükmektedir: bkz. yukarıda s. 48 vd..

teliğini vermek özellikle akitler alanında imkân dahilindedir[27]. Usul hukukunun emredici olmayan alanlarında[28] da irade muhtariyetinin rol oynaması mümkündür.

a) Milletlerarası yetki üzerine tarafların bir anlaşma yapması *(Prorogation)* veya taraflardan birinin bir devletin milletlerarası yetkisine tek taraflı olarak kendini tâbi kılması düşünülebilir. Ancak bunların ne ölçüde yapılabileceği her hukuk nizamı için ayrı ayrı tesbit edilmek gerekir.

Türk hukukunda, bazı şartlara tâbi olarak taraflara milletlerarası yetki üzerine anlaşma yapabilme imkânı tanınmıştır (m. 31)[29].

> Yürürlüğü 22 Kasım 1982'de sona eren Muvakkat Kanunun sisteminde, tarafların yabancı olması halinde, şahsî statü (veya ahkâmı şahsiye) davalarında tarafların "birrıza" müracaatlarını Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin doğumu için gerekli gören hüküm (MuvK m. 4), tarafların iradelerine bu alanda bir hukuk kaynağı olabilme imkânını vermişti[30].

Kanun yollarına gidebilme imkânı ise tarafların anlaşmasıyla temin edilemez; kanun yollarının kabulü kanunla tesis edilebilir. Ayrıca kanun yollarından feragat, ancak kanun yollarına müracaat hakkının doğumundan sonra olabilir. Bu esasa aykırı taraf anlaşmalarının hükmü yoktur.

Tarafların anlaşma yoluyla hukukî ihtilafa diğer bir devletin usul nizamını tatbik ettirme imkânları hiç bir şekilde mevcut değildir. Mahkeme sadece kendisinin tâbi bulunduğu usul nizamını uygulayabilir. Meselâ taraflar mahkemenin resmî lisanı dışında başka bir lisan ile ihtilaflarının mahkemede görülmesini isteyemezler. Veya mahkemenin tâbi olduğu usul nizamının tanımadığı isbat vasıtaları ile iddialarını isbat edebilme hususunda bir anlaşmaya varamazlar. Davanın görülmesi sırasında tarafların iddia ve müdafaalarını yapabilmeleri bakımından sahip bulundukları usulî imkân ve vasıtalardan feragatı ifade eden anlaşmaların usul hukuku yönünden meydana getireceği sonuçlar, mahkemenin tâbi olduğu hukuk nizamına bağlı kalmaktadır.

b) Delil ibrazı, delil ikamesi, deliller ve delillerin değerlendirilmesi usule ait işlemlerdir, bu sebeple *lex fori*'ye tâbidirler. Ve kezâ mahkemede delil ibrazında gecikme, sual karşısında sükût, hasmın isbat vasıtalarının geçersiz

---

27) Bkz. yukarıda s. 259 vd..

28) Burada "emredici olmama" kamu hukuku karakterinin mukabili olarak kullanılmamaktadır. Çünkü usul hukuku bütünü itibariyle zaten bu karakterdedir. Bkz. yukarıda s. 287 vd..

29) Bkz. ileride s. 370 vd..

30) Bkz. ileride s. 348 vd..

hale getirilmesi ve *davada* taraflardan birinin davranışına bağlı olduğu sürece *isbat külfeti* de lex fori'ye tâbi olur.

Buna mukabil isbat külfeti belirli bir hukukî münasebete ilişkin *mahkeme dışı* bir duruma bağlı olduğu takdirde *lex causae*, yani bu belirli hukukî münasebetin tâbi olduğu hukuk nizamı lex fori yerine geçer[31]. Bu prensip özellikle ispat külfetinin "yer değiştirmesinde" söz konusudur.

Şu halde, taraflar aralarındaki hukukî münasebet için tatbiki söz konusu olan kanunî düzeni *isbat külfeti* yönünden değiştiren bir anlaşma yapabilirler. Esas hukukî münasebet yabancı bir hukuka tâbi bulunmakta ise, isbat külfetini değiştiren bir anlaşma veya şartın geçerliliği de bu yabancı hukuka bağlı kalır.

Misal : Her ikisi de Türk vatandaşı olan ve Türkiye'de ikamet eden anne ve kız Londra'da bir uçak kazasında ölü bulunuyorlar. İngiltere'de menkul tereke sahibidirler. Menkul tereke Türk hukukuna tâbi olarak intikal edecektir. **Birlikte ölüm karinesi** de lex causae'ya, yani Türk hukukuna tâbi olarak (MK m. 28 II) geçerlilik kazanır. Ölüm karinesi usul hukukuna ait bulunsaydı, İngiliz hukuku lex fori olarak uygulanacaktı. O takdirde ölenlerden genç olanı daha sonra ölmüş kabul edilecekti (Law of Property Act 1925, sect. 184).

İsbat külfeti konusunda tarafların sahip oldukları bu imkân tarafların mahkemenin tâbi olduğu usul hukukunu değiştirebildikleri anlamında kabul edilmemelidir. Çünkü burada lex fori prensibinin gerçek bir istisnası söz konusu değildir[32]. İngiliz hukuk anlayışı bir yana bırakılacak olursa, Kara Avrupası hukukunda isbat külfetinin kanunî veya ahdî tanziminin prensip olarak maddî hukuka ait bulunduğu görüşü ağırlıktadır. Bu sebeple de isbat külfetini düzenleyen kanunî hükümler devletler hususî hukuku kaidelerine göre yabancı bir hukuk olarak da tatbik edilebilir. Yalnız dikkat edilmesi gereken nokta şudur: hâkimin delilleri serbestçe takdir edebilmesi ve buna ilişkin esaslar isbat külfeti alanına girmez. Hâkimin serbest olarak delilleri kıymetlendirmesi usul hukuku karakterine sahiptir. Ve usul hukuku sistemlerinin hiç birinde isbat külfeti ile ilgili görülmez. Hâkimin delilleri serbestçe kıymetlendirmesi prensibini sınırlayan anlaşmalar "delil anlaşmaları" konusu içerisinde yer alır, fakat "İsbat külfeti anlaşmaları" içerisinde mütalaa edilemez. Delil anlaşmaları ise usul hukukuna ait anlaşmalardır.

İsbat külfeti üzerine yapılan anlaşmalar genellikle teminat akti veya nakliye mukaveleleri gibi özel hukuk akitlerinin bir kısmı olarak ortaya çıkar. Bu anlaşmaların mahallî hukuka mı yoksa yabancı hukuka göre mi muamele göreceği milletlerarası usul hukukunun değil, devletler hususî hukukunun bir meselesidir.

31) Geniş bilgi için bkz. ileride s. 308 vd..

32) Bkz. RIEZLER 44.

5. Milletlerarası usul hukukuna ait hükümler genellikle sistematik bir düzenlemeden mahrumdurlar. Özellikle milletlerarası yetki kaidelerinin durumu hemen hemen bütün hukuk sistemlerinde bu görünüştedir.

Türk hukukunda 20.5.1982 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanunu yürürlüğe girene kadar uygulanan 1330 tarihli Muvakkat Kanunun 4'üncü maddesi milletlerarası yetkiyi düzenlemişti. Gerek bu kanuna gerekse 20.5.1982 tarihli Kanuna göre, milletlerarası yetki kaideleri iç hukuka ait usul hükümlerinden istifade edilerek temin edilebilmektedir. Bunun yanında usul hukukuna ve maddî hukuka ait kanunlarda da serpiştirilmiş şekilde milletlerarası usul hukukuna ait hükümler mevcuttur. Bazı özel alanlarda yapılan milletlerarası sözleşmelerde de milletlerarası yetki kaidelerine rastlanmaktadır.

§ 17. LEX FORİ PRENSİBİ

I. GENEL OLARAK

1. Özel hukuka ait davalarda takip edilecek usul, prensip olarak kendisine baş vurulan mahkemenin tâbi bulunduğu hukuka, yani *lex fori*'ye göre yürür. Tarafların vatandaş veya yabancı olmalarının hiç bir önemi yoktur. Mahkeme, ait bulunduğu devletin hukukuna göre kurulmuştur. Mahkemenin görev ve faaliyet alanı da bu hukuka göre tesbit edilir. Davada takip edilen usulün ana gayesi maddî bakımdan doğru bir hükme ulaşmaktır. Bu gayeye ulaşılmasında, davanın şu veya bu hukukun hâkimiyeti altında yürütülmesi prensip olarak rol oynamaz. Bu bakımdan davanın onu görmekte olan mahkemenin tâbi bulunduğu hukuktan başka bir hukukun usulüne tâbi tutulmasında bir haklılık görülemez.

Davanın tâbi olduğu usul üzerinde lex fori'nin sahip olduğu hâkimiyetin, hukukî ihtilafla bağlantısı bulunan veya doğrudan doğruya hukukî ihtilafı teşkil eden tarafların faaliyetine teşmil edilmesinde dikkatli olmak gerekir. Meselâ, mahkeme dışı bir sulh veya yabancı maddî hukuka göre halli gerekmekte olan bir ihtilafta yabancı bir hukukçudan mütalaa alınmasına dair yapılan bir anlaşma lex fori'ye tâbi usulî muameleler olarak düşünülemez.

2. Lex fori'nin usule hâkim olması prensibinin **gerekçesi** milletlerarası kamu düzeninde aranmış ve buna ek olarak locus regit actum kaidesinden de istifadeye çalışılmıştır[33].

Gerçi usul hukukunda yer alan bir çok temel müesseselerin kamu düzeni ile yakın ilişkisi inkâr edilemez. Ancak tekmil usul muamelelerinin kamu düzeninden olduğunu iddia etmek de mümkün değildir. Bu gibi kamu düzeninden sayılamıyacak olan usulî muamelelerin lex fori'ye tâbi kılınmasını locus regit ac-

33) Bu konuda geniş bilgi için bkz. RIEZLER 93 vd.; ayrıca bkz. Yar. 2. HD., 14.5.1981 (E. 3630/K. 3766).; Yar. 2. HD., 27.5.1998 (E.4842/K6521): "Yabancı unsurlu davalarda, yargılamaya ilişkin sorunlar hâkimin kanununa tâbidir (lex fori). Bu kural devletin yargı organları yolu ile ülkesi üzerindeki hâkimiyetini gösterir. Mahkemelerin yargılamayı kendi kurallarına göre yapması işin tabii sonucudur."

tum kaidesi ile de izaha imkân görülemez. Zira evvelâ locus regit actum kaidesi usul hukukuna ait muameleler için değil, fakat medenî hukukun hukukî muameleleri için söz konusudur. Kaldı ki, bu kaide hukukî ilişkileri kolaylaştırma gayesiyle hareket eder ve bu sebeple de uygulanmasında genellikle ihtiyarî bir karaktere sahiptir. Buna mukabil usul muamelelerinde lex fori'nin tatbiki ihtiyarî değil, tam tersine mecburidir.

Lex fori'nin tatbiki usul nizamının bizzat kendi mahiyetinden doğan bir zarurettir. Yargı faaliyeti kamu hukukuna giren bir faaliyettir. Ve kamu hukukunun da bir gereğidir ki, resmi organların faaliyeti, bu resmî organların bağlı bulunduğu devlette geçerlidir. Farklı bir deyişle, hiç bir devlet kendi kamu faaliyetinin diğer bir devlette tanınmasını veya kabulünü bekleyemez ve isteyemez. Taraflara ait bulunan usulî muamelelerin de lex fori'ye bağlı kılınması, usulün bütün olarak tek bir hukuk nizamı içerisinde yürütülmesi zaruretinden doğar. Tek bir hukuk nizamı içerisinde yürütülme zarureti, usulün belirli bir hukuk sahasında lokalize edilmesi ve tekmil taraflar için usul nizamının birlik arzetmesi ihtiyacına dayanır.

3. Mahiyetleri itibariyle bazı muamelelerin lex fori prensibine tâbi olup olmıyacakları tereddüt uyandırabilir.

Davada savunma vasıtalarından olan *itirazın* ileri sürülmesi dava prosedürüne ait bulunmaktadır. Ancak itirazın tâbi bulunduğu hukukun tesbiti, onun niteliğinin tâyinine bağlı kalmaktadır. Bu bakımdan önce itirazın maddî hukuk karakterli mi, yoksa usul hukuku karakterli mi olduğu bilinmelidir.

a) Mahkemenin yetkisizliği veya dava masrafları için teminat gösterilmemesi sebebiyle yapılan itirazlar gibi, *usulî itirazların* kabulü genel olarak lex fori'ye tâbidir. Ancak usulî itirazın muhtevası itibariyle bir maddî hukuk (medenî hukuk) münasebetine istinat etmesi mümkündür. Bu gibi meselâ taraf olma ehliyetinin veya dava ehliyetinin veya kanunî temsil hakkının bulunmaması sebebiyle yapılan usulî itirazlarda, bunların muhtevalarını teşkil eden maddî hukuk (medenî hukuk) münasebetleri lex fori'ye göre değil, fakat bu münasebetlere tatbiki gerekli maddî hukuka göre hükme bağlanır.

Şu halde, taraf ehliyeti ve dava ehliyeti, genellikle hak ehliyeti ve fiil ehliyetine bağlı olarak ilgilinin şahsî hukukuna tâbidir. Bu itibarla yabancıların taraf olma ehliyeti ve dava ehliyetinin tayininde yabancı hukuklar söz sahibi olabilmektedir.

aa) **Türk usul hukukunda** taraf olma ehliyetini maddî hukuk tayin eder. Medenî Kanuna göre hak ehliyetine sahip olan kişi, taraf olma ehliyetine de sahiptir (HUMK m. 38). Taraf olma ehliyeti bir **usul hukuku kavramıdır**. Bu kavram ile, davacı veya davalı, fer'î veya aslî müdahil, talep sahibi veya talep muhatabı olarak bir davaya iştirak edebilme ehliyeti ifade edilmektedir. Bu itibar-

la, davacının dava dilekçesinde tarafları isimleriyle belirtmesi prensibinden hareket edilmiştir (HUMK m. 179). Taraflardan birinin mevcut olmadığı anlaşılırsa dava **usulî bir hükümle** reddedilir[34]. Mahkeme dava dilekçesinde belirtilmiş olan tarafların taraf olma ehliyetlerinin bulunup bulunmadığını tetkik etmek ve taraflardan birinin taraf olma ehliyetine sahip bulunmadığını anladığında, bunu yargılamanın her safhasında re'sen nazara alarak davayı reddetmek mecburiyetindedir.

Görüldüğü üzere, *Türk hukukunda, yabancıların taraf olma ehliyetini* düzenleyen bir kanunlar ihtilafı kaidesi mevcut değildir. En azından yazılı bir norm bulunmamaktadır[35]. Bununla beraber, burada hak ve fiil ehliyetini ilgilinin millî hukukuna tâbi tutan kanunlar ihtilafı hükmüne uygun hareket edilmesi zarureti mevcuttur. Zira hak ve fiil ehliyetini ilgilinin millî hukukuna tâbi tutan hüküm maddî hukuka ait bir kanunlar ihtilafı kaidesi olmakla beraber, bir yabancının davada taraf olma ehliyeti bakımından da, hak ehliyetine uygulanan ve onu düzenleyen hukuk nizamını tatbik etmek Türk usul hukuku sisteminin gereğidir. Usul hukuku sistemimizde, diğer bir çok hukuk nizamlarında olduğu gibi, taraf olma ehliyeti *maddî hukuka bırakılmış* bir konudur. Bu durum, yabancının taraf olma ehliyeti hakkında da, maddî hukuka ilişkin kanunlar ihtilafı kaidesinin tatbikini mümkün kılmakta ve hatta mecburi hale getirmektedir[36]. Şu halde, Türk hukukunda da, bir yabancının davada taraf olma ehliyeti, lex fori'nin, yani Türk hukukunun maddî normlarına göre değil, yabancının kendi millî hukukuna göre tayin edilecektir.

Davada taraf olma ehliyeti bakımından gerçek şahıslar ile tüzel kişiler arasında prensipte bir fark mevcut değildir. Gerçek kişilerde olduğu gibi, **tüzel kişilerde** de taraf olma ehliyeti ile hak ehliyeti "eş anlamlı" olarak kullanılmaktadır. Tüzel kişiler için de taraf olma ehliyeti Medenî Kanunun maddî hukuk kavramlarından elde edilir. Ve usul hukuku kavramı olarak tüzel kişilerin davada taraf olma ehliyeti maddî hukukun hak ehliyeti kavramına bağlıdır.

Buna göre, Türk hukukunda hak ehliyetine sahip gerçek kişiler yanında **tüzel kişiler** de (MK m. 46) davada taraf olma ehliyetine sahiptirler. Tüzel kişiliği bulunmayan toplulukların davada taraf olma ehliyetleri de yoktur.

Yabancı *tüzel kişilerin* davada taraf olma ehliyetlerini tayin eden hukuk nizamı da tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyetine ilişkin maddî kanunlar ihtilafı

34) ROSENBERG / SCHWAB Zivilprozessrecht12 1977, 213.

35) Bu konuda yazılı bir norma sahip olmayan **Alman hukukunda, usul hukukuna** ait yazılı olmayan bir kanunlar ihtilafı normunun bulunduğu anlayışı gittikçe kuvvet kazanmaktadır; NAGEL 1984 114.

36) Aynı istikamette, özellikle ROSENBERG / SCHWAB Zivilprozessrecht12 1977, 206; STEIN - JONAS - LEOPOLD Kommentar zur Zivilprozessordnung19 1972 - 1975, 201977, § 50 ZPO RNr 35; ayrıca bkz. PAGENSTECHER Werden die Partei- und die Prozessfaehigkeit eines Auslaenders nach seinem Personalstatut oder nach den Sachnormen der "lex fori" beurteilt?: ZZP 64 (1951) 260.

kaidesinden istifade ile tayin olunur[37]. Buna göre, yabancı tüzel kişilerin (veya kişi veya mal topluluklarının) davada taraf olma ehliyetleri, kendi millî hukuklarına göre, yani "statülerindeki idare merkezinin bulunduğu devletin hukukuna" göre tesbit edilir. Ancak fiilî idare merkezinin Türkiye'de olması halinde Türk hukukunun ilgili maddî hukuk kaideleri uygulanabilir (m. 8 III).

Yabancı hukuklar dikkate alındığında, usul hukukundaki taraf olma ehliyeti ile maddî hukukun hak ehliyeti kavramının daima birbirini ifade ettiği söylenemez. Bazı hukuklarda hak ehliyetine sahip olmayan toplulukların da davada en azından pasif taraf olma (davalı olma) ehliyeti kabul edilmiştir. Meselâ **Alman** hukukunda, hak ehliyetine sahip olmayan bir dernek dava edilebilir (ZPO § 50 II). Burada önemli olan, bazı hukuk sistemlerinde hak ehliyeti ile davada taraf olma ehliyetinin birbirini ihata etmediğini tesbittir. Bu sebeple, bir yabancı gerçek şahsın, bir yabancı tüzel kişinin veya yabancı bir şahıs veya mal topluluğunun davada taraf olma ehliyetini tayinde, bunların kendi millî hukuklarına göre hak ehliyetine sahip bulunmaları değil, fakat doğrudan doğruya kendi millî hukuklarına göre davada taraf olma ehliyetine sahip olup olmadıkları dikkate alınır.

Yabancı gerçek ve tüzel kişilerin, davada taraf olma ehliyetlerinin kendi millî hukuklarına göre tayini[38] prensibinden *işlem güvenliği* sebebiyle vazgeçilebilir. Millî hukukuna göre, davada taraf olma ehliyetine sahip bulunmayan "yabancı", eğer Türk hukukuna göre bu ehliyete sahip ise, Türkiye'de taraf olma ehliyetine sahip kabul edilir. En azından "işlem güvenliği" bakımından böyle bir yabancının pasif taraf (davalı) olabilme ehliyetine sahip olduğundan hareket edilmesi zaruridir. Böyle bir sonuç, taraf olma ehliyeti bakımından da uygulanan maddî hukuka ait kanunlar ihtilafı kaidesinde yer alan hükmün kıyasen tatbikiyle de temin edilebilir. Bu hükme göre, "millî hukukuna göre ehliyetsiz olan bir yabancı Türk hukukuna göre ehil ise, Türkiye'de yaptığı hukukî işlemle bağlıdır" (m. 8. II).

bb) Bir şahsın bizzat veya yetkili kılacağı bir temsilci vasıtasıyla bir davayı, davacı veya davalı olarak, takip etme ve usulî işlemler yapabilme ehliyeti de **dava ehliyeti** kavramı ile ifade edilmektedir.

Türk hukukunda medenî hakları kullanma ehliyetine sahip olan gerçek ve

37) Yabancıların davada taraf olma ehliyetlerine İtalya, Fransa, Bulgaristan, Romanya, Macaristan, Çekoslovakya ve Yugoslavya'da **"lex patriae"**, İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri'nde **"lex domicilii"**, Rusya ve Polonya'da münhasıran **"lex fori"** karar vermektedir; bkz. NAGEL 1984 116.

38) Yabancı bir teşebbüsün Türkiye'deki şubesi de prensip olarak bu yabancı teşebbüsün hukukî durumuna tâbidir, zira şubenin "özel" bir hak ehliyeti yoktur. Diğer yandan, şubenin muamelelerinden dolayı yabancı teşebbüs dava edebilir ve davalı olabilir. Türkiye'de merkez veya şubesi bulunmayan yabancı teşebbüslerin adına ve onlara izafeten Türkiye'de işlem yapana karşı açılan davalarda da, TK m.117/3 uyarınca, esas sözleşmede taraf olan teşebbüs aleyhine karar tesis edilebileceği hakkında: Yar.13. HD., 9.12.1996 (YKD 2/1997 230/231).

tüzel kişiler dava ehliyetine de sahiptirler. Yani bir usul hukuku kavramı olan dava ehliyeti ile maddî hukukun fiil ehliyeti arasında, hak ve taraf olma ehliyetinde olduğu gibi, bir bağlantı tesis edilmiştir.

Yabancıların taraf olma ehliyetlerinde olduğu gibi, dava ehliyetlerinde de, bir şahsın fiil ehliyetini onun millî hukukuna tâbi tutan maddî hukuka ait kanunlar ihtilafı kaidesine (m. 8) bağlanmak zarureti vardır.

Yabancı gerçek bir şahsın dava ehliyeti onun millî hukukuna göre tayin edilir. Yabancı tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının dava ehliyetleri ise, statülerindeki idare merkezinin bulunduğu yer hukukuna göre tayin edilir. Bu hukuk, ilgili teşekkülü hangi kanunî temsilcinin veya hangi organın mahkemede temsil edeceği hususunu da belirler.

Bir yabancı kendi ülkesinde **hacir altına alınmış** ise, dava ehliyeti de kendi hukukuna göre belirlenir. Ve prensip olarak dava ehliyetine sahip değildir. Ancak eğer yabancı Türkiye'de hacir altına alınmış bulunuyor ve fakat kendi millî hukuku bu hacir altına alınmayı tanımıyor ise, artık onun dava ehliyeti millî hukukuna göre tayin edilemez. Zira hacir altına alınmada devlete ait bir fiil sözkonusudur. Hacir altına alınmış bir şahsa kendi millî hukukuna göre dava ehliyeti tanımak, devletin kendi fiili ile çelişkiye düşmesi anlamına gelirdi. Bununla beraber hacir altına alınanların Türk hukukunda istisnaî hallerde dava ehliyetine sahip oldukları gözden kaçırılmamalıdır.

Yabancının dava ehliyetini tayinde uygulanan maddî hukuka ait kanunlar ihtilafı kaidesinin *işlem güvenliği* bakımından getirmiş olduğu hüküm burada da kıyasen geçerlidir. Yani kendi milli hukukuna göre dava ehliyetinden mahrum olan yabancı, eğer Türk hukukuna göre dava ehliyetine sahip kabul ediliyor ise, Türk mahkemelerinde davaya ehil sayılır (m. 8 II). Böyle bir durumda, sadece mahallî işlem güvenliğinin korunması gayesiyle "lex fori" prensibine bağlanılmaktadır. Mesela, kendisine velisi tarafından bir meslek ve sanatla uğraşma izni verilen yabancı mümeyyiz bir küçük, kendi hukukuna göre dava ehliyetine sahip bulunmasa dahi, Türkiye'de bu meslek ve sanatın gereği olarak yaptığı işlemlerden doğan alacak ve borçlar için açılan davalarda dava ehliyetine sahip kabul edilir.

Vatansızlar için, taraf olma ehliyeti ve dava ehliyetinin tayininde millî hukuk yerine, ilgili şahsın mutad ikamet yerindeki veya bulunduğu yerdeki usul hukuku nazara alınır.

cc) Bir şahsın taraf olduğu bir davayı kendisinin takip edebilmesi (veya vekil ile takip ettirebilmesi) yetkisine **davayı takip yetkisi** denmektedir. Kaide olarak **dava ehliyeti** davayı takip yetkisini de ihtiva eder. Yani dava ehliyetine sahip olan kişi, taraf olduğu bir davayı bizzat takip edebilir. Ancak bazı özel durumlarda, dava ehliyetine sahip olan şahıs, taraf bulunduğu davayı bizzat takip edebilme yetkisine sahip değildir. Bu yetki başkasına alttir. Davayı takip yetkisinin bir dava şartı olduğunda ittifak vardır. Bu sebeple noksanlığı halin-

de davanın reddine gidilir. Bu bakımdan **davayı takip yetkisinin**, "lex fori"ye göre hükme bağlanması gereği ortaya çıkmaktadır.

Davayı takip yetkisi genellikle iflas memuru, vasiyeti tenfiz memuru, tasfiye memuru gibi görevlilere, görevi gereği verilir. Böyle bir **idare görevi** yabancı hukuk tarafından verilmiş bulunuyor ise, bu göreve sahip şahsın davayı takip yetkisine sahip olup olmadığı **Türk hukukuna** göre tayin edilir. Ayrıca böyle bir idare görevinin Türk hukukunca da tanınmış olması şarttır.

Buna mukabil davayı takip yetkisi **maddi hukuka** dayanmakta ise, Türk **devletler hususi hukuku kaidelerine** göre tayin edilmiş olan hukuk davaya giren şahsın davayı takip yetkisine sahip olup olmadığını belirler. Meselâ, eşlerden biri evlilikte kabul ettikleri mal rejimine dayanarak diğer eşe ait bir talepte bulunmak istiyor ise; veya müşterek maliklerden biri müstakil mülkiyet hakkından doğan bir hakkı ileri sürüyor ise; veya müşterek alacaklı taksimi kabul edilmeyen bir talep hakkını dava etmek istiyor ise.

Davayı takip yetkisi bir **usul hukuku hükmüne** dayanıyor ise, bu konuda "lex fori" karar verir. Meselâ dava esnasında ihtilaf konusu şeyin devir ve temliki veya talep konusu alacağın temliki halinde davacının durumunu HUMK m. 186 düzenler. Dava konusunun devir ve temlikinin hangi hukuka göre karara bağlanacağı ise, devletler hususî hukuku kaidelerinin görevidir.

dd) Türk hukukunda bir davanın takibi için **vekil** (avukat) **tutma**, yani davayı avukat aracılığı ile takip etme mecburiyeti yoktur (HUMK m. 59 I). Fakat bazı hukuklarda, Alman usul hukukunda (ZPO § 78 I), belirli mahkemelerde davanın avukat vasıtasıyla takip edilmesi zarureti vardır. Bu sebeple, taraflardan birinin mahkeme önünde davasını bizzat takip edebilip edemiyeceği meselesi de ortaya çıkabilir. Bu konuda münhasıran, kendisine müracaat edilen **mahkemenin kanunu** (lex fori) karar verir. Şu halde kendi hukukundaki durum ne olursa olsun, bir yabancı Türk mahkemesinde davasını takip için avukat tutmak mecburiyetinde bırakılamaz. Bununla beraber, şüphesiz Türk usul hukukuna göre hâkimin taraflardan birini avukat tutmaya zorlayabileceği haller (meselâ HUMK m. 70, 71), yabancılar için de geçerlidir.

b) Maddî hukuka (medenî hukuka) ait itiraz ve def'iler için lex fori'ye tâbi olmak söz konusu değildir. Bu nitelikteki itiraz ve def'iler devletler hususî hukuku kaidelerinin gösterdiği maddî hukuka göre hükme bağlanır. Meselâ hak ehliyetsizliğine veya fiil ehliyetsizliğine ilişkin veya hata, hile, tehdit, takas ve benzer sebeplere dayanan itiraz ve def'iler[39] devletler hususî hukuku kaidelerinin müsaadesi ölçüsünde lex fori'ye tâbi olabilirler.

c) İtiraz veya def'ilerin maddî hukuka mı yoksa usul hukukuna mı ait bulunduğu bir *vasıflandırma* meselesi olarak ortaya çıkabilir. Zamanaşımı gibi bazı müesseselerin hukuk nizamlarında farklı bir vasıflandırmaya tâbi tutulması mümkündür[40].

39) "İtiraz" ve "def'i" arasında mevcut nitelik farkı konumuz itibariyle önem taşımaz. Her iki grup da aynı esaslara tâbidir.

40) Bkz. ileride s. 316 vd..

II. LEX FORİ'NİN ETKİ ALANI

Lex fori prensibinin usule hâkim olması mutlak değildir. Ülkeden ülkeye ağırlığı değişen *istisnaları* veya *sınırlamaları* vardır:

1. Usul hukukunda genellikle ikametgâh, hak ehliyeti ve fiil ehliyeti, kanunî temsilci veya mirasçı gibi maddî hukuka ait kavramlar kullanılır. Bu kavramların devletler hususî hukuku kaidelerinin emri uyarınca yabancı bir hukuka göre tesbiti gereken durumlarda, muhtemelen tam anlamıyla lex fori prensibinin istisnalarından söz edilemez. Gerçi bu gibi durumlarda yabancı hukuk sadece maddî bir karar temini için değil, aynı zamanda bir usul kaidesinin uygulanması için de dikkate alınmaktadır. Fakat bu, bizzat lex fori'nin bir emri olarak yerine getirilir, yani sözü edilen hukukî kavramlar mahallî kanunlar ihtilafı normu gereği yabancı hukuka göre belirlenir.

2. Yabancı bir mahkeme kararının kesin hüküm kuvvetinin ülkede tanınıp tanınmıyacağı meselesi şüphesiz mahallî hukuka göre tesbit edilecektir. Bununla beraber kesin hüküm gibi saf usulî bir kavramda dahi, mahallî mahkemenin bu kavramın unsurlarının gerçekleşmiş olup olmadığını yabancı hukuktan hareketle tayin etmesi gerekmektedir. Çünkü yabancı mahkeme kararının kesin hüküm kuvvetini elde edip etmediği veya hangi şartlar altında kesin hüküm kuvvetine sahip bulunduğu önmeselesi, mahallî hâkim için de yabancı hukukun bir meselesi olarak ortaya çıkmaktadır. Hakim yabancı mahkeme kararının kesin hüküm kuvvetini bu kararın verildiği ülkenin hukukuna göre belirleyecektir. Şu halde, yabancı bir mahkeme kararının gerçekten bir mahkeme kararı olup olmadığı ve kesin hüküm teşkil edip etmediği, hâkim için lex fori'ye göre değil, fakat ilgili yabancı hukuka göre halledilmesi gereken bir hukukî mesele olmaktadır (m. 34 I).

3. Mahkeme yabancı bir makamın talep ettiği hukukî yardımı yaparken, bunu kendi hukuk nizamı emrettiği veya müsaade ettiği için yapmakta ise, lex fori prensibine bir istisnadan söz edilemez. Buna mukabil bir devletin resmî makam veya memurları yabancı bir ülkede bir takım hukukî fiillere kendi hukuklarına uygun olarak teşebbüs edebilmekteyseler (Tebligat K. m. 25 II), o yabancı ülke bakımından lex fori'nin kısıtlanmasından söz etmek yerinde olur. Bu da şüphesiz lex fori'nin müsaadesiyle mümkündür. Devletler bu müsaadeyi ya kendi kanunlarıyla ya da yaptıkları milletlerarası sözleşmelerle verirler. Böyle bir müsaade verildiği takdirde, lex fori artık yabancı makam veya memurlarca yapılacak hukukî fiillerin usulünü göstermek yetkisine sahip değildir. Yabancı makam veya memur yapılması kendisine müsaade edilmiş hukukî fiillere *kendi hukukuna* göre teşebbüs eder. Bunun aksi de varittir. Ya-

ni bir mahkeme yabancı bir ülkenin resmî makamlarından hukukî bir yardım talep etmekte ise, bu hukukî yardımın ora usulüne göre gerçekleştirilmesini kabul zorundadır. Bu sebeple yabancı bir ülkede yapılan bir tebligatın (Tebligat K. m. 25 I) mevcut olup olmadığı, bu tebligatı temin eden yabancı devletin ilgili hükümlerine göre tesbit edilecektir. Böylece bir usul hukuku, yabancı ülkede ve yabancı kanuna göre yapılmış olan belirli hukukî fiilleri tanıma durumundadır.

Yabancı bir devlet mahkemesinden bir hukukî yardım talebinde bulunan mahkeme bu hukukî yardımın belirli bir şekil içerisinde gerçekleştirilmesini isteyebilirse de, kendisinden yardım istenen yabancı mahkeme bu isteği yerine getirmek için zorlanamaz. Farklı bir anlayışa milletlerarası sözleşmelerde yer verilebilir[41].

4. Şüphesiz mahkemenin *lisanı* lex fori tarafından tesbit edilir. Gerek mahkemedeki konuşmalarda gerekse mahkemeye verilen tekmil dilekçe ve yazılı metinlerde mahkeme lisanının kullanılması mecburiyeti vardır. Mahkeme lisanı dışında herhangi bir lisanla yapılan konuşma ve beyanlar veya yazılı dilekçe ve metinler dikkate alınmaz, özellikle süreler bakımından önem taşımazlar.

Prensip bu olmakla beraber bu prensibin uygulanması fazla sertlik taşımaz. Taraflardan birinin veya bir şahidin veya bilirkişinin yabancı dildeki beyanları, hâkim veya mahkeme reisi veya yetkili bir tercüman tarafından anında mahkemenin lisanına tercüme ediliyorsa, bunların hüküm ifade edeceğinde tereddüt etmemek gerekir. Yabancı dilde verilen dilekçe ve yazılı metinlerin, beraberinde yetkili makamlarca tasdikli tercümelerini de ihtiva etmesi halinde, yine geçerli olacağını[42] kabul etmek lâzımdır[43].

> Diğer yandan Türkçe lisanına vâkıf olmayan yabancıların Türkler karşısında güç durumda bulundukları izaha ihtiyaç göstermez. Bu güçlük özellikle gittikçe artan sayıda ortaya çıkan Türklerle yabancılar arasındaki evliliklerde daha da önem kazanmaktadır. Ve bu çeşit davalarda tercüman özel bir yere sahip hâle gelmektedir. **Tercüman** hâkim için bir yardımcıdır, ancak şüphesiz bir bilirkişi değildir. Bununla beraber, tercümanlara, **bilirkişilerin reddine** ilişkin hüküm (HUMK m. 277) kıyasen tatbik edilebilir. Ayrıca hâkim gerekli gördüğü takdirde tercümana yemin verdirebilir.

41) Meselâ "Hukukî veya Ticarî Konularda Adlî ve Gayrî Adlî Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine dair Sözleşme (m. 5 I)" de âkit taraflar bu konuda yükümlük altına girmişlerdir. (RG. 17 Haziran 1972 - 14218).

42) Türk hukukunda bkz. Anayasa m. 3 I ve HUMK m. 276; ayrıca KURU 122.

43) Hukukî **yardım usulünde** kullanılacak lisan meselesi özel bir önem taşır. Bu konuyu düzenleyen milletlerarası sözleşmelerde ilgili hükümlere yer verilir. Meselâ "Hukukî veya Ticarî Konularda Adlî ve Gayrî Adlî Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine dair Sözleşme" m. 5 III (RG. 17 Haziran 1972 - 14218) ve "Hukuk Usulüne dair Sözleşme" m. 10 (RG. 23 Mayıs 1972 - 14194).

III. İSBAT HUKUKUNDA "LEX FORİ" PRENSİBİ

İsbat hukuku usul hukuku içerisinde önemli bir ağırlığa sahiptir. Bunun yanında, isbat külfetine ilişkin bir çok kaideler usul hukukuna değil, fakat maddî hukuka ait bulunmaktadırlar. Ayrıca isbat hukuku usul hukuku karakterli olsa dahi, bir çok meseleleri, uygulanacak hukuku tayin bakımından özel bir incelemeyi de gerektirmektedir. Bu sebeplerle, isbat hukukunun üzerinde özel olarak durulması gerekmektedir.

1. *İsbat hukukuna* prensip olarak *"lex fori"* hâkimdir. Özel hakların muhtevası ile bunların yargı yoluyla ileri sürülmesi arasında bir ayırım yapma zarureti, bu konuda da lex fori prensibine bağlanmayı haklı kılar. Zira sadece kendi usul hükümlerini tatbik mecburiyetinde olan hâkim, hakların yargı yoluyla ileri sürülebilmesine ilişkin yabancı hukuk kaidelerini uygulama imkanına sahip değildir.

Şu halde, *isbat vasıtalarının kabul edilebilirliği ile bir delilin nev'i ve ileri sürülebilme şekli hakkında lex fori karar verir.* Bu bakımdan yabancı isbat hukuku ile lex fori arasında bir kanunlar ihtilafının meydana gelmesi prensip olarak beklenmez.

> **Anglo-amerikan** hukukunda lex fori prensibinin çok daha katı olarak uygulandığı görülmektedir. Mevcut bir talebi ileri sürebilme imkanını bahşeden ve usulî bir hak olarak nazara alınan "remedy" ile maddî hukuka ait olan hak ("right") arasında kesin bir ayırım yapılmaktadır. "Remedy" münhasıran lex fori tarafından idare edilmektedir[44]. Buna mukabil **Fransız** hukukunda delillerin kabulü ("admissibilité de la preuve") maddî hukuk ile bağlantılı bir mesele olarak ele alınmıştır. Bunun, latin ülkelerinin bir geleneği olduğu söylenebilmektedir[45].
>
> Diğer taraftan, isbat vasıtalarının kabulü hakkında, ihtilaf konusu işlemin doğduğu yer hukukunun (lex loci contractus) tercih edilmesi fikri de yaygınlaşmaktadır. Ancak bu fikir tatbikatta henüz kendisine yer bulmuş değildir.

2. İsbat hukukunun lex fori'ye tâbi olması prensibi bir yandan mahkemenin kendi usul hukukuna yabancı olan isbat vasıtalarını kabul ve uygulayamıyacağı anlamına gelirken, diğer yandan lex fori'nin ancak ülke sınırları içerisinde tatbik edilebileceğini ifade eder. *Delillerin ikamesi prensip olarak ülke içerisinde yapılabilir.* Şahitler ve bilirkişiler prensip olarak ancak ülke içerisinde bulunuyorlar ise mahkemeye davet edilebilirler. Bunlara karşı zorlayıcı tedbirler sadece ülke içerisinde mümkün olabilir.

---

44) CHESHIRE / NORTH Cheshire's Private International Law 1970, 661.

45) BATIFFOL / LAGARDE II 1976 No. 707.

Bu bakımlardan, isbat hukuku usul hukukunda özel bir yere sahiptir. Zira usul hukuku, ülkesellik prensibi ile tabiiyet prensiplerinin birbirini sınırlayan kaidelerinin hâkimiyeti altındadır. Tabiiyet prensibi meselâ mahkemelerin milletlerarası yetkisi üzerinde etkili olur. Yine tabiiyet prensibi dolayısıyla, milletlerarası usul hukukuna ait kanunlar ihtilafı kaideleri yabancıların taraf olma ve dava ehliyetini tayinde söz sahibi olurlar. Buna karşılık devletlerin birbirlerinden oldukça farklılık gösteren isbat hukuklarının birbirinin sahasına girdiğini söylemek prensip olarak mümkün değildir[46].

3. İsbat hukukunun prensip olarak lex fori'nin usul hükümlerine göre hükme bağlanması, usulî hükümlerin maddî hukuk hükümlerinden ayrılması meselesini önemli bir konu haline getirir. Bununla *vasıflandırma* problemi ifade edilmektedir. Belirli bir hukukî müessesenin *isbat hukukuna mı* ait olduğu *yoksa maddî hukuka mı* ait bulunduğu cevaplandırılması gereken ilk mesele olmaktadır. Bu mesele, ilgili bahiste açıklandığı üzere[47], ağırlığını kabul ettirmiş anlayışa göre, lex fori'ye göre çözümlenir.

Maddi normlar ile usulî normlar arasında belirli bir **sınır çizgisi** çizebilmek bugüne kadar mümkün olamamıştır. Ayrıca çeşitli ülkelerin hukuklarında yer alan kaideler de birbirlerinden çok farklı ve çelişkili durumdadırlar. Bu durum, zamanaşımı konusunda da kendini göstermektedir. İsbat hukukunda, bir talep bir hukuka göre **zamanaşımına** uğramış ise artık isbat edilmesine gerek kalmaz. Aynı talep diğer bir hukuka göre zamanaşımına uğramamış ise, muhtemelen bir isbat prosedürü söz konusu olacaktır. Ayrıca Kara Avrupası ülkelerinin anlayışı anglo-amerikan ülkelerininki ile tam bir çatışma halindedir. Kara Avrupası ülkeleri zamanaşımını maddî hukuk ile ilişkili gördüklerinden, zamanaşımına devletler hususî hukuku kaidelerine göre uygulanması gereken maddî hukuku tatbik etmektedirler. Buna mukabil **Comman Law hukukunun uygulandığı ülkelerde** zamanaşımı hükümleri prensip olarak usul hukuku içerisinde mütalaa edilmekte ve bu sebeple lex fori'nin hükümleri uygulanmaktadır[48]. Eğer Türk devletler hususî hukuku kaidelerine göre zamanaşımını usul hukuku karakterli kabul eden bir Amerikan Eyalet hukuku tatbik edilmekte ise, Türk hukukunda maddî hukuka ait kabul edildiği için zamanaşımı da bu hukuklardaki hükümlere tâbi olur. Ve zamanaşımı hükümlerinin İngiliz ve Amerikan Eyalet hukukunda usul hukuku hükümleri olarak vasıflandırılması dikkate alınmaz[49].

---

46) Bu durum aşağıda § 26'da açıklanan İstinabe (milletlerarası adlî yardım) alanında istisnalara uğramıştır. İstinabede (adlî yardımda) bulunan mahkeme, kendi usul hukukundan farklı bir isbat hukukuna göre faaliyette bulunabilir.

47) Bkz. ileride § 18.

48) CHESHIRE / NORTH Cheshire's Private International Law 1970, 665; Özellikle, 1985 tarihinde yürürlüğe giren "Foreign Limitation Act. 1984" ile İngiliz hukukunda meydana gelen gelişmeler için bkz. ŞANLI, Milletlerarası Akitlerde Zamanaşımı: İBD 10-11-12/1989 646 vd..

49) RIEZLER 107; SOERGEL / KEGEL Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 8, 1984, Rz 321 vor Art. 7; KROPHOLLER³ 283.

4. Genellikle kabul edilen bir anlayışa göre *isbat külfetine ilişkin kaideler maddî hukuka ait kaidelerdir*[50]. Bir hukukî ihtilafta fevkalade pratik öneme sahip olmakla beraber isbat külfetine ilişkin kaideler hiç bir hukukta usul hukukunun bir müessesesi olarak düzenlenmemiştir. Maddî hukuk karakterli olmaları sebebiyle devletler hususî hukuku kaidelerinin gösterdiği hukuka tâbi olurlar. Bu esas, bir borç ilişkisinde uygulanacak hukuku tarafların seçmiş olmaları ihtimalinde de geçerlidir. Yani seçilmiş olan hukuk isbat külfeti hakkında da karar verir.

İsbat külfetinin **yer değiştirmesi** de, genellikle olduğu üzere kanunî bir **kaidenin** kabulü yoluyla gerçekleşmekte ise veya maddî hukuka ait hukukî ilişkinin düzenlenmesinde aksinin isbatını meneden bir varsayımdan hareketle temin edilmiş ise, devletler hususî hukuku kaidelerinin göstermiş olduğu hukuka (lex causae) tâbi olur.

Ancak maddî hukuka ait belirli bir hukukî münasebete bağlı olmaksızın, doğrudan doğruya *usul hukukuna ait sebeplere* bağlanmış bulunan isbat külfetine ait bir kaide söz konusu ise durum farklılık gösterir. Özellikle *isbat külfeti, tarafların dava sırasındaki davranışlarıyla etkileniyor ise*, tarafların bu davranışları *lex fori'ye göre hükme bağlanır.* Meselâ gıyap, delillerin ibrazında gecikme, sual karşısında sükût, hasmın isbat vasıtalarını geçersiz hale getirme gibi *davada taraflardan birinin özel davranışına* bağlanmış bulunan isbat külfetine ait kaideler lex fori'ye göre karara bağlanır[51].

İsbat külfetinin yer değiştirmesine ilişkin kaidelerden, **tecrübî kaideleri** (tecrübeye dayanan gerçekler) ayırmak gerekir. Tecrübî kaidelerin mevcut olup olmadığını hâkim yalnız kendi usul hukuku hükümlerine dayanarak tahkik edebilir. Zira bu nevi kaideler delillerin takdiri ile ilişkilidir. Delillerin takdiri ise münhasıran lex fori'ye göre yapılabilir.

5. *Delillerin takdirine ilişkin tekmil kaideler de usul hukukuna aittir, bu sebeple münhasıran lex fori'ye tâbidirler.*

Delillerin hâkim tarafından serbestçe takdiri prensibinin mevcut olup olmadığı, var ise hangi sınırlar içerisinde mevcut olduğu (Türk hukukunda HUMK m. 240), hâkimin hangi ölçüde **kanunî isbat vasıtalarına** bağlı olduğu, hâkimin davada tarafların davranışından ne ölçüde re'sen sonuçlar çıkarabileceği, diğer takdiri delillerin kesin bir kanaat hasıl etmemesi halinde hâkimin ihtilaf konusu hakkında taraflardan birine yemin verdirebilmesi, ceza mahkemesinden verilmiş bir mahkûmiyet kararının hukuk hâkimini bağlayıp, bağayamıyacağı

50) RIEZLER 464; ROSENBERG / SCHWAB Zivilprozessrecht12 1977, 680; SOERGEL / KEGEL Rz 646 vor Art. 7.

51) İsbat külfetinin yer değiştirmesine ilişkin olmadığı, yani sadece hâkime ait bulunan delillerin takdiri meselesi olarak kabul edildiği takdirde "ilk görünüş delili" (prima - facie isbat) de lex fori'nin hükümlerine tabidir; RIEZLER 466; SOERGEL / KEGEL Rz 646 vor Art. 7.

gibi hususlar münhasıran hâkimin kendi usul hukuku kaidelerine tâbidir. İhtilaf konusu olayın ülke içerisinde veya yabancı ülkede meydana gelmiş olması ya da sorumluluğun maddî hukuk bakımından mahallî hukuka veya yabancı hukuka göre hükme bağlanması, lex fori'nin tatbiki prensibine etkili değildir.

Belirli bir olay ile bu olaydan meydana gelen zarar arasındaki **illşkl** meselesinin usulî karakterde olmadığı, bu sebeple uygulanması gerekli maddî hukuk nizamının bu konudaki prensiplerine göre halledilmesi düşünülebilir ise de, burada da hâkime ait takdir prensibinin tatbiki söz konusu olduğundan lex fori'nin kaideleri dikkate alınmalıdır.

Şahitle isbatı menederek, yazılı delille isbat mecburiyetini getiren hükümler (meselâ Türk hukukunda HUMK m. 288; Fransız hukukunda c.c. m. 1341) de, isbat vasıtalarının kabul edilebilirliğine ilişkin oldukları için lex fori'ye göre[52] karara bağlanır.

6. *Kimin şahit olabileceği hakkında sadece "lex fori" karar verir.* Şahit, hâkimin serbestçe takdir edebileceği takdirî delillerden biridir. Bu sebeple, *şahit olma ehliyeti* çok geniş tutulmuştur. Türk hukukunda taraf olmayan her şahıs şahitlik yapabilir.

Mahkeme önünde şahitlik yapmak *usulî* bir *mükellefiyettir.* Şahit olarak ortaya çıkan ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun uygulama alanına giren her şahıs mahkemenin daveti üzerine şahit olarak ifade vermek mecburiyetindedir. Burada şahsın *tabiiyeti* rol oynamaz. *Yabancılar* da Türk usul hukuku hükümlerine göre şahit olarak ifade vermek mecburiyetindedirler. Bir yabancı, kendi millî devletinin usul hukukuna göre kendisinin şahit olma ehliyetinin bulunmadığını ileri sürerek şahitlikten kaçınamaz.

Yargı muafiyeti çerçevesinde, **diplomatik misyon üyeleri, konsüler temsilciler** ve diğer muafiyet sahibi olanlar için şahitlik yapma mecburiyetine istisnalar getirilmiştir. 1961 tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Viyana Sözleşmesi, m. 31/2 ve 1963 tarihli Konsolosluk İlişkileri Hakkındaki Viyana Sözleşmesi, m. 44 bu konuda özel hükümler getirmiştir. Bir **diplomatik misyon üyesi** kabul eden devletin mahkemesinde şahit olarak ifade vermek mükellefiyetinde değildir. Buna mukabil bir **konsüler temsilci** şahit olarak davet edilebilir, fakat onun da şahitlikten kaçınma hakkı vardır[53].

52) Yar. 13. HD., 12.12.1989 (YKD 3/1990 408 vd.). Senetle isbat lehine olmak üzere, şahitle isbatın reddine ilişkin hükümlerin, "maddî hukuka ait şekil hükümleri" olarak vasıflandırılması, Fransız hukukunun ilgili hükmünün (c.c. m. 1341) Almanya'da geçerliliğini temin etmek için tecrübe edilmiştir; özellikle bkz. RIEZLER 471. Ancak böyle bir vasıflandırma, mümkün olduğu ölçüde yabancı usul hukukunun tatbik edilemiyeceği prensibini bozmamak gayretiyle izah edilmektedir (bkz. NAGEL 1984 144 vd.). Buna karşılık, kanunî isbat vasıtası olarak yazılı delillerin geçerliliğini ve isbat gücünü LRA kaidesine tâbi tutmak isteyen görüş için bkz. ÖZTEKİN İsbat Hukuku ve Delillere Uygulanacak Hukuk Hakkında Görüşler: MHB 1/1989 44 vd.

53) Bkz. ileride s. 341 vd. ve 344.

Türk hukukuna göre, davada taraf olma ehliyeti ile dava ehliyeti yabancı hukuka uygun olarak tayin edilebilmektedir[54]. Aynı şey şahit olma bakımından geçerli değildir. Çünkü şahitlikten kaçınma, her türlüsüyle, hâkime ait delilleri serbestçe takdir hakkını sınırlayan bir olaydır. Şahit olmaktan kaçınabilen bir şahsı dinleyemiyen hâkim için, gerçeği ortaya çıkarmaya yarayan bir kaynak kapanmış olur. Bu bakımdan, gerçeğin bulunmasında yardımcı olma niteliğine sahip bulunan şahitlik, bir usulî mükellefiyettir. Ve ancak lex fori'ye ait hükümlerle sınırlandırılabilir.

Bu bakımdan, **yabancı ülkede** şahit olarak ifade vermek mecburiyetinde kalan Türkler de, o yabancı ülkede geçerli olan şahitle isbata ilişkin hükümlere tâbi olurlar. Orada kabul edilen şahitlikten kaçınma hükümlerine istinad edebilirler, fakat Türk hukukuna göre kendilerine tanınmış bulunan şahitlikten kaçınma imkânlarından istifade edemezler.

7. *Şahitlikten kaçınma* (şehadetten imtina) *hakkı*, şahit olma ehliyetsizliğinden farklıdır. Şahitlikten kaçınma hakkı olan şahıs prensip olarak şahitlik yapabilir, ancak şahitlikten çekinme konusunda bir *hakka* sahiptir. Bu *usulî* bir haktır. Şahitlikten kaçınma hakkı çeşitli sebeplere dayanabilir ve çeşitli devletlerin usul hukuklarında çok farklı şekillerde düzenlenmiştir.

Mesela, Fransız hukuk alanına giren ülkelerde **meslek sırrı** mutlak bir karakter kazanmıştır. **Hekimlerin** susma mükellefiyeti, hekimliğe ait meslekî sırlara ilişkin olduğu takdirde hekimin şahitliği reddetmesi "mecburiyetini" ortaya çıkarmaktadır. O kadar ki, susma mükellefiyeti ile himaye altına alınan hasta da, hekimi bu mecburiyetten kurtaramamaktadır. Hekim ancak, bir olayın hekimliğe ait susma mükellefiyeti içerisine girip girmediğine karar vermektedir. Aslında burada kendisine has anlamıyla bir şahitlikten kaçınma hakkından söz edilemez. Zira söz konusu olan, usulî bir **hak** değil, fakat usulî bir **susma mükellefiyeti,** yani şahit olarak ifade vermeme mükellefiyetidir.

Almanya, Avusturya, İsveç gibi bazı ülkelerde olduğu üzere, **Türk hukukunda** meslek sırrının **nisbî karakterinden** hareket edilmiştir. Bu ülkeler her şeyden önce korunan şahsın **menfaatini** ön plana almış, böylece bu şahsa, sırrı taşıyanı susma mükellefiyetinden kurtarma hakkını vermiştir. Korunan şahsın, susma mükellefiyeti olan şahsı bu mükellefiyetten kurtarmak veya kurtarmamak konusunda karar verme yetkisi vardır (HUMK m. 245/4). Bu mükellefiyetten kurtarılmış ise, sırrı taşıyanın artık seçme hakkı kalmamıştır, diğer şahitler gibi ifade vermek mecburiyetindedir.

Anglo-amerikan hukukunda şahitlikten kaçınma hakkı bilinmemektedir. Bunun yerine münferit olaylarda **"imtiyaz"** kabul edilmektedir. Bu, isbat hukukunda bir olay hakkında ifade vermeyi reddedebilme hak ve mükellefiyetini ifade eder[55]. Böyle bir imtiyaz, şahide ifade verip vermeme hususunda bizzat

54) Bkz. yukarıda s. 300 vd..

55) NOCES An Introduction to Evidence, London 1962 179; CROSS Evidence, London 1963 277.

karar verme hakkını tanımaz. Şahit her olayda, ifade vermeyi reddetmek imtiyazına istinat etmek durumundadır. Hâkim bunun üzerine durumu tetkik ederek, şahitlik edip etmeme mecburiyetine karar verir. İngiliz hâkimleri genellikle şahide böyle bir imtiyaz tanımakta çekimser davranmaktadırlar. Meselâ İngiltere'de hekimlere **hiç bir imtiyaz** tanınmamıştır. Hekimler şahit olarak, hastalarının tedavisinde tesbit ettikleri veya kendilerine itimat edilerek tevdi edilen her hususta şahitlik etmek mecburiyetindedirler. Amerika Birleşik Devletlerinde ise çeşitli Eyaletlerde kanun koyma yoluyla hekimler için imtiyazlar tesis edilmiştir. Özetlemek gerekirse, anglo-amerikan hukuk sisteminde, gerçeği araştırmadaki menfaat, meslek sırrı ve dolayısıyla korunma altına alınan şahıs karşısında kesin bir tercihe sahiptir[56].

Şahitlikten kaçınma (şehadetten imtina) hakkına veya imtiyazlara ilişkin olarak ortaya çıkan **farklı hükümler**, lex fori'nin tatbiki prensibi sebebiyle farklı sonuçların doğumuna sebep olur. **Türk hâkimi** önünde bir İngiliz hekim, hastası tarafından susma mükellefiyetinden kurtarılmamış ise, şahitlikten kaçınma hakkına sahiptir. Fransız hekim, kendi usul hukuku onu susma mükellefiyetinde tutmasına rağmen, korunan şahıs onu bu mükellefiyetten kurtarmış ise, şahit olarak ifade vermek mecburiyetindedir. Tersine durumlarda, bir **Türk hekimi** bir İngiliz mahkemesi önünde, Türk usul hukukuna (m. 245/4) dayanma imkanına sahip olamıyacaktır. Yani kendi usul hukukuna aykırı hareket etmiş olsa dahi, hastasının sırları hakkında şahitlik yapmak mecburiyetinde kalacaktır. Buna mukabil Fransız mahkemesi önünde, hastası tarafından susma mükellefiyetinden kurtarılmış olsa dahi, şahitlik yapamıyacaktır.

Şahitlikle ilgili olarak çeşitli ülkelerdeki bu farklı hükümler ancak istinabe *(milletlerarası adlî yardım)* alanında hâkim tarafından dikkate alınma şansına sahip olabilmektedir.

Hâkim tarafından *tarafların isticvabı* (tarafın sorguya çekilmesi), hâkim tarafından *taraflara yemin verdirilmesi* (tamamlayıcı yemin), *mahkemede yapılan ikrar* (adlî ikrar) gibi özel isbat vasıtaları da münhasıran hâkimin kendi usul hukuku hükümlerine (lex fori) tâbidir.

8. Türk hukukuna göre düzenlenmiş bulunan *resmî senetler* hakikilik karinesi taşır. Usul hukukumuzda senet bir "kesin delil", yani isbat vasıtasıdır (HUMK m. 295). Hakikilik karinesi yabancı *resmî senetler* için geçerli değildir. Yabancı bir makam tarafından veya yabancı bir devletin kamu güvencesiyle donatılmış bir şahsı tarafından düzenlenerek meydana getirilmiş senetlerin delil (senet) teşkil edebilip edemiyeceğini mahkeme takdir eder. Ancak böyle bir senedin hakikiliğinin isbatı için, ilgili ülkedeki Türk devletinin konsolosu veya temsilcisi tarafından tasdik edilmesi yeterlidir (HUMK m. 296). Yabancı resmî senetler de, ilgili ülkenin yetkili makamı tarafından usulüne

56) PIETSCH Berufliche Privilegien und Zeugnisverweigerungsrechte im englischen und deutschen Zivilprozess 1974, 13; NAGEL 1984 149.

uygun olarak düzenlendiğine ilişkin olarak Türk konsolosu tarafından tasdik edildiği takdirde, Türkiye'de resmî senet hükmünü kazanırlar, yani kesin delil teşkil ederler.

> 5 Ekim 1961 tarihli **Yabancı Resmî Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılması** hakkındaki **La Haye Sözleşmesi**[57], konsoloslarca yapılması gerekli tasdik işlemini kaldırmaktadır. Buna göre, senedin tesis edildiği devletin yetkili makamlarınca tanzim edilen bir tasdik şerhi (Apostille) yeterli kabul edilmektedir (m. 3).
>
> Ayrıca yabancı konsoloslar tarafından düzenlenmiş senetleri tasdikten muaf tutan ikili **Konsolosluk Sözleşmeleri** vardır.

Türkiye'de de resmî senet *hükmünü* kazanan yabancı resmî senet, Türk resmî makamlarınca düzenlenmiş olan bir resmî senedin sahip bulunduğu isbat gücüne *aynen* sahip olur. Bu konuda, yani isbat gücü hakkında tek yetkili olarak Türk usul hukuku, yani lex fori karar verir. Senedin düzenlenmiş bulunduğu ülkenin hukuku, diğer bir söyleyişle senedin *millî* devletinde geçerli olan isbat gücüne ilişkin hükümler hiç bir şekilde yabancı resmî senedin Türkiye'de elde etmiş olduğu isbat gücü üzerinde etkili olmaz.

9. *Adî senetler (hususî senetler)* bakımından yabancı senetler ile mahallî senetler arasında bir ayırım ve farklılık mevcut değildir. Adî senetlerin hakikiliği hakkında kanunî bir karine yoktur. Adî senet, senet altında imzası bulunan kimse tarafından *ikrar* edilirse, resmî senet gibi, kesin delil teşkil eder (HUMK m. 296). İmzalanmamış adî senetlerin özel bir isbat gücü yoktur.

Yabancı hukukta yer alan adî senedle ilgili her hangi bir hüküm Türk hâkimini hiç bir şekilde ilgilendirmez ve bağlamaz.

10. Senetlerin mahkemeye *verilmesi (ibrazı) mecburiyeti kısmen usulî hükümlerle kısmen de maddî hukuk hükümleri* ile düzenlenmiştir.

Usulî bir ibraz mükellefiyeti söz konusu ise (HUMK m. 326/1-4; 327; 238) bir Türk mahkemesi önünde taraf olarak ortaya çıkan *yabancılar* için de bu mükellefiyet geçerlidir. Aynı şey "üçüncü şahıs" durumunda olan (HUMK m. 334) yabancılar için varittir. Taraf olan yabancının ibraz mükellefiyeti bakımından, onun Türkiye'de bulunup bulunmaması veya kendi millî hukukunda farklı bir ibraz mükellefiyetinin olması rol oynamaz. Ancak üçüncü kişiler yabancı ülkede oturmakta iseler, bunların ibraz mükellefiyeti milletlerarası adlî yardım yoluyla temin edilebilir.

---

57) RG. 16 Eylül 1984 - 18517. Bkz. ileride s. 320, n. 71 ve s.321, n. 72.

Diplomatik ve Konsüler Temsilciler Tarafından Düzenlenmiş Senetlerin Tasdikten Muaf Olması hakkındaki 7.6.1968 tarihli **Avrupa Sözleşmesi de Türkiye için 23.9.1987 tarihinden itibaren yürürlüğe** girmiştir (IPRax 6/1987 393); bkz. ileride s. 321 n. 72.

Maddî hukuk hükümlerine dayanan bir *ibraz mükellefiyeti* var ise (HUMK m. 326 ilk cümle), devletler hususî hukuku kaidelerine göre uygulanması gerekli ilgili maddî hukuk kaideleri ibraz mükellefiyeti hakkında karar verir. Türk devletler hususî hukukuna göre, *yabancı maddî hukuk* uygulanmakta ise, senedin (belgenin) ibraz mükellefiyeti de bu hukuka göre tayin edilecektir.

11. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 367'nci maddesi anlamında, *hâkimin müşahadesine bağlı* olarak temin edilen isbat usulünde, çeşitli hukuklarda özellikle insan vücudu üzerinde yapılan tetkikler ve bedene yapılan müdahaleler bakımından birbirinden çok farklı anlayışlar yer almaktadır.

> Meselâ **Alman hukunda** (ZPO § 372a) nesebin tayini maksadıyla, özellikle kan grubunu tesbit etmek üzere numune kan alınmasına tahammül edilmesi usulî bir mükellefiyet olarak kabul edilmiştir. Buna mukabil **Fransız hukuku** (yeni Code de procédure civil) bir şahsın vücudu üzerinde tetkik veya kan alınmasına tahammül etmek zorunda olmadığından hareket etmektedir.

Burada da lex fori'nin hâkimiyeti mutlaktır. Yabancılar da vücutlarından kan alınması ve bedenleri üzerinde yapılan diğer testlere tahammül etmeleri bakımından bulundukları ülkenin bu konudaki hükümlerine tâbi olmak mecburiyetindedirler. Vücut üzerindeki tetkikler maddî hukuka dayanmadığı için devletler hususî hukuku kaidelerinin bu konuda uygulama alanı yoktur.

> Hâkimin müşahadesine bağlı diğer konuları ibraz mükellefiyeti, maddî hukuka istinad ettiği ölçüde, devletler hususî hukuku kaidelerine göre yetkili olan maddî hukuk hükümlerine göre tayin edilir.

12. *Bilirkişiyle isbata* ilişkin hükümler de hukuktan hukuka çok farklılıklar gösterir. Özellikle bilirkişi ile isbat ve şahitle isbat arasındaki sınır usul hukuklarında birbirinden çok farklı olarak çizilmiştir.

> Bilirkişilerin şahitlik müessesesine yakınlaştırılması en kuvvetli olarak **anglo-amerikan hukukunda** görülmektedir. Bu hukukta bilirkişiler bir "uzman-şahit" ("Expert-Witness") gibi sorguya çekilir. Fakat kendi uzmanlığını ortaya koyması, yani vardığı nihaî sonuçları açıklamak ve fikrini söylemek mecburiyetinde olması ile "alelâde şahit"den ("ordnary witness") tefrik edilirler. Bu sebeple de şahitlerin tâbi oldukları kısıtlamalardan da kurtulurlar. Bilirkişinin şahitle isbat kavramı içerisinde düzenlenmesi eski bir İngiliz ananesinden gelmektedir. Taraflar da şahit kavramına girdiklerinden, bu hukuk sisteminde sadece üç isbat vasıtasından söz edilmektedir: "Witnesses, documents, things". Bilirkişiler özellikle "first examination, cross-examination, reexamination" yoluyla çok sıkı sorgulama şekillerine tâbi tutulurlar[58].

58) NOCES An Introduction to Evidence, London 1962 172, 367.

Bilirkişi olarak faaliyette bulunmak *usulî bir mükellefiyet* olarak düzenlenmiş olduğundan, bilirkişilik görevini yüklenmekle kimin mükellef olacağı, hangi şekilde bilirkişi tayin edileceği, hangi şekil ve tarzda bilirkişinin mütalaa vereceği veya mahkemede ifade vereceği meseleleri hakkında sadece "lex fori" karar verir. Bilirkişilerin taraflara veya şahitlere sual sorma yetkisine sahip olup olmadıklarını da "lex fori" tesbit eder.

Bu itibarla, Türkiye'de oturan ve Türk usul hukukunun aradığı şartları taşıyan (HUMK m. 275) *her yabancı*, aynen bir Türk vatandaşı gibi aynı ölçülerde olmak üzere bilirkişilik yapmak hususunda usulî bir *mükellefiyet* altındadır. Eğer yabancı Türkiye dışında bulunmakta ise bu mükellefiyetten söz edilemez. Şu halde Türkiye'de oturmakta olan bir yabancı kendi millî hukukunun hükümlerine dayanarak bilirkişilik yapmak mükellefiyetinden kurtulamaz[59].

59) Yabancı hukukun "muhtevasının" bilirkişiler vasıtasıyla tesbiti hakkında bkz. yukarıda s. 164 vd..

§ 18. VASIFLANDIRMA

I. GENEL OLARAK

Bilindiği üzere[60], kullanılan hukukî kavramların çeşitli hukuk sistemlerinde farklı anlamlara sahip olması vasıflandırma probleminin doğumuna sebep olmaktadır. Hukukun uygulanmasında, farklı manalardan hangisinin hukukî kavrama verileceği veya belirli bir hukukî müessesenin hangi hukuk dalına (özel hukuka mı yoksa kamu hukukuna mı veya maddî hukuka mı yoksa usul hukukuna mı) ait olduğu, vasıflandırma problemi olarak ortaya çıkmaktadır.

II. ÇÖZÜM

1. Milletlerarası usul hukuku kavramlarının vasıflandırılması prensip olarak *lex fori*'ye göre yapılır. Lex fori bu vasıflandırmayı yabancı bir hukuka da bırakabilir. Vasıflandırma usul hukuku alanında kaldığı sürece lex fori tarafından, maddî hukuk alanında ise kanunlar ihtilafı kaidelerinin tatbikini emrettiği *maddî* hukuk nizamınca yapılır. Böylece bir hukukî kavramın usul hukukunda başka maddî hukukta başka şekilde manalandırılması muhtemeldir.

Meselâ bir mahkemenin milletlerarası yetkisinin doğumu ikametgâh kavramına bağlı olabilir. Bu takdirde, bu ikametgâh kavramının vasıflandırılması, yani onun hangi anlamda kullanıldığı davaya bakan mahkemenin hukukuna (lex fori'ye) göre tayin edilir. Bu sadece mahkemenin milletlerarası yetkisinin tesisi yönünden ikametgâh kavramının vasıflandırılmasıdır. Eğer davada kanunlar ihtilafı kaidelerine göre yabancı bir maddî hukuk uygulanmakta ise, bu maddî hukukun tatbiki sırasında ortaya çıkan ikametgâh kavramı bu maddî hukuka göre vasıflandırılır.

2. Bir hukukî müessesenin veya bir hukukî kavramın *usul* hukukuna mı

60) Bkz. yukarıda s. 88 vd..

yoksa *maddî* hukuk alanına mı ait bulunduğu tereddüt uyandırabilecek bir mesele[61] teşkil edebilir.

Usul hukukuna veya maddî hukuka aidiyet hukukî kavram veya müessesesinin düzenlendiği kanuna göre tayin edilemez. Medenî kanunlarda usul hukukuna ait hükümlerin bulunması[62], buna mukabil usul kanunlarında da maddî hukuk karakterli hükümlerin yer alması nadir değildir. Bunun yanında derdestlik, kesin hüküm, cebrî icra gibi bazı usulî muamelelerin maddî hukuka ait tesirlere sahip bulunması bunların hukuk sistematiğinde usul hukukundan çıkarılarak maddî hukuk alanına dahil edilmesini de haklı göstermez.

Bir hukukî müessese veya kavramın ait bulunduğu hukuk alanı, onun temel gayesine uygun fonksiyonlarına göre tesbit edilir. Bununla beraber bu fonksiyonların maddî hukuka mı yoksa usul hukukuna mı ait bir karaktere sahip olduğu da her ülkede aynı anlayışa ulaşmış olmayabilir.

Meselâ, zamanaşımı **Kara Avrupası hukuklarında** maddî hukuka ait bir hukukî müessesese olarak kabul edilirken, **Common Law hukukunda jurisprudence** zamanaşımını bir usul hukuku müessesesi (limitation of action) olarak görür. Böyle bir durumda bu iki anlayıştan hangisinin dikkate alınacağı, yani müessesenin hukuk **sistematiğindeki** yeri, hâkim fikre göre lex fori'ye uygun olarak tayin edilir.

Şu halde, zamanaşımı, zamanaşımı kuralını usul hukuku müessesesi kabul eden bir Emerikan Eyalet mahkemesi önünde bir usul hukuku müessesesi olarak vasıflandırılacak ve lex fori'ye tâbi kılınacaktır. Aynı müessesese bir Kara Avrupası mahkemesinde maddî hukuk müessesesi olarak vasıflandırılacak ve kanunlar ihtilafı kaidelerine göre, muhtemelen zamanaşımına konu olan alacak hakkının tâbi olduğu hukuka göre muamele görecektir[63]. Bu hukuk ise lex fori olabileceği gibi yabancı bir hukuk da olabilecektir[64].

---

61) Hâkimler bu gibi durumlarda genellikle usul hukuku lehine bir vasıflandırmaya eğilim göstermektedir; bkz. RIEZLER 104. Böylece lex fori'nin, yani mahallî hukukun tatbiki temin edilmiş olmaktadır. Bu, hâkim için hem kendi hukukunun uygulanması yönünden bir kolaylık olmakta, hem de yabancı hukuku bulmak için yapılması gereken ve bazı zaman oldukça güçlük gösteren bir çalışmadan kurtulma olmaktadır. Şüphesiz kanunlar ihtilafı kaidelerinin emri gereği tatbiki icap eden maddî hukukun usulî vasıflandırmalar yoluyla sınırlandırılması veya bertaraf edilmesi gerek metod gerekse ulaşılması istenen gaye bakımından tasvip edilemez. Usul hukukunun maddî hukukun himetinde olması ana prensip olarak muhafaza edilmelidir.

62) Meselâ, bkz. KURU 36.

63) Bkz. 5.4.1979 t. Yar. 11. HD. Kararı (YKD 1/1981 57-60).

64) Böyle bir vasıflandırma usulü Kara Avrupası mahkemelerinde İngiliz veya Amerikan hukukunun zamanaşımı sürelerinin tatbikine engel olmaz. Zamanaşımının ifa ettiği görev dikkate alınırsa, bu müesseseyi usul hukukuna ait kabul eden ülkelerde de, zamanaşımı hükümlerinin "maddî bir muhtevaya" sahip olduğu görülür (bkz. RIEZLER 107). Böylece, bu muhteva "tesirleri" yönünden Kara Avrupası mahkemelerinde nazara alınabilecek ve meselâ İngiliz ve Amerikan hukukunun zamanaşımı sürelerinin tatbiki mümkün olacaktır.

İster maddî hukuka isterse usul hukukuna ait kabul edilsin, zamanaşımı niteliği ve hükümleri bakımından kamu düzeni ile bağlantılı görülebilir. Ancak bu konuda fazla mübalağaya kaçmamak gerekir. Yabancı hukukun zamanaşımı süresinin veya durması ve kesilmesi sebeplerinin mahallî hukuktan farklı bir düzenlemeye sahip bulunması, olayın özellikleri gerektirmedikçe, kamu düzeninin müdahalesini haklı göstermez[65].

> Zamanaşımının maddî hukuk hükmü olarak uygulandığı bir mahkemede, hukukî ihtilafa tatbiki gerekli yabancı hukuk, bu hukukî ihtilaf konusunda zamanaşımına benzer bir müessese tanımıyorsa veya mahkeme hukukunda yer alana nisbetle çok uzun bir zamanaşımı süresi kabul ediyorsa, kamu düzenine bir aykırılık söz konusu edilebilir. Zamanaşımının, sadece borçlunun menfaatine hizmet eden bir müessese olmadığı, aynı zamanda hukukî güvenliği ve hukukî tatmini şart gören toplumun huzuruna da hizmet ettiği dikkate alınırsa bir alacak hakkının zamanaşımına uğramaması veya çok uzun sürede uğraması kamu düzenini ihlâl edici kabul edilebilir[66].
>
> Bu takdirde zamanaşımı için tatbik edilecek hükümlerin hangi hukuktan istifade ile tesbit edileceği hakkında kesin bir şey söylemek doğru değildir. Burada, yabancı hukuk nizamının genel olarak tatbikine devam edilmesi gerektiği, bu sebeple zamanaşımı süresinin tayininde yine bu yabancı hukukun zamanaşımı ile ilgili ana kaidelerinden[67] istifade edilebileceği, yabancı hukuktan istifade edilemiyorsa lex fori'nin zamanaşımı kaidelerine dönmenin zarurî olacağı ileri sürülen bir fikirdir[68].

İsbat hukuku normlarının da usul hukukuna mı yoksa maddî hukuka mı ait olduğu, bunların düzenlendikleri kanunlara bakılarak tayin edilemez. Ekseri Kara Avrupası hukukularında olduğu gibi[69], Türk hukukunda da, isbat hukukuna ait normlar hem medenî kanunlarda hem de usul kanunlarında yer alır.

---

65) Bkz. yukarıda s. 185. Ve Yar. 11.HD., 5.4.1979 (YKD 1/1981 57-60) ve bu karara ilişkin. "Tartışma" (MHB 1/1981 31-36); Yar. 8.HD., 21.10.1986 (YKD 2/1987 224 vd. [229]); Yar. 11.HD., 15.9.1989 (İBD 1-2-3/1990 271); Yar. 11.HD., 15.6.1990 (YKD 1/1991 66 vd.); Yar. 13.HD., 15.6.1993 (YKD 10/1993 1526-1529); Yar. 11.HD., 28.5.1998 (YKD 3/1999 352); ve özellikle bkz. KRÜGER Türkisches internationales Verjährungsrecht: IPRax 6/1999 493 vd. Kültür varlıklarının iadesinde 'farklı' bir zamanaşımı kavramı teklifi için bkz. ÖZEL Zamanaşımı 278 vd.

66) Yar. 13. HD., 25.6.1993 (YKD 10/1993 1529).

67) Türk hukuku bakımından ana kaide, BK m. 125'de yer alan 10 yıllık zamanaşımı süresi olmaktadır.

68) Bkz. yukarıda s. 157 vd..

69) İngiliz hukukunda tekmil isbat hukuku (evidence) usul hukukuna dahil edilir. Böylece Kara Avrupası mahkemelerince maddî hukuk şeklinde vasıflandırılan ve muhtemelen yabancı bir hukukun tatbikine sebep olan hukukî müesseseler İngiliz mahkemelerinde usul hukukuna ait bulunarak lex fori, yani İngiliz hukukunun tatbiki ile karşılaşmaktadır. Bunun sonucu olarak, hem İngiliz mahkemelerinin hem de Kara Avrupası bir ülkenin mahkemelerinin yetkili bulunduğu belirli ihtilaflarda mahkemenin seçimi, o ihtilafın halline de etkili olabilmektedir. Milletlerarası yetki kaideleriyle vasıflandırma problemi arasında bir intibak temin edilemediği sürece bu arzu edilmeyen sonuçtan kaçınmak imkânı yoktur.

Bunların vasıflandırılmasında da doktrinde bir fikir birliği bulmak mümkün değildir. Bununla beraber isbat vasıtalarının kabulü, delillerin ikamesi, belirli isbat vasıtalarının davadaki isbat gücü ile ilgili kaidelerin genel olarak usul hukukuna girdiğini söylemek yanlış olmaz. Ancak bu konularda da devletler hususî hukukuna ait münferit meselelerin ortaya çıkması mümkündür.

3. Belirli bir hukukî ihtilafın usulün hangi *nevine* ait olduğu, yani adlî mahkemelere (adlî kazaya) tâbi bir "medenî hukuk ihtilafı" mı yoksa idarî kaza içerisinde halli gereken bir ihtilaf mı olduğu meselesi de bir vasıflandırmayı gerektirir. Bunun yanında bir ihtilafın ihtilaflı kaza içerisinde mi yoksa ihtilafsız kaza içerisinde mi halledileceği de vasıflandırma ile karara bağlanacaktır. Ve nihayet hukukî bir ihtilafın hukuk mahkemelerinde mi yoksa ceza mahkemelerinde mi görüleceği de vasıflandırmaya giden bir ihtilafa sebebiyet verebilir.

> Tekmil bu ilişkilerde ülkelerin hukuk nizamları arasında kuvvetli farklılıklar görülmektedir. Ve hatta aynı hukuk nizamı içerisinde dahi bu konuda dikkate alınabilecek kesin bir kaidenin varlığından bahsetmek mümkün değildir. Aynı hukuk nizamı içerisindeki bu nevi vasıflandırma ihtilafları bir yana, milletlerarası usul hukukunda çeşitli hukuk nizamları arasındaki farklılıklar önemli pratik sonuçlar doğurur. Meselâ ihtilaflı kaza ile ihtilafsız kaza arasındaki sınır çizgisi her ülkede aynı değildir. Çoğu ülkelerde evlenme ile ilgili ihtilaflar "medenî hukuk ihtilafları" içerisinde yer alır. Ancak bu gibi ihtilaflarda devletin yargı yetkisini kaldıran, daha doğrusu dinî mahkemelere bu konuda yetki tanıyan hukuk nizamları da az değildir. "Mahkeme" veya "adlî mahkeme" kavramı, bunun yanında "hüküm", "resmî senet" ve "ikametgâh" gibi kavramlar da ülkeden ülkeye farklılıklar gösterebilir.

Daha fazla teferruata girmeden tekmil bu vasıflandırma meselelerinde lex fori prensibinin *hâkim olduğunu*[70] söylemekle yetinebiliriz.

---

70) Lex fori prensibinin usulî meselelere tatbik edilirken dahi, bazı sınırlamalara tâbi tutulması gerekebilir. Bir usulî meseleye lex fori'ye uygun olarak verilen hukukî vasıf, yabancı hukukun kamu hukukuna bir müdahale sonucunu vermemelidir. Meselâ, bir mahkeme, yabancı tabiiyet hakkında, yani yabancı bir **kamu hukuku** münasebeti hakkında bir sonuca varmak mecburiyetinde kalsa dahi, ilgili yabancı devletin bu kamu hukuku meselesini **karara** bağlamak yetkisine sahip değildir (Bkz. NOMER Vatandaşlık Hukuku 1993 158 vd. [159]). Burada lex fori'ye göre yapılacak vasıflandırmanın müsbet bir etkiye sahip olmayıp, sadece menfî bir etkisi bulunduğu (bkz. RIEZLER 112) söylenebilir. Bunun pratik sonucu bir misalle şöyle belirtilebilir:

Hukukî bir ihtilafa yabancı maddî hukuk kaidelerinin tatbik edileceğini kabul edelim. Yabancı hukuka göre böyle bir ihtilaf için kanun yolu (Burada "kanun yolu" normal, bağımsız ve azledilemiyen hâkimlerden kurulmuş ve usul hukukunun özel hukukî garantileriyle teçhiz edilmiş mahkemelere müracaat etme anlamında kullanılmaktadır) açıktır. Buna mukabil mahkemenin hukukuna göre bu ihtilaf bir "medenî hukuk ihtilafı" değildir. İşe el koyan mahkeme lex fori'nin tatbikiyle kanun yolunun açık olmadığından hareket edecektir. Çünkü o kendi hukukuna göre vasıflandırmak mecburiyetinde olduğu ihtilafı bir "medenî hukuk ihtilafı" olarak görmeyecek, diğer bir söyleyişle "medenî hukuk ihtilafı" kavramını, sözü geçen ihtilafı da içerisine alacak şekilde geniş anlayamıyacaktır.

4. Sistem *kavramlarının* vasıflandırılmasında takip edilen yol, münferit hukukî kavramların vasıflandırılmasında kullanılandan farklıdır. Sistem kavramlarında lex fori'nin tatbiki bir kaide olarak konulamaz. Usul hukuku kendisi için de önem taşıyan maddî hukuk kavramları kullanabilir. Usul hukukunda da bir sistem kavramı olarak kullanılan maddî hukuk kavramları, vasıflandırılırken lex fori prensibine tâbi tutulmazlar. Bu gibi maddî hukuk kavramları devletler hususî hukuku kaidelerinin emrettiği hukuka göre, yani yabancı hukuka göre de vasıflandırılırlar. Usul hukukunda, birer medenî hukuk kavramı olarak kullanılan taraf ehliyeti ve dava ehliyeti buna misal teşkil edebilir. Taraf ehliyeti maddî hukuktaki (medenî hukuk) hak ehliyetinin, dava ehliyeti ise fiil ehliyetinin usul hukukundaki ifade şekilleridir.

Usul hukukunda **senetlerin** isbat kuvveti, senedin hususî (adî) senet veya resmî senet olmasına göre değişir. Bu sebeple yabancı ülkelerde düzenlenmiş senetlerde, bunların bir **resmî** senet vasfını alabilmeleri için gerekli görülen özellikleri taşıyıp taşımadıkları ancak düzenleme yeri hukukuna, yani yabancı hukuka göre tesbit edilebilir.

Türk hukukunda, HUMK m. 295 anlamında resmî senetler yabancı ülkelerde yabancı Devletin yetkili makam ve memurları tarafından da tanzim edilebilir. Ve böylece tanzim edilmiş resmî senetlerin tanzim yerindeki kanunlara uygun olduğu mahallî Türk temsilciliklerince tasdik edilirse[71-72] resmî senet hü-

---

Meselâ mahkeme hukukuna göre "medenî hukuk ihtilafı" olmadıkları için yabancı vergi taleplerine —bunlara yabancı hukuka göre kanun yolu açık bulunsa dahi— adlî mahkemelerde takip edilebilme imkânı verilmiyecektir; bkz. NUSSBAUM Deutsches IPR 385. Fakat tersine durumda, yani yabancı maddî hukuka göre halli gereken ihtilaf bu yabancı hukukta adlî mahkemeler önüne getirilme imkânından mahrum olur, buna mukabil mahkemenin hukukuna göre bu nevi bir ihtilâf "medenî hukuk ihtilafı" sayılırsa, lex fori pensibinin müsbet etkisi nazara alınmıyacaktır. İşe el koyan mahkeme lex fori'nin tatbikinden istifade ederek adlî mahkemeler önünde ihtilafın görülmesini temin edemiyecek, kanun yolunun kabul edilemiyeceği itirazını dikkate alacaktır; farklı görüş: NUSSBAUM Deutsches IPR 385 n. 5. Çünkü bir ihtilafın adlî mahkemeler önünde takibini men'eden düşünce o devletin devlet politikasına ait gerekçelere dayanır. Lex fori'nin tatbikiyle yabancı bir devletin devlet politikasına dayanarak koymuş olduğu kaidelere müdahale edilemez. Gerçi, kanun yollarının açık veya kapalı olması sebeplerinin "kamu düzenine" ait bulunduğu ve birden fazla ülkenin kamu düzenlerinin çatışması halinde mahkemenin kendi kamu düzenini tercih etmek mecburiyetinde kalacağı ileri sürülebilir. Ancak maddî hukuk bakımından yabancı hukuka göre halledilmesi gereken ihtilâflar için de mahallî kanun yolunun açık tutulmasını, bizim kamu düzenimizin isteyip istemediği sualini cevaplandırmak çok zordur. Zira burada devlete ait bir menfaatin bulunmadığını söylemek (RIEZLER 113) mümkündür.

71) Türkiye'nin de katılmış bulunduğu (bkz. yukarıda s. 315 n. 54), 5 Ekim 1961 tarihli **"Yabancı Resmî Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılması Sözleşmesi"** (RG. 16 Eylül 1984-18517), yabancı resmî belgelerin diplomasi veya konsolosluk temsilciliklerince "tasdiki mecburiyetini" kaldırmıştır.

Bu sözleşme bakımından "resmî belge" sayılan belgeler şunlardır:

a) Savcı, zabıt kâtibi veya adliye memuru tarafından verilmiş belgeler de dahil olmak üzere, Devletin bir yargı organına veya mahkemesine bağlı bir makam veya görevli memur tarafından düzenlenmiş olan belgeler,

b) İdarî belgeler,

c) Noter senetleri,

küm ve kuvvetine sahip olurlar. Yani bunlar da, isbat kuvveti bakımından resmî senet hükmünde (kesin delil) olurlar[73]. Resmî senet hükmünü kazanamamış olan yabancı senetlerin delil teşkil edip etmeyeceği ise mahkemece takdir (takdirî delil) olunur (HUMK m. 296). Meselâ, gayrimenkule ilişkin satışlarda, taraflara resmî satış **aktinin** yapılmasını istemek hakkını veren **gayrimenkul satış vaadi** yabancı ülkelerde[74] de resmî senede bağlanabilir (BK m. 213; Noterlik K. m. 60/3)[75].

Diğer taraftan, resmî bir sicilin, meselâ tapu sicilinin, tescile güven kuvvetine sahip olup olmadığı ve hangi ölçüde bu kuvvete sahip bulunduğu, sicilin tutulduğu ülkenin maddî hukukuna göre tayin edilir.

Sistem kavramlarının vasıflandırılmasında bazen hem maddî hukuk (yabancı hukuk) hem de usul hukukunun (lex fori) vasıflandırılması birlikte kıymet taşır.

---

d) Kişilerce özel sıfatla imzalanmış belgeler üzerine konulmuş olup belgenin kaydının veya belirli bir tarihte mevcut olduğunun ve imzaların doğruluğunun resmî makam ve noterlerce tasdiki gibi resmî beyanlar.

Ancak bu sözleşme, "diplomasi veya konsolosluk memurları tarafından düzenlenmiş belgeler ile ticaret veya gümrük işlemleriyle doğrudan doğruya ilgili olan belgelere uygulanmaz" (m. 1).

Böylece bu sözleşmeye göre, her âkit devlet, bu sözleşmenin uygulama alanına giren ve kendi ülkesinde kullanılacak olan belgeleri tasdik işleminden muaf tutacaktır. Bu sözleşme anlamında, tasdik işleminden yalnız, belgenin kullanıldığı ülkenin diplomasi veya konsolosluk memurları tarafından belgedeki imzanın doğruluğunun, belgeyi imzalayan kişinin hangi sıfatla imzaladığının veya gerekirse üzerindeki mühür veya damganın aslı ile aynı olduğunun teyidi işlemi anlaşılır (m. 2).

İmzanın doğruluğunun, belgeyi imzalayan kişinin sıfatının ve gerektiğinde, bu belge üzerindeki mühür veya damganın aslı ile aynı olduğunun teyidi için zorunlu görülebilecek tek işlem, bizzat belgenin veya buna eklenecek bir kağıdın üzerine, belgenin verildiği devletin yetkili makamınca konulacak olan tasdik şerhidir ("Apostille"). Bu tasdik şerhi, belgede imzası bulunan veya belgeyi getiren kişinin isteği üzerine verilir. Ve üzerindeki imza, mühür veya damga her türlü doğrulama işleminden bağışıktır (m. 3, 4 ve 5).

72) Türkiye'nin katılmış bulunduğu 15 Eylül 1977 tarihli **"Bazı İşlem ve Belgelerin Tasdikten Muaf Tutulmasına dair Sözleşme"** (RG. 16 Ocak 1987 - 19343) de, âkit devletler arasında bazı işlem ve belgelerin (m. 2) tasdikten ya da benzeri işlemlerden muaf tutulmasını sağlamaktadır (m. 1). Sözleşmenin 2 nci maddesine göre, tasdikten veya benzeri işlemlerden muaf tutulan işlem ve belgeler şunlardır: "1. Kullanma amaçları ne olursa olsun, gerçek kişilerin şahsî hallerine, ehliyetlerine veya aile durumlarına, vatandaşlıklarına, ikametgah veya meskenlerine ait işlem ve belgeler; 2. Evlenme akti yapılması veya diğer bir şahsî hal işlemi düzenlemesi amacıyla verilen her türlü belgeler."

Ve yine Türkiye'nin de iltihak ettiği 7 Haziran 1968 tarihli **"Diplomasi ve Konsolosluk Memurlarınca Düzenlenen Belgelerde Onay İşleminin Kaldırılmasına dair Avrupa Sözleşmesi"** (RG. 12 Nisan 1987 - 19429), âkit devletlerin diplomasi ve konsolosluk memurlarının resmî sıfatlarına dayanarak düzenledikleri resmî belgeler ile, imza tasdikleri gibi resmî beyanlarının, tasdik işlemine tâbi olmaksızın millî makamlarca düzenlenen belgeler gibi kullanılmasını hükme bağlamıştır (m. 2).

73) Yar. 13. HD., 12.10.1993 (YKD 12/1993 1838); ve bkz. yukarıda s. 312 vd..

74) Gayrimenkul satış vaadi ve noterlerin yapabileceği diğer işler yabancı ülkelerde Türk konsoloslukları tarafından da yapılabilir (Noterlik K. m. 60, m. 191 - 193). Ve Yar. 12. HD., 1.11.1983 (YKD 2/1984 266-268).

75) Buna mukabil gayrimenkul satış akdi gibi, mülkiyeti nakil borcunu doğuran bir akti resmî senede bağlayacak merci kaide olarak tapu memuru olduğu için (Tapu K. m. 26), bunları noterler düzenleyemez. Bu itibarla Türkiye'de bulunan gayrimenkullere ilişkin bu nevi akitlerin yabancı ülkelerde tanzimi mümkün değildir.

Meselâ, **kambiyo senetlerine** (çek, poliçe ve bono) bağlı olan taleplerin özel bir usulde takip edilebilmesi (İİK m. 167) mümkündür. Kambiyo senetleri için konulmuş olan özel takip yolu lex fori'ye aittir. Ancak yabancı menşeli bir senedin kambiyo senedi vasfında olup olmadığının hangi hukuk nizamına göre tayin edileceği tereddüt doğurabilir. Bu konuda kambiyo senetlerini düzenleyen maddî hukuk kaidelerinden istifade edilecektir.

Türk kambiyo senetleri hukukunun aradığı şartlara uygun olmayan, fakat yabancı mahallî kanunlara uygun olarak tanzim edilmiş kambiyo senetlerinin de Türk hukuku bakımından kambiyo senedi olarak muamele göreceği Türk hukukunda kabul edilmiştir (TK m. 679, 690 ve 732). Şu halde Türk hukukuna göre, özel takip usulünden hem Türk hukukunun hem de yabancı hukukun vasıflandırmasına uygun olarak kambiyo senedi vasfını sahip senetler istifade edebilmektedir.

Kambiyo senetlerinden doğan hakların kullanılması için riayeti gerekli süreler, senedin hangi usule göre takip edileceği meselesinden tamamen ayrı olarak, maddî hukuka tâbi olarak çözümlenir. Bu sebeple de bu süreler kanunlar ihtilafı kaidelerinin hâkimiyeti altındadırlar (TK m. 678 vd., m. 730/21). Bununla beraber burada tekrardan süreleri, özellikle zamanaşımı süresini usul hukuku müessesesi olarak gören ve lex fori'nin tatbikini kabul eden İngiliz ve Amerikan hukukları gibi hukukların uygulanmasında doğabilecek tereddüte işaret etmek gerekir. Şöyle ki, kanunlar ihtilafı kaidelerimiz uyarınca sürelere böyle bir yabancı hukukun tatbiki gerekebilir (TK m. 681). Ancak tatbik edilen bu yabancı hukuk süreleri hukuk sistematiği içerisinde farklı bir şekilde vasıflandırmış olsa dahi, sürelerin maddî hukuka ait etkileri, bütün muhtevasıyla, aynen dikkate alınır.

5. Hem maddî hukukda hem de usul hukukunda yer alan bazı hukukî kavramlar üzerinde *çifte* bir *vasıflandırma* yapılabilir. Özellikle yabancı mahkeme kararlarının tanınma ve tenfizinde bu durum görülmektedir.

Yabancı mahkeme kararlarının tanınma ve tenfizi şartlarından birisi, tanınma ve tenfizi istenen kararın yabancı bir "mahkemeden" verilmiş ve "kesinleşmiş" bir ilâm olmasıdır (MÖHUK m. 34, 42).

Özetle yabancı bir **mahkeme hükmü** ancak tanınma ve tenfiz imkânına sahiptir. Yabancı bir vesikanın bir mahkeme hükmü olup olmadığı önce o vesikanın elde edildiği ülkenin hukukuna göre tayin edilir. Ancak bu hukukun mahkeme hükmü vasfını verdiği her vesika tanıma ve tenfiz devleti için bir mahkeme hükmü olarak kabul edilmeyebilir. Meselâ yabancı hukuk bir dinî kuruluşun veya halk jürisinin kararına da mahkeme hükmü vasfını tanıyabilir. Böyle bir kararın yabancı bir "hüküm" olarak kabulü tanıma ve tenfiz devletinden istenemez. Yabancı hukuka göre mahkeme hükmü kabul edilen bir kararın, tanıma ve tenfiz devletinin hukukuna göre de "mahkeme hükmü" olması gerekir. Şu halde, Türk hukukuna göre tanınmaya ve tenfize ehil olmayan ve yabancı devlete ait bulunan tasarruf ve fiillere Türkiye'de bir mahkeme hükmünün sonuçlarını bağlamak imkânı yoktur. Burada yabancı vesikanın tanın-

ma ve tenfizinin yapılabilmesi, bu vesikanın hem yabancı hukukun hem de Türk hukukunun vasıflandırmasında "mahkeme hükmü" olması şartına bağlıdır[76].

Gerek verildiği yabancı hukuka göre gerekse tanınma ve tenfizi istenen ülke hukukuna göre bir mahkeme hükmü olmasına rağmen hukukî etkiden mahrum kararlar da olabilir. Böyle bir hüküm şeklî olarak kesin hüküm kuvvetine de sahip olabilir, fakat onun maddî kesin hüküm kuvveti hiç bir devlette etkili olamaz. Meselâ evlenme mecburiyeti tesis eden bir mahkeme hükmü veya devletler hukuku anlamında yargı muaflığına sahip bir şahıs aleyhine verilmiş bir mahkeme hükmü hukuk nizamlarında hukukî bir sonuç yaratamaz. Böyle bir hükmün *etkisizliği*, bu hükmün hem verildiği ülkede hem de tanınma ve tenfizinin istendiği ülkede *etkisiz* bir hüküm olarak vasıflandırılması ile meydana çıkar.

Ortada bir "mahkeme" hükmünün bulunup bulunmadığı ise sadece böyle bir hükmü veren organın tâbi olduğu hukuka göre tesbit edilmek mecburiyetindedir. Hükmetme yetkisini bir organa veren veya verebilen otorite sadece o organın tâbi olduğu Devlettir. Şu halde bir organın mahkeme olma şartlarını taşıyıp taşımadığı hakkında o organı tesis etmiş veya onu mahkeme olarak tanımış bulunan devletin hukuku karar verebilir. O kadar ki, bir hukukî ihtilafın yabancı bir "mahkemede" **derdest** olup olmadığı konusunda da, gerçek bir mahkemenin söz konusu olup olmadığında bu mahkemenin tâbi olduğu hukuk karar sahibidir. Derdestliği gerçekleştiren dava ikamesi şartları da yine mahkemenin hukukuna, yani yabancı hukuka göre tayin edilir.

6. *Tacir sıfatı* maddî hukuka ait bir kavramdır. Bununla beraber usule ilişkin faaliyetlere girişilmesi bu kavrama bağlı kılındığı ölçüde bir usul hukuku kavramı olarak da ortaya çıkar. Meselâ, Türk hukukunda kaide olarak sadece tacirler iflasa tâbi olmaktadır (İİK m. 43; TK m. 20). Bu kaidenin bazı istisnaları vardır (İİK m. 43 I).

Böyle bir durumda tacir kavramının kesinlikle lex fori'ye tâbi olacağını söylemek pek mümkün gözükmemektedir. Sırf usul meselelerine ait olduğu takdirde vasıflandırmada lex fori hâkim olacaktır. Özellikle mahkemelerin teşkilâtı alanında, meselâ hukuk ve ticaret mahkemelerinin yetkisini tayinde veya takip edilecek usul alanında, meselâ iflas yolunun sadece tacirlere kullanılması halinde tacir sıfatının tayini lex fori'ye göre yapılacaktır. Bununla beraber tacir sıfatının tayini, ihtilafa tatbik edilecek hukuktan da çıkarılabilir. Meselâ bir borç ilişkisine yabancı hukuk uygulanmakta ise, tarafların tacir olup olmadıkları ve aralarında karşılıklı bir ticarî münasebet bulunup bulun-

76) "Kopenhag Belediyesi" tarafından verilmiş boşanma kararının, "bir mahkemenin verdiği hüküm niteliğinde olmadığından" tanınamayacağına dair: Yar. 2.HD., 13.4.1995 (E.3612/K.4567).

madığı da, özellikle tatbik edilecek faiz hükümleri bakımından, bu yabancı hukuka göre tesbit edilir[77].

Şu halde, tacir kavramının tesbitinde, vasıflandırmanın genellikle hukukî ilişkiye tatbiki gerekli hukuk tarafından yapılacağı, ancak usulî meseleler bakımından lex fori'nin tacir sıfatının tayininde hâkim olacağını söylemek mümkündür.

77) SCHNITZER I 284. Aynı anlamda RIEZLER 118; NUSSBAUM Deutsches IPR 385 n. 6.

§ 19. MADDÎ HUKUK İLE İLİŞKİ

I. GENEL OLARAK

1. Maddî hukuk ile özel (hususî) hukuk kavramları aynı manaya gelen kavramlar değillerdir. Kamu hukuku kavramı karşısında "usul hukuku" ne ise, özel hukuk kavramı karşısında da "maddî hukuk" odur.

Maddî hukuk kavramı, usul hukuku kavramı karşılığı olarak kullanılmaktadır. Maddî hukuku meydana getiren **maddî normlar** özel hukuk karakterli de, kamu hukuku karakterli de olabilirler.

2. Maddî hukuk ve *milletlerarası usul hukuku* arasındaki ilişkiler birbirlerini etkiliyebilecek derecede de olmak üzere çeşitli ölçüler içerisinde ortaya çıkmaktadır.

Bununla beraber hiç bir zaman maddî hukuk ile milletlerarası usul hukuku arasında bir *paralellikten* bahsedilemez. Bu paralellik *(forum legis)*,en geniş anlamıyla, maddî hukuku uygulanacak ülkenin mahkemelerinin yetkili olması veya mahkemeleri yetkili bulunan ülkenin maddî hukukunun uygulanması gibi bir sonuca ulaşır. Ancak böyle bir durum ihtilafsız kaza alanında[78] ve iç hukukta "hukuk nizamının birliği" için[79] düşünülebilir. Böyle bir paralellik anlayışına bugünkü devletler hususî hukuku alanında yer verilmesi mümkün değildir[80].

3. Bugünkü hukukta, paralellik bir yana, maddî hukuk ile milletlerarası usul hukuku arasındaki ilişkiler bir *düzene* girmiş dahi değildir. İhtilafsız ka-

78) Bkz. NOMER Yetki 556 vd..

79) RIEZLER 121.

80) Maddî hukuk ile usul hukuku arasında geniş bir paralellik anlayışı 18. Yüzyılda gelişmiş ve bazı prensipler halinde hukuk sistemlerinde görülmüştür. "İnsanın şahsî vasıflarını ve yetkilerini ikametgâh kanunlarına tâbi tutan" veya "menkul malvarlığını bu malvarlığının bulunduğu yer hukukuna tâbi tutan" hükümlerde sözü geçen anlayışın etkisini inkâr etmek mümkün değildir. Zira burada esas olan mahallî yetki hukukudur ve tatbik edilecek maddî hukuk da yetkili mahkemede yürürlükte olan hukuktur. Böylece, hâkimi yabancı hukukun tahkik ve tatbikinden kurtaran ve devletler hususî hukukunu ortadan kaldırmaya yönelen bir *basitliğe* ulaşılmaktadır; RIEZLER 121 vd..

za alanında böyle bir düzenlemeyi gösteren misaller bulmak mümkündür. Ancak devletler hususî hukukunun müstakil niteliği, böyle bir koordineyi aramayı dahi lüzumsuz kılar. Devletler hususî hukukunda, hâkim, usul hukuku bakımından yetkili olduğu için değil, fakat kanunlar ihtilafı kaidelerinin emri gereğince kendi hukukunu tatbik edebilir. Üstelik kanunlar ihtilafı kaideleri tatbikini emrettikleri maddî hukuku tayin ederken, "yetkili mahkeme" dışında bir bağlanma noktası kullanmışlardır. Bu kullanılan bağlanma noktalarına göre, mahkeme hukukunun maddî normları yetkili olabilmektedir.

II. KARŞILIKLI ETKİ ALANLARI

1. Maddî hukukun milletlerarası usul hukuku alanında *milletlerarası yetki* düzenlemesine etkisi çoğu zaman görülebilmektedir.

Münhasır bir yetkinin tesis edildiği yerlerde (muhtemelen HUMK m. 13) veya milletlerarası yetkinin belirli konularla sınırlandırıldığı durumlarda (mülga MuvK m. 4) milletlerarası yetkinin maddî hukukun tesiri altında düzenlendiği kolaylıkla söylenebilir. Yabancı mahkeme kararlarının tanınma ve tenfizinde de maddî hukukun etkileri[81] görülebilmektedir. "Türklerin kişi hallerine ilişkin" yabancı ilâmlara "Türk kanunlar ihtilafı kuralları gereğince yetkili kılınan hukukun" uygulanmamış olması halinde tenfiz imkânı vermeyen bir hükmün (MÖHUK m. 38e) de maddî hukuk düşüncesine bağlı bir hukuk politikası olduğunda şüphe etmemek gerekir. Hatta yabancı mahkeme kararının tanınma ve tenfizi için mahallî kamu düzenine aykırı hükümlere sahip olmaması şartı (MÖHUK m. 38c) da bir bakıma özel hukuka veya maddî hukuka ait mahallî kaidelerin usul hukukuna tesir edebilme imkânını saklı tutması anlamına gelir. Zira maddî hukuka ait kaideler de bu yolla yabancı bir mahkeme kararının tanınmasına ve tenfizine mani olabilir.

2. *Belirli* konularda belirli bir maddî hukukun tatbikindeki kararlılık da milletlerarası yetki düzeninde özel kaidelerin getirilmesini gerektirmektedir. Özellikle *ahkâmı şahsiye* (kişi halleri) konularında millî hukukun maddî normlarının tatbikini temin için daima mahallî yargıyı hazır tutmak ilâve yetki kaidelerinin konmasına sebep olmuştur.

Kendi vatandaşlarının ahkâmı şahsiye ihtilaflarında, genel yetki kaidelerine göre teessüs etmeme ihtimaline karşı, daima yetkili bir millî (mahallî) mahke-

81) Yabancı mahkeme kararlarının *tanınması* bazı hukuk nizamlarında tatbik edilen maddî hukuk hükümlerine de bağlanabilmektedir. Ve yabancı mahkeme kararını tanıma durumunda olan devlet, vatandaşlarının evlilik ve aile durumu meselelerinde kendi hukukunun tatbikinde ortaya çıkan durumdan daha kötüsünü meydana getiren yabancı bir hukuk nizamının tatbikiyle verilmiş olan yabancı kararları tanımamaktadır. Bu, meselâ **Alman** hukukunda tanımanın temel fikri olarak kabul edilmişti. Alman usul hukukunda yabancı bir mahkeme kararının tanınması, bu kararda ilgili Alman vatandaşı tarafın aleyhine olarak, Alman hukukunun bazı hükümlerinden inhiraf edilmemiş olmasına bağlı idi (ZPO [eski] § 238 I/3).

meyi hazır bulundurmak ve böylece millî maddî hukuku da tatbik edebilmekle vatandaşa ve millî menfaatlere hizmet gayesi yerine getirilmiş sayılmaktadır[82].

Türk hukukunda Türkiye'de yetkili bir mahkeme bulunmadığı takdirde, Türk vatandaşlarını kişi hallerine ilişkin konularda bir Türk mahkemesine tâbi tutan hüküm (MÖHUK m. 28) bu anlayışı ifade eder[83].

3. Türk hukukunda yabancı maddî hukukun tatbikinden kaçınmak için milletlerarası yetkisizliğin kabul edildiği özel durumlar da vardı. Yabancıların ahkâmı şahsiyesi ve menkul terekesi ile ilgili ihtilaflarda Türk mahkemelerinin yetkisizliğinden hareket eden veya milletlerarası yetkinin doğumu için özel bazı şartlar arayan hüküm (mülga MuvK m. 4) bu konularda yabancı kanunların tatbikinden kaçınma isteği ile izah edilmekte idi[84].

4. Borç yerine getirilmediği takdirde, mahkemeye başvurup bir ilâm elde ederek veya bazen böyle bir ilâma da lüzum kalmadan borçluya karşı cebrî icra yoluna gidebilme hakkı *eksik* (veya *tabii*) borç ilişkilerinde alacaklıya tanınmamıştır. Borç ilişkinin bu anlamda dava veya icraya konu olamaması "kanun yolları" meselesi ile ilgili değildir. Eksik borçlar doğrudan doğruya borç ilişkisine konu teşkil eden maddî hukuk talebinin özelliğine bağlıdır. Bu sebeple bu nevi borç ilişkilerinin "eksik borç bağlantısı" vasfı, kanunlar ihtilafı kaidelerinin tatbikini emrettiği maddî hukuka göre tayin edilir. Bu duruma göre, eğer yabancı hukuk tatbik edilmekte ve bu yabancı hukuka göre talep dava edilebilir değilse, mahkeme de bu davayı kabul edemez. Buna mukabil talep tatbiki gerekli yabancı hukuka göre dava edilebilir, fakat mahkemenin hukukuna göre dava edilemez ise, bu dava edilemezliğin kamu düzenine istinat edip etmediği araştırılmak gerekir. Mahkemenin hukukunda bu dava edilmezlik gerekçesini kamu düzeninde bulmaktaysa, tatbiki gerekli yabancı hukukun müsaade etmesine rağmen, dava kabul edilemez[85], zira mahkeme kendi kamu düzenini dikkate almak mecburiyetindedir. Ancak her eksik borcun kamu düzeninin müdahalesini gerektireceği de iddia edilemez.

Hukukumuzda, Kara Avrupası hukuklarında olduğu gibi, eksik borç ilişkileri (meselâ, kumar ve bahis borçları, BK m. 504; evlenme tellâllığı, BK m. 408; ahlâkî bir vazifenin ifası, BK m. 62 II; zamanaşımına uğramış alacaklar, BK m. 138, 118 III, 140; ihtilaflı olmakla beraber konkordato yoluyla ibra edilen borç miktarı, İİK m. 303, 295 ve nihayet eşler arasındaki alacaklar, MK m.

82) Alman hukukunda Alman vatandaşlarının lehine olarak tesis edilen yetki kaidelerinde (ZPO § 15, § 606 a/1, § 27 II) de bu düşünüş hâkimdir.

83) Yabancıların kişi hallerine ilişkin bazı davalar için bkz. ileride s. 365 vd.

84) Bkz. NOMER Ahkâmı Şahsiye 499 vd..

85) Bu anlamda NUSSBAUM Deutsches IPR 279; RIEZLER 126.

165/1) gerekçelerini maddî hukuk alanında yer alan hukuk politikasına ait düşüncelerde bulur. Bu itibarla kamu düzeninin müdahalesi söz konusu olmadıkça, yabancı maddî hukukun tatbikinden vazgeçilmesini haklı gösterecek bir sebep yoktur. Kaldı ki, bu nevi borçlarda gönül rızasıyla yapılan ifanın geçerli kabul edilmesi, kamu düzeninin müdahale ihtimalini oldukça zayıflatmaktadır[86]. Eksik borçların dava edilmezliği kamu düzenine bağlı olsaydı, muhtemelen bunların gönül rızasıyla da olsa, ifası hukuken makbul sayılmaz ve bu gibi borçların tamamen hükümsüzlüğü kabul edilirdi.

Şu halde, yabancı maddî hukuka tâbi bir borç ilişkisi, dava edilebilirliğini de bu yabancı hukuktan kazanır. Mahkeme hukukunun borç ilişkisini eksik borç kabul etmesi, kamu düzeninin müdahalesi söz konusu olmadıkça, yabancı hukuka tâbi bu borç ilişkisinin dava edilebilirliğine engel olmaz.

86) Bkz. yukarıda s. 145.

§ 20. MİLLETLERARASI YETKİ

I. KAVRAM

1. Yabancı unsurlu olaylarda *belirli* bir Devletin mahkemelerinin yetkili olup olmadıkları "milletlerarası yetki (uluslararası yetki)" kavramı ile ifade edilir. Milletlerarası yetki deyimi, sanki devletler hukukuna dayanan bir yetki düzeni varmış zannını vermesi bakımından yanlış anlaşılmaya müsaittir. Halbuki, tek tük bazı milletlerarası sözleşmeler bir kenara bırakılacak olursa, şimdiye kadar devletler hukukuna istinad eden bir milletlerarası yetki düzeninin veya milletlerarası yetki kaidesinin varlığı iddia edilebilmiş değildir.

Milletlerarası yetki deyimi, "ülke içi yetki" (iç yetki) deyiminin karşılığı olarak kullanılmaktadır. Ülke içi yetki, bir davaya belirli bir Devletin **hangi** mahkemesinin bakabileceğini ifade eder. Milletlerarası yetki ile bir Devletin mahkemelerinin yetkili olduğu tesbit edildikten sonra, o Devletteki hangi yer mahkemesinin yetkili olduğu ülke içi yetki kaideleriyle tayin edilir.

2. Milletlerarası yetki kavramının iki cephesi vardır. Bu kavram bir taraftan yabancı unsurlu olaylarda devletin *kendi* mahkemelerinin faaliyette bulunabilme yetkisine sahip olup olmadıkları veya hangi şartlar altında bu yetkiye sahip olduklarını belirtir. Diğer taraftan aynı kavram, *yabancı* bir Devlete ait makamların yabancı unsurlu bir olayda gösterdikleri yargı faaliyetinin, tamamen iç hukuk açısından, ülke içerisinde belirli tesirlere sahip olup olamıyacağı veya hangi şartlarla böyle bir tesire sahip olabileceğini tayin eder. Şu halde, menfî bir tesbitten hareket edilirse, milletlerarası yetki muayyen bir devletin *belirli* bir mahkemesinin yetkisi hakkında bir şey söylememektedir. Böyle bir yetkinin tayini "ülke içi" yetki kaidelerine ait bir görevdir. Buna mukabil yabancı unsurlu bir olay ile gerekli bir ilişki içerisinde bulunan bir Devletin mahkemelerinin bir "bütün" olarak bu olay hakkında faaliyette bulunabilme meselesi, milletlerarası yetkinin konusunu teşkil etmektedir. Diğer bir söyleyişle, yabancı unsurlu bir olayda bir Devletin mahkemeleri ile diğer Devletlerin mahkemeleri arasındaki yetki ilişkisi milletlerarası yetki kavramının meselesi olmaktadır.

Milletlerarası yetki kavramına ihtilaf konusu olayda herhangi bir şekilde ortaya çıkmış bulunan bir **milletlerarası ilişki** (yabancılık unsuru) de dahildir. Bu ilişki yoksa, milletlerarası yetkinin tetkiki de lüzumsuz olur. Milletlerarası hiç bir ilişkiye sahip olmayan, saf bir mahallî olay söz konusu ise milletlerarası yetki üzerinde durulmaz. Buna mukabil milletlerarası bir ilişkiye sahip olay söz konusu ise, diğer devletlerin de milletlerarası yetkisi içerisine girebilecek bir ihtilaf ortada mevcuttur. Bu takdirde Türk Mahkemesinin milletlerarası yetkisinin tetkiki gerekir. Ancak Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisinin tetkikini gerekli kılabilecek olan milletlerarası ilişkinin asgarî ölçüsü tesbit edilmelidir. Ve meselâ, yabancı bir devlet mahkemesine yetki tanıyan yetki sözleşmesinde, tarafların **iradeleri** milletlerarası ilişkiyi tesis eden asgari ölçü için yeterli midir? Taraf iradelerinin ne ölçüde yeterli olacağı meselesine yetki sözleşmelerinde temas edilecektir.

Diğer taraftan **yeterli** mahallî ilişkiye rağmen, milletlerarası yetkinin varlığı üzerinde tereddüt edilebilmektedir. Ve meselâ, iki Türk vatandaşı, bir Türk mahkemesinde, yabancı ülkede bulunan bir gayrimenkule ilişkin aynî ihtilaflarını hallettirmek isterlerse, bu tereddüt ortaya çıkmaktadır. Bu konuda, milletlerarası bir teamül hukuku kaidesinin prensip olarak gayrimenkule ait meselelerde "lex rei sitae"ye göre karar verilmesi gerektiğini ifade ettiğini isbata gayret gösteren hukukçular mevcuttur. Ancak burada, İtalyan Temyiz Mahkemesinin 1931 yılında iki İtalyanın Arjantin'deki bir gayrimenkule ilişkin hukukî ihtilaflarında kendi yetkisini kabul ettiği dikkate alınırsa[87], bu gayretin netice vereceğinden şüphe edilmek gerekir[88].

II. KAPSAM

Milletlerarası yetki, *devletler hukukuna* ait bulunan "ülke ve şahıs üzerindeki hâkimiyet" hakkından ayrılması gereken bir kavramdır. *Ülke üzerindeki hâkimiyetten*, devletlerin kendi ülkeleri üzerinde hâkimiyet tasarruflarında bulunabilme hususunda sahip oldukları münhasır yetki anlaşılmaktadır. Bu hâkimiyet hakkının bir tezahürü de "yargı yetkisini (kaza hakkını)" kullanma hakkıdır. Özellikle hukukumuzda devletler hukuku kavramı olarak yargı yetkisi (kaza hakkı) ile bir milletlerarası usul hukuku kavramı olan "milletlerarası yetki" birbirinden ayırt edilmemekte ve çoğu kerre bu iki kavram için aynı terimler kullanılmaktadır[89].

---

87) Bkz. SCHRÖDER Internationale Zuständigkeit: Entwurf eines Systemrechts von Zuständigkeitsinteressen in zwischenstaatlichen Privatverfahrensrecht aufgrund rechtshistorischer, rechtsvergleichender und politischer Betrachtungen 1971, 360. Ayrıca bkz. ileride s. 346 vd..

88) 27.9.1968 tarihli Medenî ve Ticarî Meselelerde Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tenfizi hakkındaki AET-Sözleşmesi ile **kısmî** bir devletler hukukunun tesis edilmiş olduğu söylenebilir. Zira bu Sözleşme âkit taraflar arasında gayrimenkule ilişkin davalarda, gayrimenkulün bulunduğu devletin **münhasır** yetkisini kabul etmiştir (m. 16).

89) Bkz. NOMER Yetki 396 n. 5.

Türk doktrininde bazı yazarlar milletlerarası yetki için "genel yetki", ülke içi yetki için "özel yetki" terimlerini kullanmaktadırlar[90]. İç hukukunun yetki kaideleri de genel ve özel yetki kaideleri olarak ikiye ayrıldığı için milletlerarası yetki ve ülke içi yetkiyi genel ve özel yetki terimleriyle ifade etmeyi doğru bulmamaktayız[91].

1. Milletlerarası yetki ile *devletler hukuku anlamında*[92] yargı yetkisi arasında, her ikisi de bir Devletin tekmil mahkemeleri itibariyle karar verme - hükmetme yetkisini ifade ettikleri için bir paralellik görmek mümkündür. Ancak bunlar birbirlerinden farklı nitelikte kavramlardır. Ve bunlara bağlanan sonuçlar da aynı değildir[93]. Milletlerarası yetkinin kaynağını, eğer milletlerarası bir sözleşme söz konusu değilse, sadece "*millî* hukuk nizamı" teşkil eder. Çünkü bu konuda "milletlerarası" bir yetki nizamı mevcut değildir. Buna mukabil yargı yetkisi devletin ülkesi üzerinde sahip bulunduğu bir yetkidir ve bu yetkinin kaynağı *devletler hukukudur*. Farklı bir söyleyişle yargı yetkisi Devletin hâkimiyet hakkının ülke üzerindeki bir kullanılma şeklidir.

Bu iki yetki tipinin kaynağındaki farklılık sebebiyle düzenleniş usulleri de aynı olmamaktadır. Milletlerarası yetkinin düzenlenmesi **millî hukukça** yapılmakta ve milletlerarası yetkinin sınırları da yine Devletin hukuk nizamınca **müstakil** olarak çizilmektedir.

---

90) Meselâ BERKİ 191; SEVİĞ 218; ayrıca bkz. ALTUĞ Devletler Hususî Hukukunda Yargı Yetkisi 1979 35 vd..

91) Aynı fikirde: KURU 399.

92) **Devletler hukuku anlamında yargı yetkisi** ile **iç hukukta kullanılan yargı yetkisi** de birbirinden ayrılmalıdır. "Devletler hukuku anlamında yargı yetkisi" bir Devletin kendi ülkesi üzerinde sahip olduğu hâkimiyetin bir gereği olarak yargı hakkını kullanma otoritesinin sınırlarını belirtir. Buna mukabil "iç hukuk anlamında yargı yetkisi" bir Devletin kendi mahkemelerine vermiş olduğu vazifelerin bütününü veya farklı bir söyleyişle, bir devletin devletler hukuku anlamında sahip olduğu yargı yetkisini hangi şümûlde kullandığını ifade eder. Böyle bir ayırım aynı zamanda bir Devletin devletler hukukunca sahip bulunduğu yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelerine sınırsız bir yargılama yetkisi vermemesinin bir sonucudur. Gerçekten de tekmil ülkelerde mahkemelerin yargılama yetkisini sınırlayan ve muhtevaca tesbit eden kaideler bulunur. **Türk hukukunda** da "yargı yetkisi" mahkemelerce kullanılır (Anayasa m. 9). Ancak yargı yetkisini kullanmada sınırsız bir otorite söz konusu değildir. Hâkimler bu yetkisini Anayasaya, kanuna ve hukuka bağlı olarak kullanırlar (Anayasa m. 138 I). Şu halde iç hukuk anlamında yargı yetkisi sadece devletler hukuku tarafından tanınmış bulunan karar verme - hükmetme otoritesinin bir kısımını teşkil eder. Bu bakımdan devletler hukukundaki yargı yetkisi ile iç hukuk anlamındaki yargı yetkisi arasında bir ayırım yapmak gereklidir.

Hâkime ait kaza otoritesinin sınırlarını çizen iç hukuktaki yargı yetkisine ilişkin kaideler çeşitli hukuk alanlarında yer almıştır. Bunlar başta Anayasa hukukundan (Anayasa m. 138 vd.) olmak üzere, usul hukukundan (meselâ HUMK ve İİK), maddî hukuktan (meselâ MK ve TK) ve kanunlar ihtilafı hukukundan (MÖHUK) çıkar. Ve şüphesiz milletlerarası yetki kaideleri de mahallî mahkemelerin yabancı ülke mahkemeleri karşısında yetkisini sınırlayan kaideler olarak iç hukuk anlamında yargı yetkisinin bir kısmını oluştururlar. Dolayısıyla yabancı unsurlu bir hukukî ihtilafta milletlerarası yetkinin bulunmaması iç hukuk anlamında yargı etkisinin de bulunmaması manasına gelir.

93) Meselâ yargı yetkisi dava şartlarındandır. Buna mukabil milletlerarası yetki prensip olarak dava şartlarından değildir; KURU 399. Ayrıca bkz. Yar. 6. HD., 19.10.1981 (YKD 5/1982 652 vd.).

Halbuki yargı yetkisini Devlete tanıyan devletler hukuku, aynı zamanda bu yetkinin sınırlarını da bizzat tesbit etmektedir. Yargı yetkisinin sınırları devletler hukuku tarafından, yani dışardan çizilmiş olmaktadır.

Devletler hukukundaki yargı yetkisinin varlığı üzerinde karar vermek durumunda kalan bir mahkeme için, mesele, mevcut şartlarda devletler hukukuna dayanan yargı yetkisini kullanabilip kullanamıyacağıdır. Buna mukabil milletlerarası yetkinin varlığı hakkında karar vermek mecburiyetinde kalan mahkeme için, mesele, mevcut şartlarda devletin sahip olduğu yargı yetkisini kullanmak isteyip istemediğidir. Buna karşılık, **yabancı** devlete ait yargı yetkisinin ve **yabancı** devlete ait milletlerarası yetkinin, yabancı bir mahkeme kararının tanınma ve tenfizi şartı olarak incelenmesi söz konusu ise, meselenin ortaya konması farklı olur. Buradaki incelemede ilgili yabancı Devletin yargı yetkisine ve milletlerarası yetkiye sahip olup olmadıkları problemi ele alınacaktır. Yargı yetkisi bakımından verilecek cevap şüphesiz devletler hukukuna istinat eder. Ancak milletlerarası yetki için cevabı yabancı mahkeme kararını tanıma ve tenfiz durumunda bulunan Devletin milletlerarası yetki kaideleri verecektir.

Özetle; "yargı yetkisi" dışardan, yani devletler hukuku tarafından Devlete ait karar verme - hükmetme hâkimiyetine çizilmiş sahayı belirtir. Bu saha içerisinde her Devlet kendi mahkemelerinin "milletlerarası yetkisini" düzenlemek, yani yabancı unsurlu vakalarda da kendi hukukî himaye organlarının faaliyette bulunma şartlarını tesbit etmekte serbesttir. Devletler hukukunun çizmiş olduğu bu saha içerisinde her Devletin kendi mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenleme serbestisi iki veya çok taraflı sözleşmelerle devletler hukuku alanına giren bir sınırlandırmaya uğrayabilir.

2. Devletin ülkesi üzerinde kullanabildiği yargı yetkisine devletler hukukunun çizmiş olduğu *sınırlar* çok geniştir. Getirilen sınırlama esas itibariyle *bazı* şahısları bir Devletin karar verme - hükmetme hâkimiyeti dışında bırakmak şeklinde olmuştur. Böylece devletler hukukunun Devletlerin yargı yetkisine getirdikleri sınırlama, *belirli şahıslara* tanınmış olan "yargı (kaza) muafiyeti" olarak ortaya çıkmaktadır:

a) Devletin ülkesi üzerindeki yargı yetkisine, milletlerarası teamül hukukunun koymuş olduğu bir sınırlama, devletlere tanınan yargı muafiyetidir. Devletlerin yargı muafiyeti, yani bir devletin diğer bir devletin mahkemelerinde yargılanamıyacağı devletlerin eşitliğine dayandırılmış bir prensiptir.

Gemilerin hukukî kişilikleri yoktur. Bununla beraber, bir devlet gibi, yargı muafiyetinin konusu olmaktadırlar. Bir devlete ait bulunan veya bir devletin donatanlığını yaptığı gemiler için **yargı muafiyeti** söz konusu olmaktadır. Resmî hizmete tahsis edilmiş bulunan **devlet gemileri** yargı muafiyetinden istifade etmektedirler. Ayrıca, kara sularına sahip devletler yabancı devletlerin harp gemilerine kendi kara sularından geçiş izni vermişler ise, bunlar da yargı muafiyetinden istifade ederler. Devlet gemilerinin yargı muafiyetine ilişkin durum, 1958 tarihli Cenevre Deniz Hukuku Konferansında, "bir devlete ait bulunan veya onun tarafından işletilen ve münhasıran ticarî olmayan resmî maksatlara tahsis edilmiş bulunan" gemilerin diğer devletlerin yargısından

tam bir muafiyete sahip olacağı şeklinde ifade edilmiştir[94]. Bu nevi devlet gemilerine ihtiyati tedbir veya ihtiyatî haciz yoluyla el konulamaz. Aynı yargı muafiyetinden devlete ait hava vasıtaları, özellikle hava harp vasıtaları da istifade eder. **Devletler hukukunda** devletlerin yargı muafiyetleri önceleri "par in parem non habet imperum" (eşitin eşit üzerinde hâkimiyeti olamaz) veya "par in parem non habet juridictionem" (eşitin eşit üzerinde yargı yetkisi olamaz) anlayışına dayandırılmıştı. Özellikle 20. Yüzyılda devletin fonksiyonları artmaya ve devletler aynı ölçüde olmamakla beraber özel şahıslarca yapılan ekonomik faaliyetlere katılmaya başlayınca, devletlerin de faaliyetlerinden dolayı sorumlulukları kavramı ortaya çıkmış ve hukuka bağlı devlet fikri gelişmiştir. Bunun sonucu olarak Birinci Dünya Harbinden sonra, devletin yargı muafiyetinin sınırlandırılması anlayışı kuvvet kazanmış[95], doktrin ve uygulamada bu anlayış kendisine yer bulmuştur. 1972 tarihli "Devlet Muafiyetine İlişkin Avrupa Sözleşmesi" de devletlerin kaideten özel hukuk tasarruflarında muafiyet iddiasında bulunamıyacaklarını hükme bağlamıştır (m. 5)[96].

Bugün, dünyanın tekmil hukuk sistemlerinin, yabancı devletleri, üzerinde hükûmet nüfuz ve iktidarı bulunan faaliyetler (hâkimiyet tasarrufları) sahasında mahallî yargıdan muaf tuttuğu bir vakıadır. Ve hatta bu hususta bir **hukukî mükellefiyetin** mevcut olduğu kanaati yaygındır. Bu noktaya kadar müşterek milletlerarası bir hukukî inanış ve teamül hukuku kaidesinin varlığı kabul edilebilmektedir. Fakat bunun dışında ne müşterek bir hukukî inanış ve ne de müşterek bir uygulama mevcuttur[97]. Yabancı devletleri **özel hukuk, iş ve ticarî ilişkiler** alanında mahallî yargıya tâbi tutan sayısız hukuklar da gözönüne alınırsa[98], devletlerin yargı muafiyetini hâkimiyet tasarruflarıyla sınırlamak haklı ve doğru bir davranış olur.

---

94) COLOMBOS Internationales Seerecht 1963, 219.

95) Geniş bilgi için bkz. ALTUĞ Türk Milletlerarası Usul Hukuku 1983 95 vd.; ve özellikle 15.11.1978 tarihli İsviçre Federal Mahkeme Kararı (BGE 104 Ia 367-376).

96) NOMER Kaza Muafiyeti 471 vd.. Ayrıca bkz. ÇELİK II/1 1977 40 vd.; TOLUNER 391 vd..

97) Dış ticaretin Sovyetler Birliğinde tekelleştirilmesi, devletin yargı muafiyetinin sınırlandırılmasında hareket noktası olarak görülmektedir; DAHM Fschr Nikisch 1958, 154; HABSCHEID Die Immunität ausländischer Staaten nach deutschem Zivilprozess: Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 8, 1986, 170; GEIMER Internationales Zivilprozessrecht 1977, 179; DAHM/DELBRÜCK/WOLFRUM 458 Vd.

98) Meselâ, Alman Federal Anayasa Mahkemesi 30.12.1962 tarihli kararında (NJW 1963, 435), elçilik binasına ilişkin olarak yabancı bir devlete karşı açılan davada Alman mahkemelerinin yetkisini ortadan kaldıran bir devletler hukuku kaidesinin mevcut bulunmadığından hareket etmiş, aynı prensibi daha sonraki bir kararında (NJW 1963, 1732) yeniden ifade etmiştir. Ayrıca çeşitli İstinaf Mahkemeleri (30.6.1974 tarihli OLG Frankfurt; RIW/AWD 1977, 720 ve 9.12.1974 tarihli OLG MÜNCHEN; RIW/AWD 1977, 49, kararları), yabancı devletlerin, Almanya'da özel hukuka ait faaliyetlerde bulundukları takdirde Alman yargısına tâbi olacaklarını teyit etmişlerdir.

İsviçre Federal Mahkemesi de, 22.5.1984 tarihli kararında, "büro elemanı" olarak diplomatik faaliyet alanı içerisinde bir hizmet ifası (telsizci) için Hindistan Devleti ile bir İtalyan vatandaşı arasında aktedilen "iş aktini" özel hukuk ilişkisi olarak nitelemiş ve Devletin yargı muafiyetini kabul etmeyerek bu iş aktinden doğan ihtilafın İsviçre mahkemesinde görülebileceği sonucuna varmıştır; BGE 110 II 255. Bu kararı ile İsviçre Federal Mahkemesi 1918'lerden beri sürdürmekte olduğu özel hukuk ilişkilerinde yargı muafiyetinin bulunmaması şeklindeki tatbikatını, hâkimiyet tasarrufu kavramını daha da daraltarak teyit etmiştir; bu konuda özellikle bkz. FORNI Die Gerichts- und Vollstreckungsimmunitaet fremder Staaten in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ve VISCHER Praxis des Bundesgerichtes zum internationalen Obligationenrecht 1984-1985: SchweizJahrbintR XLII-1986 9 vd. ve 242 vd.. **Avusturya Yüksek Mahkemesinin** aynı yöndeki bir kararı için bkz. (öst) OGH, 8.7.1992: IPrax 3/1993 185 vd..

Devlet aleyhine ikame edilen bir davada, dava konusunun bir hâkimiyet tasarrufu mu olduğu yoksa özel hukuka ait bir faaliyetin mi bulunduğu bir *vasıflandırma* meselesidir. Bu itibarla *mahkemenin hukukuna* göre, yani baş vurulan mahkeme Türk mahkemesi ise Türk hukukuna göre yapılacaktır[99-100].

Devletler hukuku bakımından devletin yargı muaflığı hâkimiyet tasarrufları alanında bir hukukî mükellefiyet olarak ortaya çıktığına göre, yabancı bir devletin özel bir şahıs gibi giriştiği özel hukuk ilişkilerinden dolayı kendisi aleyhine Türk mahkemelerinde hukuk davası açılabilmelidir[101].

Bu modern gelişmeye uygun olarak, Türk hukukunda Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun, yabancı devletlerin özel hukuk münasebetlerinden doğan hukukî ihtilaflarda yargı muafiyetinden istifade edemiyecekleri hükmünü (m. 33 I) getirmiştir. Bu hüküm, dava konusu yapılan hukukî ilişkinin "niteliğini", yabancı devletin yargı muafiyetinin tanınıp tanınmamasında bir ölçü olarak ele almaktadır. Buna göre, ihtilaf konusu hukukî ilişkinin yapılmasında yabancı devletin sahip olduğu veya takip ettiği amaç, yargı muafiyetinin tanınıp tanınmamasında etkili değildir. Dava konusu hukukî ilişkinin, Türk hukuk anlayışına göre, bir özel hukuk ilişkisi niteliğinde olması halinde, yabancı devlet yargı muafiyetinden istifade edebilme hakkını kaybeder. Şu halde, yabancı devlet, Türk hukukuna göre özel hukuk şahısları tarafından yapılabilen, özel hukuk niteliğindeki bir hukukî ilişkiden doğan ihtilafın dava konusu yapılması halinde, -yabancı devletin bu ilişkiye girerken taşıdığı maksat ne olursa olsun-, Türk mahkemeleri önünde yargı muafiyetini ileri süremiyecektir.

Misal : Türk kara sularında meydana gelen **çatmalarda**, ortaya çıkan hukukî sorumluluk (haksız fiil sorumluluğu) bir özel hukuk ilişkisi niteliğinde oldu-

99) "Devletin savaş uçaklarının silahlı saldırısı ile oluşan haksız fiilin, özel hukuk ilişkisi sayılıp sayılmayacağının" Türk mahkemesince tesbiti gerekeceğine dair: Yar. 4. HD., 17.3.1986 (YHD 9/1986 1271/1272); Yar. 4. HD., 12.10.1987 (YKD 1/1988 29 vd.).

100) Hâkimiyetin bir gereği olarak devletin yargı muafiyeti, Sovyet Rusyanın görüşüne göre, devlete ait ticarî temsilcilikler ve dış ticaret teşkilâtları için mevcudiyetini devam ettirir. "Acta jure imperii" ile "acta jure gestionis" arasındaki "batı dünyasına" ve "kapitalist düzene" ait ayırım yargı muafiyetini fonksiyonel esasa bağlayan bir teoridir. Ve redde mahkûmdur. Sovyet Rusya'nın iddiasına göre, Sovyet Rusya'ya ait ticarî temsilcilikler ve ticarî teşkilatlar Sovyet Devletinin organları olarak tam bir yargı muafiyetinden istifade ederler. Ticarî temsilcilikler şüphesiz kanunî hükümlere riayetle, yabancı mahkemeler önünde "davacı" olarak hareket etmek yetkisine sahiptirler. Sadece, bulundukları ülkede aktedmiş oldukları ticarî muamelelerden doğan ihtilaflarda, yabancı mahkeme önüne "davalı" olarak çıkarılabilirler. Bu, ticarî temsilciliklerin yargı muafiyetinden kısmen bir feragatı olarak yorumlanabilir. Bu görüş bir yana, yabancı bir yargı yetkisine tâbi olmamak maksadıyla, Sovyet Rusya'nın ticarî temsilcilikleri ve teşkilatları ile doğabilecek tekmil ihtilaflarda hakem mahkemelerinin yetkisi tercih edilmektedir; bkz. BOGUSLAVSKIJ (terc. W. Rathfelder) Staatliche Immunität 1965, 140.

101) NOMER Kaza Muafiyeti 493; ÇELİK II/1, 1977 46; KURU 878 ve orada dip n. 9'da zikredilenler. Ayrıca geniş bilgi için bkz. GÜNDÜZ Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı ve Milletlerarası Hukuk 1984.

ğundan, kamu hizmetine tahsis edilmiş yabancı devlet gemilerinin veya yabancı harp gemilerinin vermiş oldukları zararlar sebebiyle ilgili yabancı devlet Türk mahkemelerinde dava edilebilir. Bu konuda yabancı devletlerin yargı muafiyetlerini ileri sürmeleri mümkün değildir (m. 25 I, m. 27 ve m. 33 I)[102].

Bu hükmün kabulünden önce, kanunî bir mecburiyet olmamasına rağmen, **Türk Yargıtayı** milletlerarası uygulamadaki gelişmeleri hiç dikkate almaksızın, eskidiğinde şüphe kalmamış olan bir anlayışla yabancı devletlere özel hukuk ilişkilerinde dahi yargı muafiyeti tanımaktaydı.

Yargıtay, "bir devletin diğer devlet mahkemesinde muhakeme edilmesine devletlerin bağımsızlığı mani bulunmuş olduğu"[103], "yabancı bir devletin gayrimenkule ve onun zilyetliğine müteallik ihtilaflar haricindeki hususlarda mahallî kazaya tâbi olması keyfiyeti, kendi rızası ve muvafakatlerine bağlı olduğu, **devletler hukuku esaslarından** bulunduğuna göre"[104], **"devletler hukuku ilkeleri** gayrimenkule ilişkin davalar dışında hükümrân bir devletin diğer bir devlet nezdinde muhakeme edilmesine cevaz vermez. Siyasî hâkimiyetle sınırlı ve ona ilişkin kaza yetkisinin diğer bir devlete teşmili mümkün bulunmadığı"[105] veya "yabancı devletin diğer bir devletin mahkemelerinde davalı olarak bulunup hüküm verilmesi olanağı bulunmadığı"[106] gibi gerekçelerle yabancı devletlerin Türk yargısı karşısında mutlak bir kaza muafiyetine sahip olduğu görüşünde idi.

Yargıtaya göre, "yabancı devlet aleyhine dava açılamaz"[107]. Bunun da tek gerekçesi "devletler hukuku" ilkeleridir. Hiç bir devirde bu mutlak manasıyla bir devletler hukuku ilkesi olarak kabul edilmemiş olan[108] ve bugünün milletlerarası uygulamaları ile de bağdaşmayan böyle bir anlayışın Türk mahkeme tatbikatından da artık uzaklaşması[109] kanun gereği olmaktadır.

Yargıtay zaman zaman diplomatik temsilcilerin yargı muafiyetleri ile devletin yargı muafiyetini birbirine karıştırmıştır. Meselâ Yargıtayın bir kararında[110], yabancı devletin özel hukuk ilişkilerinden doğan bir ihtilafta yargı muafiyeti, diplomasi temsilcilerine tebligat yapılamıyacağı kaidesi ile karıştırılmış gö-

102) Yargıtay 4. HD., 12.10.1987 tarihli bir kararında Türk karasularında yabancı devlete ait bir harp gemisinin çatma sebebiyle meydana getirdiği haksız fiil ilişkisini, 33 üncü madde anlamında bir "özel hukuk ilişkisi" olarak değil, fakat bir hâkimiyet tasarrufu olarak nitelemiştir (YKD 1/1988 29 vd.). Ayrıca bu konuda bkz. KENDER Çatma Hukukunda Harp Gemileri (Batider 3-4/1986 121 vd.) ve Harp Gemilerinin Karıştığı Çatmalara İlişkin Hukuk Davalarında Görev ve Yargı Yetkisi (V. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara 1989 141-172).

103) Yar. 4. HD., 21.3.1974 (BERKİ / ERGÜNEY Kanun İhtilafları 1954 210-211).

104) Yar. TD., 23.12.1950 (BERKİ / ERGÜNEY Kanun İhtilafları 1954 211-212).

105) Yar. TD., 16.2.1968 (Batider 4/1986 756-757).

106) Yar. 4. HD., 8.4.1974 (ABD 4/1974 756-757).

107) Yar. 3. HD., 23.10.1978 (YHD 12/1978 2063); Yar. 6. HD., 19.10.1981 (YKD 5/1982 652 vd.).

108) Bkz. NOMER Kaza Muafiyeti 481 vd..

109) Meselâ, Yar. 4. HD., 7.7.1986 (E. 986/2254, K. 5420); özellikle Yar. HGK., 18.9.1991 (YKD 3/1992 346 vd.).

110) Bkz. yukarıda dip n. 104 ve dip n. 93'de zikredilen kararlar.

zükmektedir. Halbuki, diplomasi temsilcilerine tebligat yapılamıyacağına dair olan ve Yargıtay kararında istinat edilen Kararnamede[111] söz konusu edilen tebligat, bu şahıslar aleyhine açılan davalar hakkında olup, bunların temsil ettikleri devletler aleyhine açılan davalar için değildir. Yargı muafiyeti içine girmeyen bir hukuki işlemden dolayı yabancı devleti temsil eden diplomasi temsilcisine tebligat yapılabilmesini önleyici bir düşünce yoktur[112].

Nitekim Kanun bu yanlış uygulamayı da önlemek maksadıyla, bu konuda sarih bir hüküm getirmek mecburiyetini hissetmiştir. Buna göre, özel hukuk ihtilaflarında yabancı devletin diplomatik temsilcisine tebligat yapılabilmesi mümkündür (m. 33 II). Bundan böyle, temsil ettikleri devlet aleyhine açılan davalarda, o devleti temsil eden diplomatik temsilci kendilerine tebligat yapılamıyacağı kaidesinden istifade edemiyecek ve devletine yapılan tebligatı almış kabul edilecektir.

Yabancı devletin özel hukuk ilişkilerinden doğan hukukî uyuşmazlıklarda yabancı devletin diplomatik temsilcilerine tebligat yapılabilmesini açıklığa kavuşturan bir hükmün (m. 33 II) Kanunda yer alması isabetli olmuştur[113]. Gerçekten de, yargı muafiyetinin bulunmadığı özel hukuk ilişkilerinde medenî usul hukuku tekrardan bütünüyle işlerlik kazanır. Bu durum özellikle tebligat, duruşma ve gıyap (duruşmada hazır bulunmama) konularında önemli olmaktadır.

Yargı muafiyetinin bulunmadığı uyuşmazlıklarda yabancı devlet aleyhine açılan davalarda usulüne uygun olarak yabancı devlete "davetiye" çıkarılması (HUMK m. 73; Tebligat K. m. 9 ve Tebligat Tüzüğü m. 11, 12) ve "tebligatın" Tebligat Kanunu ile Tebligat Tüzüğünde düzenlendiği şekilde yapılması mümkün ve gereklidir. Usulüne uygun olarak yapılan davete rağmen, duruşmaya gelmeyen devlet bunun müeyyidesine (HUMK m. 377) de katlanmak mecburiyetindedir. Ancak usul hukukuna ilişkin bu hükümlerin işleyebilmesi, yabancı devlete karşı ikame edilen davanın yabancı devletin **özel hukuk ilişkilerine** ait bulunması şartına bağlıdır[114]. Dava konusu yargı muafiyetine girdiği takdirde, yani mahkeme davalının yargı muafiyetine sahip bulunduğu ka-

111) 9 Aralık 1931 tarihli Kararname ("Türkiye'de Diplomasi Memur ve Mensuplarına Tanınan İmtiyaz ve Muafiyetler"); metni için bkz. MERAY Devletler Hukukuna Giriş II 1965 599-601.

112) NOMER Kaza Muafiyeti 488; BERKİ Devletler Hususî Hukuku II 1966 340/341; ayrıca bkz. ÇELİK II/1, 1977 567; farklı: TOLUNER 385. Ve Yar. HGK., 18.9.1991 (bkz. yukarıda dip n. 97a) : "Yabancı bir devletin özel bir şahıs gibi giriştiği özel hukuk ilişkilerinden dolayı açılacak dava ile diplomatik temsilcilerin yargı muafiyetini birbirine karıştırmamak gerekir." Ayrıca bkz. Yar. 10. HD., 14.10.1993 (YKD 2/1994 227 vd.).

113) Farklı: TOLUNER 385; GÜNDÜZ Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı ve Milletlerarası Hukuk 1984, 307/308; GÜNDÜZ Devletin Bağışıklığına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin Avrupa Konseyi Üyesi Devletlerin Hukuklarına Etkisi: Mahmut R. Belik'e Armağan 1993, 146.

114) Bkz. Yar. 13. HD., 16.11.1989 (YKD 6/1990 882 vd.); Yar. 4. HD., 17.3.1986 (bkz. yukarıda n. 99): "maddî olayın niteliğine göre, harp halindeki devletlerden birinin savaş araçlarının üçüncü bir devletin vatandaşına verdiği zararın özel hukuk ilişkisinden doğmadığı, bir hâkimiyet tasarrufu bulunduğu açıktır. Bu yönler gözönünde tutulduğunda [davalı yabancı devletin] Türk yargı organları önünde yargılanamıyacağına...".

naatine vardığı takdirde dava reddedilmek mecburiyetindedir. Şu halde davalı devletin yargı muafiyeti şüpheli ise, diğer bir söyleyişle hâkim davalının özel hukuk ilişkilerinin söz konusu olduğuna kanaat getirdiği takdirde duruşmaya devam edip, gerektiğinde onun gıyabında davayı sonuçlandıracaktır.

2675 sayılı Kanuna göre, özel hukuk ilişkilerinden doğan hukukî ihtilaflarda yabancı devlet aleyhine açılan davalarda, tebligatın bu yabancı devletin diplomatik temsilcilerine de yapılabilmesi, mahkemenin tebligatı Türk Dışişleri Bakanlığı vasıtasıyla yabancı devletin diplomatik temsilciliğine yollamasına engel teşkil etmez. Mahkemece tebligatın doğrudan ilgili devletin dışişleri bakanlığına gönderilmesi de mümkündür. 2675 sayılı Kanun, tebligatın yabancı devlete yapılabilmesi için ek bir imkan tanımıştır. Diğer diplomatik tebligat yolları açık bırakılmıştır[115].

Bu noktada, 1954 tarihli Usul Hukukuna ilişkin La Haye Sözleşmesi ile 1965 tarihli La Haye Tebligat Sözleşmesi hükümlerinden istifade etmek de mümkün görülebilir. Ancak her iki Sözleşmede de, "bir adlî yardım talebinin yerine getirilmesi, kendisinden adlî yardım talep edilen devlet tarafından **hâkimiyet veya güvenliğini haleldar edecek mahiyette** olduğuna kanaat getirilirse reddedilecektir" hükmü yer almıştır. Hakimiyet veya güvenliğin haleldar olmasından ne anlaşılacağı açık değildir. Bir devlete karşı bir davanın veya ödeme emrinin veya bir hukukî ihtilafı ihbar etmenin, o devletce kendi hakimiyet ve güvenliğini tehlikeye sokabileceği itirazıyla reddedilmesi ihtimali[116] daima mevcuttur.

Devlet, hâkimiyet tasarruflarında dahi, sahip olduğu yargı muafiyetinden feragat edebilir. Yabancı devletin, davalı olarak yargı muafiyetinden feragat etmesiyle yargı yolu açılır. Buna mukabil, yabancı devletin davacı olarak yargı muafiyetinden feragat etmesi yargı yolunu kendisine açamaz. Zira, yargı muafiyeti alanında, yabancı devlet ister davalı isterse davacı olsun, aynı muameleye tâbi tutulur. Yabancı devlete, davalı olarak, hakimiyet tasarrufları için nasıl yargı yolu kapalı tutuluyorsa, aynı şekilde davacı olarak da kapalı bulunmaktadır. Yabancı devlet, yargı muafiyetine sahip olduğu hâkimiyet tasarruflarında, ancak davalı tarafın, davacı yabancı devletin yargı muafiyetine itiraz etmemesi şartıyla, yargı yolunu kendisine açabilir. Hâkimin bu hususu re'sen dikkate alıp alamıyacağı hususunda fikir birliği yoktur[117]. Tahkim anlaşması yapmış olan bir devlet de, tahkim davasında yargı muafiyetinden feragat etmiş olur; artık hakem mahkemesi önünde yargı muafiyetini ileri süremez.

---

115) Adalet Bakanlığı, yargı muafiyetinin tanınmadığı hallerde de yabancı devletin diplomatik temsilcilerine yapılacak tebliğlerde Tebligat Tüzüğünün 45 inci maddesinde işaret edilen usullere uyulmasını istemiştir (Tebliğ: RG. 10.2.1992 - 21138; 24 Nisan 1993 - 21561).

116) Alman hukukundaki benzer hükümler için bkz. Rechtshilfeordnung in Zivilsachen § 59.

117) Bkz. VISCHER Der ausländische Staat als Kläger (IPRax 4/1991 211); van HECKE Nochmals: Der ausländische Staat als Kläger (IPRax 4/1992 206).

Hâkimiyet tasarruflarında, yabancı devletin, sahip olduğu yargı muafiyetinden feragat edebileceğini kabul eden Yargıtay, ayrıca gayrimenkullerin aynına ilişkin ihtilaflarda da yabancı devletin yargı muafiyetinin bulunmadığından hareket etmektedir.

Yargıtaya göre de, devletler hukuku ilkeleri gayrimenkullerin aynına ilişkin ihtilaflarda yabancı devletlerin yargı muafiyetini kabul etmez[118]. Bunun dışında, yabancı bir devlet kendi "rıza ve muvafakatı" ile de mahallî yargıya tâbi olur[119]. Yabancı devletin yargı muafiyetinden kendi rıza ve muvafakatıyla feragatı ya taraflar arasındaki bir anlaşma veya tahkim sözleşmesi[120] ile ya da yabancı devletin "sarih" muvafakat beyanı ile olabilir[121].

Yabancı devletlerin yargı muafiyetine sahip olduğu sahalarda yabancı devlet aleyhine **cebrî icra tedbirlerinin** söz konusu edilemiyeceği aşikârdır. Yargı yetkisinin varlığından hareket edilebilen alanlarda da, bazı ülkelerdeki farklı olarak meydana çıkan gelişmeler[122] istisna olmak üzere, yabancı devletlere karşı cebrî icra tedbirleri genellikle reddedilmektedir.

b) *Devlet temsilcileri*, devletler hukukuna göre belirli ölçülerde bulundukları yabancı devletin karar verme - hükmetme hâkimiyetinden muaf tutulmaktadırlar.

aa) *Devlet başkanlarının*[123] yargı muafiyeti milletlerarası örf ve âdet kuralları tarafından tesis edilmiştir. Devlet başkanları, ister resmî isterse özel bir ziyaret sebebiyle olsun, bulundukları ülkenin yargı yetkisine tâbi olmazlar. Bu prensip gerek ceza davaları gerekse hukuk davaları bakımından son zamanlarda mutlak anlamını, yaygın olmamakla beraber, kaybetmeye başlamıştır[124]. Bu farklı anlayış hukuk davalarında yargı muafiyetini sadece hâkimiyet tasarrufları bakımından mümkün görmektedir.

---

118) Meselâ bkz. yukarıda dip n. 104 ve 105.

119) Bkz. yukarıda dip n. 104.

120) Bkz. ÖZEL Devletin Özel Kişilerle Yapmış Olduğu Tahkim Sözleşmesi ve Yargı Bağışıklığı: İBD 10-11-12/1991 903 vd. (907).

121) Bkz. yukarıda dip n. 105; ayrıca TOLUNER 389 vd.

122) Meselâ, özellikle İsviçre Hukukunda, bkz. 15 Kasım 1978 tarihli İsviçre Federal Mahkemesi Kararı (BGE 104 Ia 367, C. 2-3, s. 367-376; tercüme: Turhan, Ankara HFD 1-4/1980 513-521). Ve **İsviçre** hukukunda, yargı muafiyetinin bulunmadığı faaliyetlerden doğan talepler için, yabancı devletin ülkede bulunan ve hâkimiyet tasarruflarına tahsis edilmemiş mal varlığı üzerinde cebrî icraya izin veren anlayış için bkz. WALTER 61 vd.

123) Devlet başkanları için söz konusu olan hukukî statünün **hükûmet başkanlarına** da teşmil edilmesi demokratik prensibin yaygınlığının bir sonucu olarak görülmektedir; TOLUNER 398.

124) Bkz. TOLUNER 398; ÇELİK I 1980 500. İngiliz Lordlar Kamarası (Hause of Lords), 24.3.1999 tarihinde, Şili eski devlet başkanı Pinochet'nin iade davasında (On Appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division), devlet başkanlarının hem resmî faaliyetleri hem de özel faaliyetleri için sahip oldukları yargı muafiyetinin, milletlerarası hukukun yasakladığı katliam ve işkence gibi insanlığa karşı işlenen suçlar için ileri sürülemeyeceğine karar verirken, milletlerarası hukuktaki *yeni* bir anlayışı ifade etmiş oldu (Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary, *ex parte* Pinochet Ugarte, [1999] 2 W.L.R 827).

Devlet başkanları üzerinde icraî tedbirlere başvurulması genellikle kabul edilmemektedir. Buna mukabil Devlet başkanının sahip bulunduğu yargı muafiyetinden vazgeçilmesi (feragat) mümkündür.

bb) *Diplomatik temsilciler* de milletlerarası örf ve adet kurallarına göre yargı muafiyetinden istifade ederler.

> Bu konudaki milletlerarası örf ve adet kuralları 18 Nisan 1961 tarihinde kabul edilmiş olan, **Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Viyana Sözleşmesinde**[125] toplanmıştır.
>
> Bu Sözleşmede çeşitli maddelerde, kabul eden devletin "medenî ve idarî yargısından bağışıklıktan" söz edilmiştir. Bağışıklığın belirli şahıslar üzerinde yargı hakkının kullanılmaması şeklinde ortaya çıktığı dikkate alınırsa, diplomatların **yargı muafiyetinden** söz etmek tercih edilmelidir[126]. Bu bakımdan da, diplomatların şahsen sahip oldukları **muafiyet** ile **resmî faaliyetler** sebebiyle istifade edilen yargı muafiyeti arasında bir ayırım yapılmaktadır.

Viyana Sözleşmesine göre, diplomatik temsilcilerin yargı muafiyeti ceza davalarında tam ve kesindir. Buna mukabil *hukuk davaları* için yargı muafiyetinin kesin olduğu söylenemez. Viyana Sözleşmesi, yargı muafiyetinden istifade eden şahısları, sahip oldukları muafiyetlere halel gelmeksizin, kabul eden Devletin kanunlarına ve nizamlarına riayet etmekle de yükümlü tutmuştur (m. 41). Bir yanda yargı muafiyetinden istifade, diğer yandan bulunduğu Devletin kanunlarına riayet yükümlülüğü arasında olması gereken sınır çizgisi belirsiz bırakılmıştır. Kanunlara riayetsizliğin mevcut olup olmadığını tesbit, çoğu defa ancak bir dava sonucu, mahkeme kararıyla belirlenebileceğine göre, yargı muafiyetinin sınırlarının, Sözleşmede kesin çizgilerle çizilmediği ortaya çıkmaktadır. Öyle anlaşılıyor ki, davanın özel niteliği ve hedefi, netice olarak, yargı muafiyetinin kabul edilmesindeki gaye ile çelişmediği takdirde, yargı muafiyetinin ileri sürülmesi mümkün olamıyacaktır[127]. Şu halde, prensip yargı muaflığı olmakla beraber istisnalara sahiptir. Sözleşmenin açık olarak belirlediği istisnalar şunlardır (m. 31):

> "a) Kabul eden devletin topraklarında bulunan özel bir **taşınmazla** ilgili **aynî hak davası,** yeter ki bu taşınmaz, gönderen devlet adına ve misyon amaçları için kullanılmak üzere diplomatik ajanın tasarrufunda bulunmamış olsun;
>
> b) Diplomatik ajanın gönderen devlet adına değil de bir özel kişi olarak vasiyeti tenfiz memuru, mirasın idarecisi, mirasçı veya vasiyet olunan kişi sıfatıyla ilgili bulunduğu **mirasa ilişkin** bir **dava**;

125) **Türkiye**'nin katılması : RG. 24 Aralık 1984-18615.

126) ROSENBERG / SCHWAB Zivilprozessrecht12 1977, 87.

127) Bu anlamda: OLG Köln, 4.11.1991 (IPRax 4/1992 249); ayrıca bkz. WENGLER Diplomatenkinder mit mehrfacher Staatsangehörigkeit und ihr Familienname in Deutschland (IPRax 4/1992 224).

c) Diplomatik ajanın kabul eden devlet dahilinde resmî görevleri dışında icra ettiği herhangi bir **meslekî** veya **ticarî faaliyet ile ilgili** bir **dava**[128]."

Sözleşmenin 37'nci maddesine göre, diplomatik ajanın beraberinde oturan aile üyeleri de diplomatik ajanın sahip olduğu yargı muafiyetinden aynen istifade eder. Ancak aile üyeleri *Türk vatandaşı* iseler bu yargı muafiyetinden istifade edemezler.

Diplomatların ve aynı statüye sahip kabul edilen şahısların Viyana Sözleşmesinin ilgili hükümleriyle sahip oldukları bu çok geniş yargı muafiyeti sadece belirli davalar bakımından sınırlanmış gözükmektedir. Bu istisnaî dar alan içerisinde yargı muafiyetinden istifade eden diplomatik temsilcilerin aleyhine açılan davalarda **icraî tedbirlerin** alınması da kabul edilmiştir. Yargı muafiyetinin bulunmadığı gayrimenkule ilişkin **aynî davalarda**[129], **tereke davalarında ve meslekî veya ticarî faaliyet ile ilgili davalarda** Viyana Sözleşmesi, alınan mahkeme kararlarının tenfiz edilebilme imkânını da, diplomatik temsilcinin şahsının ve konutunun dokunulmazlığı saklı kalmak kaydıyla, bahşetmiş gözükmektedir (m. 31/3).

Gerek dava gerekse icraî tedbirler bakımından muafiyetin kaldırıldığı bu sınırlı alanda dahi "tebligat" konusu Türkiye'de güçlükler yaratabilecektir. Zira yargı muafiyetinden istifade eden diplomasi temsilcilerine Türk mahkemeleri tarafından Türkiye'de tebligat yapılması önlenmiştir[130]. Bu durumda, diplomatik yoldan tebligat yapılması mümkün olmakla beraber, bu yolun uygulamada

---

128) Bu sonuncu istisna, diplomatik ajanın kabul eden devlette şahsî kazanç maksadıyla herhangi bir meslekî veya ticarî faaliyette bulunmasını yasaklayan hüküm (m. 42) ile çelişkili gözükmektedir. Bu yasak hükmünün tekmil diplomatik ajanlar için geçerli kabul edilmediği anlaşılıyor.

129) Hukukçular tarafından genellikle kabul edilen görüş, diplomatik temsilcilerin gayrimenkule ilişkin **tekmil aynî davalarda** yargı muafiyetinden istifade edemiyecekleri şeklindedir. Aynı görüş 14.5.1958 tarihli Yar. HGK kararında da yer almıştır (Jurisdictio 1958, 1288-1289). Ancak bu görüş, Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Viyana Sözleşmesinin 31'inci maddesinde, sadece belirli nitelikteki taşınmazlara ilişkin davalar bakımından tasvip görmüştür. Yani "özel bir taşınmazla" ilgili bir aynî hak davası yargı muafiyeti dışında tutulmuş, buna mukabil, gönderen devlet adına ve misyon amaçları için kullanılmak üzere diplomatik temsilcinin tasarrufunda bulunan taşınmazlar yargı muafiyeti içerisine alınmıştır. Sözleşmenin 31 inci maddesinde yer alan bu hükmün bir milletlerarası örf ve adet kaidesini ifade ettiği bu bakımdan çok şüphelidir.

Diplomatik temsilcilere ilişkin yargı muafiyetini düzenleyen 31 inci madde bu şekliyle, diplomatik temsilcilere karşı açılan davaları, bizzat yabancı devlete karşı açılabilen davalara nisbetle çok daha büyük ölçüde sınırlamış olmaktadır. Aslında bu sınırlama işin niteliğine uygundur. Zira diplomatlar normal olarak gönderen devletin temsilcileri olarak faaliyet gösterirler. Bu faaliyetlerde taraf olan, diplomat değil, fakat onun temsil ettiği devlettir. Diplomatlar gayrimenkule ilişkin tasarrufta bulunduğu zaman, bu tasarrufun âkit tarafı, onun tarafından temsil edilen devlettir. Bu nevi tasarrufların devletin hâkimiyet hakkına dahil olup olmadığı, çeşitli devletlerde farklı yorumlanabilmektedir. Meselâ Fransa'da gayrimenkullerin iktisabına matuf akitlerin "actes de puissance publique" olarak dikkate alındığı, Alman hukuk tatbikatında özel hukuka ait bir vasıflandırmaya meyledildiği belirtilmektedir (SONNENBERGER: AcP 1962, 509).

130) Adalet Bakanlığınca zaman zaman yayınlanmakta olan tebliğlerde **Türkiye'de kendilerine tebligat yapılamıyacak şahıslar** belirtilmektedir. Bu konuda son tebliğe (RG. 7 Ocak 1979 - 16512) göre:

"1. Büyükelçiler ve elçiler, maslahatgüzar, sefaret müsteşar ve katipleri, **sefaret ateşeleri** (ateşemiliter, hava **ateşesi**, **ateşe** naval, ticaret ateşesi) ve bunların muavinleri ile bu sayılanların eşleri

genellikle pek sonuç vermediği görülmektedir[131]. Bu yol işlemediği takdirde La Haye Sözleşmelerinde düzenlenen adlî yardım yoluyla tebligat yapılmasına teşebbüs edilebileceği gibi, usul hukukunun kabul etmiş bulunduğu "ilanen tebligat" yoluna (Tebligat K. m. 28) da başvurmayı önleyici bir sebep yoktur. Bununla beraber, Yargıtay bu güçlükleri bertaraf etmiş gözükmektedir.

Yargıtay 2675 sayılı Kanununun yürürlüğe girmesiyle birlikte, diplomatik temsilcilerin yargı muafiyeti ve özellikle onlara yapılabilecek tebligat bakımından yeni bir görüş içerisine girmiş bulunmaktadır. Yargıtay'a göre[132], "devletler umumî hukuku prensip ve teamüllerine uygun" hükümleri ihtiva eden Viyana Sözleşmesinin Önsözünde vurgulandığı gibi, "ayrıcalık ve bağışıklıkların amacı fertleri yararlandırmak olmayıp, devletleri temsil eden diplomatik misyonların görevlerini etkin bir şekilde yapmalarını sağlamaktır. Burada önemli olan diplomatik temsilcilerin çıkarları değil, temsil ettiği devletin çıkarıdır. Oysa, diplomatik temsilcilerin tamamen özel hukuk alanına giren faaliyetlerinden devletin çıkarı söz konusu olmadığından, diplomatik temsilcilerin yargı muafiyetinin resmî görevlerinin yerine getirilmesi ile ilgili iş-

---

ve beraber ikamet ettikleri çocukları ve diğer aile efradı ve diplomatik hak ve muafiyetlerinden istifadeleri tanınmış sair kimselere tebliğ yapılamaz.

2. Memleketimizde bulunan bir yabancı veya tüzel kişiye tebliğ yapılıp yapılamıyacağı hususunda tereddüt ediliyorsa keyfiyetin Dışişleri Bakanlığından sorulması gerekir."

131) 1961 tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Viyana Sözleşmesinin Türkiye bakımından yürürlüğe girmesine kadarki Türk mahkeme tatbikatı, Türkiye'de bulunan diplomasi temsilciliklerine hukuk davalarında gayrimenkullerin aynına ilişkin olanlar dışında, tam ve kesin bir yargı muafiyeti tanımış idi. Bunlara karşı dava açılamamakta, icra takibi yapılamamakta, dava ikame edilirse, dava şartı (yargı yetkisi) bulunmadığından, esasa girişilmeden dava usulden reddedilmekteydi. Doktrin tarafından benimsenmiyen (bkz. BERKİ / ERGÜNEY 154; ÇELİK I 535 n. 54) bu uygulama, tebligat konusunda diplomatik yolun da işlememesi sebebiyle daha da katı hale gelmiş oldu. Bu durum Yargıtay Genel Kurulunun 14.5.1958 tarihli bir kararında (Jurisdictio 1958, 1288-1289) ifadesini bulmuştu.

Karara konu olan olayda, yabancı bir devletin Ankara Büyükelçiliği müsteşarı, şahsî mesken olarak kendisinin kiraladığı gayrimenkulün kirasını ödememiş, kiralayan kiracı olan elçilik müsteşarına karşı kiranın ödenmesi ve tahliye davası açmıştı. Yargıtay 6. HD., bu davaya, elçilik müsteşarının resmî sıfatı ile temsil ettiği devletin nam ve hesabına yapılmış işlerle ilgisi olmadığı gerekçesiyle, Türk mahkemelerinde bakılabileceğine karar vermiş, ancak Hukuk Genel Kurulu bu görüşü benimsememiştir:

"Davalının diplomasi muafiyetini haiz şahıslardan bulunduğu ve bu sebeple işbu dava için kendisine **Dışişleri Bakanlığı vasıtasıyla tebligat yapılmasından imtina edildiği Dışişleri Bakanlığı yazısından anlaşılmaktadır.** Dava, davalının mesken olarak kiraladığı gayrimenkulün kira bedelinin ödenmesinde temerrüt edildiğinden dolayı tahliyeye ve kira bedelinin tahsiline mütedairdir. Bu gibi **diplomasi memurları şahısları namına yapmış oldukları akitlerden dahi kazaî muafiyete haizdirler.** Davalının mensup olduğu devlet tarafından işbu muafiyetten feragat edildiğini davacı tevsik etmemiştir. Olayda zımnî feragatin mevcudiyetini kabule müsait bir vaziyet de yoktur. İhtilaf gayrimenkulün aynı ile alâkalı ve devletler hukuku bakımından kazaî muafiyetten istisnaî mucip mahiyette değildir. Ve davalının kazaî muafiyetten istisnaiyetini müstelzim meslekî vekâletin tebligat yapmaktan imtinası 9.12.1931 tarih ve 12010 sayılı Kararname hükümlerine uygun bulunmaktadır. Gerek bu sebeplere, gerekse mahallî mahkeme hükmünde dayanılan sebeplere binaen davanın kabul edilmemesi, usul ve kanuna uygundur".

132) Yar. 6. HD., 8.5.1984 (YHD 6/1984 851/852); Yar. 12. HD., 6.11.1984 (MHB 2/1984 119).

lemlerle sınırlandırılması gereklidir". Bu bakımdan diplomatik temsilcinin resmî görevleri dışında kalan, kendine ait özel hukuk faaliyetlerinde yargı muafiyetinden istifade edemiyeceği gibi, 2675 sayılı Kanunun 33'üncü maddesi uyarınca kendisine tebligat da yapılabilir. Yargıtay, bu sebeplere dayanarak, kira akti gibi özel hukuk alanında borç doğuran ilişkilere giren diplomatik temsilci aleyhine "dava ve icra takibi açılmasına, tebligat yapılmasına, ödeme emri tebliğine yasal bir engel mevcut olmadığı" kanaatine varmaktadır.

> Yargıtay'ın diplomatik temsilcilere tebligat yapılabilme konusunda, devlete ait yargı muafiyetini düzenleyen 33 üncü maddeden istifade etmesi, maddenin maksadını aşan bir anlayış olarak görülebilir[133]. Ancak **yargı muafiyetinin bulunmadığı** bir ihtilafta, devleti temsilen diplomatik temsilciye tebligat yapılmasını kabul eden bir hükmün, muafiyetinin bulunmadığı durumlarda diplomatik temsilciye bizzat tebligat yapılamamasının anlamsızlığını ortaya koyduğu muhakkaktır. Bu yönden Yargıtay kararlarında beliren, tebligat konusunda 33'üncü maddeden istifade görüşü yargı muafiyeti müessesesinin kabulündeki anlayışa aykırı görülmemelidir.

Resmî faaliyet sebebiyle yargı muafiyetinden istifade, diplomatik misyonun idarî ve teknik kadrosu üyelerine bahşedilmiştir. Viyana Sözleşmesinin 37'nci maddesinin 2'nci bendine göre, misyonun idarî ve teknik kadrosunun üyeleri, beraberlerinde oturan aile üyeleri ile birlikte kabul eden devletin vatandaşı olmamak veya daimî surette orada mukim bulunmak şartıyla, yargı muafiyetinden diplomatik temsilciler gibi istifade ederler. Ancak bu muafiyet görevin ifası dışında yapılan fiilleri kapsamaz.

Misyonun, kabul eden devletin vatandaşı olmayan veya daimi surette orada mukim bulunmayan hizmet kadrosunun üyeleri de aynı şekilde görevlerinin ifası sırasında yaptıkları fiillerden yargı muafiyetine sahiptirler (m. 37/3). Kabul eden devletin vatandaşı olan veya daimi surette orada mukim bulunan bir diplomatik ajan da sadece resmî faaliyetlerde yargı muafiyetinden istifade edebilir (m. 38/1).

> Misyon kadrosunun diğer üyeleri ve bunların **özel hizmetkârları** prensip olarak diplomatik yargı muafiyetinden istifade edemezler (m. 37/4).
>
> Transit geçen diplomatik ajanlara da Viyana Sözleşmesi geçişi sağlamak üzere gerekli yargı muafiyetini tanımıştır (m. 40).

Yargı muafiyetinden istifade edenlerin bu muafiyetten *feragat* etmeleri mümkündür. Ancak diplomasi temsilcilerinin yargı muafiyetleri şahısları için değil, fakat görevlerinin yerine getirilmesi için verilmiş olduğundan, sadece

133) Bu anlamda bkz. Yar. 4. HD., 31.1.1986 (YHD 1/1987 99 vd.).

gönderen devlet veya onun adına misyon şefi tarafından yapılan bir feragat (vazgeçme) hüküm ifade eder (m. 32/1). Bu feragatın daima "açıkça" yapılması gerekir (m. 32/2). Kendisine karşı açılan davaya karşı, tebligatı alarak, davaya iştirak eden diplomatik temsilci için yargı muafiyetinden açıkça feragat edilmiş olduğu anlamı çıkarılabilir[134].

Diplomasi temsilcisinin açmış olduğu bir davaya karşı irtibat bulunması şartıyla, açılan *mukabil bir davada* yargı muafiyeti ileri sürülemez m. 32/3).

Yargı muafiyetinden vazgeçme, cebrî icra işlemlerine karşı muafiyetten vazgeçilmesi anlamına gelmez. Bu muafiyetten ayrıca vaz geçilmesi gerekir (m. 32/4).

Şüphesiz, kabul eden devletin yargısından muafiyet, diplomatik temsilcinin kendi ülkesinin, yani gönderen devletin yargısından da muaf olmasını gerektirmez (m. 31/4). Şu halde, Türk yargısından muaf olabilen tekmil şahıslar kendi *ülkelerinin mahkemelerinde dava edilebilirler*. Bulundukları yabancı ülkenin yargısından muaf olan Türk diplomasi temsilcilerinin de Türk mahkemelerinde dava edilebilmeleri mümkündür.

Yargı muafiyeti diplomasi temsilcisinin şahit veya bilirkişi olarak çağrılıp dinlenmesine de engel teşkil eder (m. 31/2). Bu kişiler kendi istekleriyle mahkemeye gelerek şahitlik veya bilirkişilik yapabilirler.

cc) *Konsolosların* hukukî durumu milletlerarası sözleşmelere[135] ve millî kanunlara göre düzenlenir. Ve genellikle yargı muafiyetleri *hizmetle* ilgili işlemlere hasredilmiştir. Ayrıca meslekten konsoloslar ile fahrî konsoloslar arasında da fark vardır. Fahrî konsoloslar vazife gördükleri ülkenin vatandaşlığında iseler genellikle yargı muafiyetinden istifade ettirilmezler[136].

Türk hukukunda kaide olarak konsolosların yargı muafiyetleri yoktur. Türk yargısına tâbidirler. Ancak konsolosluk sözleşmeleriyle[137] konsoloslara da belirli alanlarda yargı muafiyeti tanınmıştır. Bu sözleşmelerde yargı muafi-

134) Bugüne kadarki uygulamada, bir diplomasi temsilcisinin yargı muafiyetini ileri sürmeksizin bir hukuk davasına girmesi, gönderen devletin yargı muafiyetinden feragat etmiş olduğunu kabul için yeterli görülmüştür; ayrıca bkz. VERDROSS Völkerrecht 1964, 337 N 6 ve 7.

135) Devletler hukukunda devletin yargı yetkisini sınırlayan, konsolosluk sözleşmelerinden başka diğer bazı **milletlerarası sözleşmeler** vardır. Meselâ ülkede bulunan dost silâhlı kuvvetler lehine veya belirli milletlerarası teşkilâtların memurları için yargı muafiyeti sözleşmelerle düzenlenmektedir; bu konuda bkz. ÇELİK II/1 1977 46 vd..

136) 24 Nisan 1963 tarihli Konsolosluk İlişkileri Hakkındaki Viyana Sözleşmesinde meslekten konsoloslara tanınan yargı muafiyeti, fahri konsoloslar için de geçerli kabul edilmiştir (m. 58/2).

137) Meselâ Yugoslavya (RG. 14.8.1971 - 13926), Bulgaristan (RG. 16.7.1973 - 14596); Romanya (RG. 25.7.1973 - 14605), Belçika (RG. 23.9.1975 - 15366) ve Çekoslovakya (RG. 15.1.1979 - 16520) ile yapılan konsolosluk sözleşmeleri.

yetinin "konsolosluk görevleri" ile ilgili fiil ve işlemlerle sınırlandırılmış olduğu görülmektedir.

> Meselâ, **24 Nisan 1963 tarihli Konsolosluk İlişkileri Hakkındaki Viyana Sözleşmesine**[138] göre, "konsolosluk memurları ve konsolusluk hizmetlileri, **resmî görevlilerinin** yerine getirilmesi sırasında işledikleri fiillerden dolayı kabul eden Devletin adlî ve idarî makamlarının yargısına tâbi değildirler" (m. 43/I). Bununla beraber, "gönderen Devlet, bir konsolosluk mensubu hakkında" bu muafiyetten feragat edebilir (m. 45/I). Buna karşılık, bir konsolosluk memurunun veya bir konsolosluk hizmetlisinin açıkça veya zımnen gönderen Devletin vekili sıfatiyle aktetmediği bir mukaveleden doğan veya kabul eden Devlet ülkesinde bir taşıt aracının, bir geminin veya bir hava taşıtının sebebiyet verdiği zarar yüzünden üçüncü bir kişi tarafından açılan hukuk davalarında yargı muafiyeti yoktur (m. 43/2). Ayrıca, bir konsolosluk memuru veya hizmetlisi yargı muafiyeti içerisine giren bir konuda bir dava ikame ederse, irtibat halinde bulunması şartıyla, açılan mukabil bir davada yargı muafiyetini ileri süremez (m. 45/3).
>
> Konsolosluk mensupları adlî ve idarî davalar sırasında şahitlik yapmaya çağrılabilirler. Ancak şahitlik yapmayı reddettiği takdirde kendilerine zorlayıcı tedbir veya bir müeyyide uygulanamaz (m. 44/I).

Konsoloslara milletlerarası sözleşmelerle sınırlı olarak tanınmış bulunan yargı muafiyeti konsolosun *şahsına* aittir. Konsolosun resmî sıfatla yapmış olduğu fiil ve işlemlerden dolayı bizzat konsolos aleyhine dava açılması önlenmiştir. Buna mukabil, konsolosların resmî sıfatla yapmış oldukları fiil ve işlemlerden doğabilecek hukukî ihtilaflarda, bu işlemler devleti temsilen yapıldıklarından, söz konusu yargı muafiyeti, Devletin yargı muafiyetidir.

c) Yabancı devletlere ait hâkimiyet tasarruflarının özellikle yabancı *mahkeme kararlarının* kaldırılamıyacağı veya değiştirilemiyeceği anlamında bir yargı muafiyeti üzerinde de durulmuştur[139]. Bununla beraber bu anlamda bir muafiyetin kabulünü haklı gösterecek bir milletlerarası örf ve âdet hukukunun varlığından söz etmek mümkün değildir.

> Gerçekten de, yabancı mahkeme kararlarının mahallî makamlarca kaldırılamıyacağı veya değiştirilemiyeceği önce devletlerin yargı muafiyetine dayandırılamaz. Çünkü yabancı devlet veya onun organları böyle bir durumda mahallî yargıya tâbi tutulmuş değillerdir. Sonra yabancı mahkeme kararlarının kaldırılması veya değiştirilmesi yabancı devletin yargı yetkisine de müdahale teşkil etmez, aksine bir Devletin kendi ülkesi üzerinde sahip olduğu hâkimiyet hakkını dış müdahale olmaksızın kullanma anlamına gelir ve dolayısıyla ya-

138) RG. 27 Eylül 1975 - 15369. Ayrıca bkz. Yar. 9. CD., 6.7.1978 (YKD 10/1978 1773/1774).

139) WENGLER Völkerrecht II 1964 954. Ayrıca bkz. NUSSBAUM Deutsches IPR 388; KALLMANN Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Zivilurteile und gerichtlicher Vergleiche 1946 47 vd.; NAGEL Die Begrenzung des internationalen Zivilprozessrechts durch das Völkerrecht: ZZP 75 (1962) 408 vd..

bancı devletin hâkimiyet hakkına bir müdahaleden söz edilemez. Kaldı ki, yabancı mahkeme kararlarının tanınmaması ve onun yerine mahallî mahkemelerden verilmiş bir kararın ikame edilebilmesi devletler hukukunca tereddütsüz kabul edilmiş bir olaydır. Üstelik yabancı bir mahkeme kararını tanımamak ile yabancı bir mahkeme kararının bütün hukukî neticeleriyle kaldırılması arasında ne gibi pratik bir farkın bulunduğu da belli değildir. Devletler hukuku doktrini[140], yabancı mahkeme kararlarının yargı muafiyeti hakkında fazla söz söylememiş olduğundan, bu konuda ağırlığa sahip değildir. Sonuç olarak, yabancı mahkeme kararlarının yargı muafiyetini kabul eden milletlerarası bir örf ve âdet hukukunun bulunmadığından hareket etmek doğru olur.

3. Devletler hukukunun örf ve âdet kaidelerince getirilmiş bulunan mahdut sayıdaki sınırlamalar (devlet, devlet reisi ve diplomasi temsilcilerine tanınan belirli ölçüdeki yargı muafiyetleri) bir yana bırakılacak olursa, devletlerin kendi ülkeleri üzerinde karar verme - hükmetme hâkimiyetlerinin kullanılmasında tam bir serbestiye sahip bulunduğu prensip olarak söylenebilir. Sözü edilen sınırlamalar dışında, devletlerin yargı yetkisine devletler hukukunca herhangi bir kısıtlama getirilmiş olup olmadığı, sadece üzerinde münakaşa edilebilen bir konu olarak ele alınabilmektedir.

Zaman zaman, devletlerin kendi ülkeleri ile **hiç bir ilişkisi bulunmayan** olaylar için, yargı yetkilerini kullanamıyacakları ileri sürülmüştür[141]. Böyle bir iddia, aslında teorik olarak kalmaya mahkûm gözükmektedir. Ülkesiyle hiç bir bağlantısı bulunmayan bir olayda devletlerin kendi mahkemelerinin yetkisini kullandıracağı pek düşünülemez. Bununla beraber, devletlerin **aşırı derecede uzak** ülke ilişkilerini mahkemelerinin yargılama yetkisini tesis eden bağlama noktaları olarak kullanmaları mümkündür ve bu durumun devletler hukuku bakımından incelenmesi düşünülebilir[142]. Ancak "aşırı derecede uzaklık" kav-

140) Bkz. NOMER Yetki 400 n. 13.

141) Meselâ bkz. SCHNITZER II 797: **Schnitzer**, devletler hukukunun yargı yetkisinin sınırları hakkında "somut" prensipler koymadığını kabul ettikten sonra, devletler hukukundan menfî bir tesbitin çıkarılabileceğini söylemektedir. Ona göre, bir olay, bir devletin, ister ülke üzerindeki isterse şahıs üzerindeki hâkimiyetine ilişkin olsun, yargı hâkimiyetiyle temas halinde bulunmuyorsa, bu devletin makamları bu olay ile meşgul olamazlar. Meğer ki, diğer hiç bir devletin yargı yetkisi bu olay hakkında doğmamış bulunsun. Aynı fikirden hareket eden **Nagel** (ZZP 75 1962, 421), böyle bir olayda yargı yetkisini kullanan devletin hakkını kötüye kullanmış olacağını, halbuki devletler hukukunun **yargı yetkisinin kötüye kullanılmasına** müsaade etmediğine (bkz. DAHM Völkerrecht I 1958 196) işaret etmektedir.

142) **Anlamı olan** bir bağlanma noktasını yargı yetkisinin kullanılması için gerekli gören *Dahm* (Völkerrecht I 1958, 256), böyle bir bağlanma noktası olmaksızın milletlerarası yetkinin tesisini "devlet hâkimiyetinin kötüye kullanılması" olarak belirtmekte ve devletler hukukuna aykırı kabul etmektedir. Yetkili mahkeme ile ihtilaf konusu arasında en azından "dikkate almaya değer" bir ilişkiyi lüzumlu gören görüş (bkz. JELLINEK Die zweiseitige Staatsverträge über Anerkennung auslaendischer Zivilurteile I 1953 218; WALSCHÖFER: ZZP 80 [1967] 171 n. 21) de doktrinde hemen hemen aynı önemde tasvip görmüş (NAGEL: ZZP 75 [1962] 421 vd.; NEUHAUS Grundbegriffe 1962 32; SCHLÖSSER: ZZP 79 [1966] 176; SCHNITZER II 797; VERDROSS Völkerrecht I 1958 318 vd.; WENGLER Völkerrecht II 1964 947 n. 4), fakat kesin bir devletler hukuku kaidesi olarak ortaya konamamıştır. O kadar ki, **Fransız** hukukunda Code civil'in 14 ve 15'inci maddelerinde aşırı derecede zayıf bir ilişkiye dayanılarak tesis edilen yetki sert tenkidlere uğramasına rağmen, çok nadir olarak devletler hukukuna aykırı bulunmuştur (NAGEL: ZZP 75 [1962] 420 vd.; KRALIK: ZZP 74 [1961] 13).

ramı kesin bir ölçüye bağlanamaz. Muhtemelen, şahsî statü ile ilgili ihtilaflarda taraflardan birinin dahi mahkemenin bulunduğu devletin vatandaşı olması yeterli bir bağlanma noktası kabul edilecek, buna mukabil gayrimenkulün aynına ilişkin ihtilaflarda bu vatandaşlık **uzak** bir ilişki olarak görülecektir. Burada mevcut olan **nisbilik** devletler hukukunun bu konuda belirli kaideler koymamış olmasından ileri gelmektedir.

O kadar ki, gayrimenkulün aynına ilişkin ihtilaflarda, gayrimenkulün bulunduğu ülke mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin *inhisarî (mutlak)* olması iddiası dahi devletler hukukundan çıkarılabilecek bir kaide olarak kabul edilmemiştir. Gerçekten de, yabancı ülkelerde bulunan gayrimenkuller hakkında kendi mahkemelerinin karar vermesini mümkün kılan hukuk nizamları görülmektedir[143]. Gerçi mevcut hukuk nizamlarında genellikle yabancı gayrimenkullere ilişkin davalarda bir *yetkisizlik şuuru* mevcut bulunmakla beraber, hiç bir devlet kendi gayrimenkulleri hakkında karar veren yabancı bir devlet mahkemesi kararına karşı devletler hukukuna ait vasıtalarla tepki göstermiş değildir. Sadece bu nevi kararları tanımamak ve icra etmemekle yetinmiş, fakat bunların devletler hukuku yönünden hükümsüz olduğu iddiasında bulunmamıştır.

Özetlersek, yargı muafiyetine ilişkin teamülî kaideler istisna edilirse, devletler hukukundan belirli olaylarda devletleri kendi mahkemelerinin yetkisini tesis etmekten men'eden müşahhas (somut) kaidelerin çıkarılamıyacağı kesinlikle söylenebilir. Milletlerarası yetkinin düzenlenmesinde, mahkemelerin faaliyette bulunmasını haklı ve mantıkî gösteren ülke ilişkilerinin devletlerce dikkate alınması elbetteki gereklidir. Ancak, devletler hukuku, bugün için, milletlerarası yetkinin tesisine yardımcı olabilecek *bağlanma* ile ilgili belirli direktiflere sahip değildir. Devletler hukuku her devlete, ülkesi üzerinde bir hâkimiyet hakkı olarak en geniş şekliyle yargı yetkisi tanıdıktan sonra, sadece bazı şahısları bu yargı yetkisi dışında tutmakla yetinmiştir.

Yargı muafiyeti belirli şahıslar üzerinde devletlerin yargı yetkilerinin **mevcut olmadığı** anlamına gelmez. Devletler hukuku yargı yetkisinin bu şahıslar üzerinde bulunmadığını belirtmiş değildir. Devletler hukuku, devletlerin **sahip** bulundukları yargı yetkilerini bu şahıslar üzerinde –kendileri feragat etmedikçe– **kullanamıyacaklarını**[144] örf ve âdet kaidesi olarak ortaya koymuştur.

4. Sonuç : *Yargı yetkisi* devlete ait hâkimiyet hakkından doğan ve mahkemelerce kullanılan karar verme - hükmetme otoritesidir ("facultas iurisdic-

143) Avusturya, İsviçre ve İtalyan hukuk nizamlarındaki bu imkânlar için bkz. KRALIK: ZZP 74 (1961) 14; GULDENER Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz 1951 98 n. 40.

144) NOMER Yetki 402 vd..

tionis"). *Milletlerarası yetki* yabancı unsurlu hukukî ihtilaflarda yargı yetkisinin nasıl kullanılacağının ve diğer bir devlet tarafından kullanılan yargı yetkisinin ülkesi üzerindeki etkilerinin her devletçe serbestçe düzenlenmesidir.

Devlet, devletler hukukunun kendisine tanıdığı karar verme - hükmetme hâkimiyetini, yani yargı yetkisini genel olarak mahkemelerine devreder veya farklı bir söyleyişle mahkemeleri eliyle kullanır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına göre de "yargı" yetkisi, Türk milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır" (m. 9).

Yargı yetkisi devletler hukukunca verilmiş olduğundan, bunun sınırlarını da devletler hukuku çizer. Buna mukabil, milletlerarası yetki çizilen bu sınırlar içerisinde her devletin kendisinin yaptığı bir yetki düzenlemesidir. Her devlet bu düzenleme ile, sahip bulunduğu yargı yetkisini kullanma şart ve hudutlarını bizzat tayin eder, yani yargı yetkisini nasıl ve ne genişlikte kullanacağını tesbit eder.

Bu itibarla bir hukukî ihtilafa bir mahkemenin bakabilmesi, evvelâ, o devletin bu nitelikteki ihtilaflar için yargı yetkisine sahip olmasını gerektirir. Yargı yetkisinin varlığı tesbit edildikten sonra, her devlet belirli bir olayda hangi şartlarla ve ne gibi ilişkilerle kendi mahkemesinin milletlerarası yetkiye sahip olacağını bizzat tayin eder. Milletlerarası yetkinin tayininde genellikle ülke ile yeterli bir ilişkinin mevcudiyeti aranmaktadır.

§ 21. TÜRK MİLLETLERARASI YETKİ SİSTEMİ

I. GENEL OLARAK

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanunu *Türk hukukunda* ilk defa olarak milletlerarası yetki konusunu belirli bir sistem içerisinde düzenlemiştir. Kanunun milletlerarası yetki konusunda getirdiği sistem, 22 Kasım 1982 tarihine kadar yürürlükte kalan Muvakkat Kanunun 4'üncü maddesine dayanılarak Türk hukukunda geliştirilmeye çalışılan sistemdir. Bu sistemin esası, iç hukukun yer itibariyle yetki kaidelerinin milletlerarası yetkiyi tayin eden kaideler olarak da kullanılmasıdır.

> Yürürlükten kalkmış olan **Muvakkat Kanunun 4 üncü maddesi** Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi alanında özel bir öneme sahip olmuştur. Milletlerarası yetki kavramının, devletlere devletler hukukunca tanınmış olan yargı yetkisi ile ilişkisinden hareket eden Kanunun ilgili hükmü (m. 4) şöyle idi:
>
> "Ecnebi teb'aya müteallik ve gayrimenkul mallara ait bilcümle davalar ile sair hukuk ve ticaret ve ceza işlerine ait davalar Türk teb'ası alâkadar olmasa dahi Türk Devletinin mahkemelerinde, **Türk kanun, nizam ve usulüne tevfikan rûyet** olunur. **Şu kadar ki,** ecnebi teb'aya müteallik olup da nikâh akti ve feshi, nikâh ve ayrılık ve babalık ve nesep ve evlâd edinme gibi aile hukukuna ve rüşt ve mezuniyet ve hacir ve vesâyet gibi ehliyete ve menkul mallara ait vasiyet ve terekelere müteallik bulunan davaların Türk mahkemelerinde rûyet edilebilmesi tarafların birrıza müracaatına veya Türk teb'asının alâkadar bulunmasına veyahut Türk mahkemelerinde derdesti rûyet davalara müteferri olmasına mütevakkıftır."
>
> Türk vatandaşlarıyla ilgili olmasa dahi, yabancılar arasındaki her türlü hukukî ihtilafın **Türk Devletinin mahkemelerinde** görülebileceğini ifade eden ilk cümle Devletin devletler hukuku anlamında sahip bulunduğu **yargı yetkisini** (yargı hakkını) beyan etmektedir[145].

145) Bağımsız bir Devlet olarak, zaten sahip bulunduğu yargı yetkisini bu şekilde beyan etmek, o devrin kanun koyucusu için, tarihi sebeplerin yarattığı bir zaruretti. Devletin "hâkimiyetini" ihlâl eden kapitülâsyonlar rejimini ilga ederek, yerine yeni bir düzenleme getirme durumunda kalan zamanın Hükümeti için evvelâ Devletin sahip olduğu yargı yetkisini beyan etmesi tabiî görülmek icap eder. Zira yabancı tabiiyette olanlar için Türk mahkemelerinin yetkili olamıyacağını iddia eden devletlere karşı, Türk mahkemelerinin devletler hukuku gereğince her türlü hukukî ihtilafa bakabileceğini söylemek, aynı zamanda kapitülâsyonlar rejiminin kaldırılmasının da gerekçesi olmaktaydı. Bu konuda geniş bilgi için bkz. NOMER Ahkâmı Şahsiye 496 vd..

Bu ilk cümlede Türk mahkemelerinin devletler hukuku anlamında **yargı yetkisi** sarih olarak beyan edilirken, yabancılarla ilgili davaların Türk mahkemelerinde "Türk kanun, nizam ve usulüne" göre görülebileceği de zikredilerek, **milletlerarası yetkinin** nasıl tayin edileceği de belirtilmektedir. Böylece yargı yetkisinin yabancılarla ilgili ihtilaflarda ne şartlarla ve nasıl kullanılacağı önce genel bir prensip olarak gösterilmektedir. Bu prensip **ülke içi hukuka** yapılan bir havaledir. Şüphesiz Kanun "Türk kanun, nizam ve usulüne" yaptığı bu havale ile yabancılarla ilgili hukukî ihtilafların "mutlaka" Türk mahkemelerinde[146] görüleceğini söylememekte, sadece milletlerarası yetki düzenlemesinin, **ülke içi hukuktan** çıkarılacağını bir prensip olarak ortaya koymaktadır. Ve hemen arkasından yabancıların ehliyet, aile hukuku ve menkul miras ile ilgili ihtilaflarında milletlerarası yetkiye ilişkin özel bir düzenlemeyi de genel prensibe ilâve etmektedir.

Bugün yürürlükte olan Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanunu bu prensibi açık olarak ifade etmiştir: Türk mahkemelerinin *milletlerarası yetkisini*,[147] iç hukukunun yer itibariyle yetki kuralları tayin eder (m. 27).

II. MİLLETLERARASI YETKİNİN SINIRLARI

1. *Türk hukukunda* milletlerarası yetkiye ait özel kurallar konulması yerine, iç hukukun yer itibariyle yetki kaidelerinin milletlerarası yetkinin de doğum sebebi olarak nazara alınması tercih edilmiştir.

İlk merciye ait hukukî ihtilafların çeşitli bölgelerdeki aynı neviden mahkemeler arasındaki taksimini ifade eden **yer itibariyle yetki**[148] gerek gayesi, gerekse kullandığı bağlanma noktaları bakımından milletlerarası yetkiden farklı niteliktedir. Bununla beraber Kanunun 27'nci maddesi, yer itibariyle yetki kaidelerini sırf iç hukuk ilişkilerini düzenleyen ve yabancı unsurlu ihtilaflara tatbik edilemiyecek kaideler olarak görmemiş, aksine bunları yabancı unsurlu hukukî ihtilafları da nazara alan ve çifte görevli kaideler olarak mütalaa etmiştir. Daha doğrusu, yer itibariyle yetki kaidelerine yabancı unsurlu hukukî ihtilafları da düzenleme görevi verilmiştir. Böylece yer itibariyle yetki kaideleri aynı zamanda milletlerarası yetkiyi de tesis etmektedir.

İç hukukun yer itibariyle yetki kaideleri milletlerarası yetki kaideleri olarak da görev gördüğüne göre, milletlerarası yetkinin varlığı yer itibariyle

146) Ve tabiî "mutlaka" Türk maddî hukuk kaidelerine tâbi olacağını da söylememektedir. Hatta bu havale yabancılara ait ihtilaflarda tatbik edilecek maddî hukuk hakkında herhangi bir şey söylemek gayesini taşımaz. Hüküm ve bu hükümde yer alan havale doğrudan doğruya milletlerarası yetkiyi konu almıştır.

147) Geniş bilgi için bkz. EKŞİ Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi 1996, 71 vd.

148) Türk hukukunda bu kavram "selâhiyet" veya "yetki" kelimeleriyle belirtilmektedir; meselâ bkz. KURU 260. Bununla beraber diğer yetki tiplerinden tamamen ayırmayı temin etmek ve "tereddütleri önlemek" için "yer itibariyle yetki" tâbirini tercih etmek gerekir; POSTACIOĞLU 148.

yetkili bir mahkemenin bulunmasına bağlanmış olmaktadır. Diğer bir söyleyişle, yer itibariyle yetkili bir mahkemenin bulunması milletlerarası yetkinin doğumu için yeterlidir.

2. Türk hukukunun getirdiği bu sistemde, milletlerarası yetki ile yer itibariyle yetkinin birlikte sahip bulunduğu "yerleşme" dikkate alınmaktadır. Bununla beraber usul hukukumuzdaki yer itibariyle yetkiyi tesis eden kaidelerin, Türk mahkemelerinin yabancı mahkemeler karşısındaki ülke itibariyle yetkisini, yani milletlerarası yetkisini de tam olarak tesis ettiği söylenemez. Bunun aksi de varittir. Kısaca, yer itibariyle yetkisizliğe rağmen milletlerarası yetkinin varlığı veya yer itibariyle yetkiye rağmen milletlerarası yetkinin yokluğu (devletler hukukunda yargı muafiyeti halleri) söz konusu olabilir.

a) Kanunumuz "kişi hallerine ilişkin" davalarda, usul hukukuna göre yer itibariyle yetkili bir mahkeme bulunmasa dahi, Türk vatandaşları için Türkiye'de yetkili bir mahkemeyi *daima* hazır bulundurmak yolunu seçmiştir (m. 28). Böylece iç hukukun yer itibariyle yetki kaidelerini milletlerarası yetkinin doğumu için kullanan Kanun Türk vatandaşı olanların kişi hallerine ilişkin davalarında ayrı bir düzenleme ile kendi sisteminden ayrılmakta ve milletlerarası yetkiyi istisnasız tesis etmiş olmaktadır.

> Diğer taraftan meselâ **Muvakkat Kanun** tarafların yabancı olması halinde, ehliyete, aile hukukuna ve menkul mirasa ilişkin ihtilaflarda yer itibariyle yetkili bir mahkemenin mevcut olmasını milletlerarası yetkinin doğumu için yeterli görmemişti. Milletlerarası yetkinin doğumu için yer itibariyle yetkili bir mahkemenin bulunması yanında **diğer** bazı şartlar da aramıştı.
>
> Muvakkat Kanunun 4'üncü maddesi, daha önce de belirtildiği üzere, Devletin devletler hukuku anlamında yargı yetkisini ifade ettikten sonra, bu yargı yetkisinin kullanılmasını, yani milletlerarası yetkinin düzenlenmesini "ülke içi hukuka" bırakmıştır. Özellikle yer itibariyle yetki kaidelerine böylece milletlerarası yetkiyi düzenleme görevi verilmiştir. Ancak bu ana prensibi koyan 4'üncü madde, "şu kadar ki" diyerek, "evliliğin akti ve feshi ve ayrılık ve babalık ve nesep ve evlâd edinme gibi **alle hukukuna** ve rüşt ve mezuniyet ve hacir ve vesâyet gibi **ehliyete** ve **menkul mallara ait vasiyet ve terekelere müteallik bulunan**" ihtilaflar için özel bir milletlerarası yetki kaidesi getirmiştir. Buna göre, sözü edilen ihtilaflarda milletlerarası yetkinin doğumu için, yer itibariyle yetkili bir mahkemenin varlığı yanında, ya "tarafların birrıza müracaatı" veya "Türk tebaasının alâkadar bulunması" yahut "Türk mahkemelerinde rüyet edilmekte olan davalara müteferri olması" aranmıştır. Bu nevi davalarda, yer itibariyle yetkili bir mahkemenin mevcut olması, milletlerarası yetkinin doğumu için yeterli olmamıştır[149].

149) Buna rağmen istisnaen bu konularda da yer itibariyle yetkinin varlığı ihtilafın Türk mahkemelerinde görülmesini gerektirmiştir. Bu istisnaî durumlardan birinde "kamu düzeni" (Yar. 2. HD., 2.7.1973; RKD 12/1873 492/493), diğerinde ise tarafların kendi ülkelerine giderek orada dava açmalarının "mümkün bulunmamış" olması (Tem. 2. HD., 6.4.1945; BERKİ / ERGÜNEY 81) milletlerarası yetkinin de doğumunu temin etmiştir. Bkz. ileride s. 367 vd..

b) Milletlerarası yetkiyi yer itibariyle yetki kaidelerinden hareketle tesis eden bir hukuk sistemi, yer itibariyle yetki kaidelerini, bir mahkeme kararına ihtiyaç gösteren yabancı unsurlu ihtilafların tamamını kapsayabilecek şekilde koymuş olmalıdır. Türk hukukunda yer itibariyle yetki kaidelerimizin, bir Türk mahkemesinin kararına ihtiyaç duyulan tekmil olayları içine alacak şekilde düzenlendiği söylenemez. Zaten sadece iç hukuk ilişkilerini düzenlemek gayesiyle konulmuş bulunan yer itibariyle yetki kaidelerimizden bunu beklemek de mümkün değildir.

> Meselâ, yabancıların kişi hallerine ilişkin ihtilaflarında, Türkiye'de yer itibariyle yetkili bir mahkemenin bulunmaması mümkündür. Bu sebeple bir Türk mahkemesinden karar alınamıyacaktır. Diğer taraftan bu konuda yabancı bir mahkeme kararının Türkiye'de tenfizi de mümkün olmayabilir. Çünkü tenfiz Türkiye ile kararın verildiği devlet arasında hukukî veya fiilî bir mütekabiliyetin varlığına bağlıdır (MÖHUK m. 38 a). Halbuki böyle bir durumda, ülke içerisinde bir mahkeme kararına ihtiyaç duyulması mümkündür. Ve ancak kamu düzeninin yardımıyla milletlerarası yetkinin tesisi temin edilebilir.
>
> Taraflar, milletlerarası özel hukuk akitlerinde, Türk iç hukukunun yetki hükümlerine göre yer itibariyle yetkili bir mahkemenin bulunmadığı bir ihtilaf için belirli bir Türk mahkemesini zikretmeksizin, Türk mahkemelerinin yetkili olacağını kararlaştırabilirler ("prorogation"). Böyle bir anlaşma, milletlerarası yetkinin tesisini mümkün kılmakla beraber, iç hukuk nizamı yer itibariyle yetkili bir mahkeme göstermediği sürece, ihtilafın Türk mahkemelerinde görülebilmesi imkânını temin edemez.

Genel olarak söylemek gerekirse, ülke içi hukuka göre bir Türk mahkemesinin yetkili bulunmamasına rağmen, tarafların ihtilaflarını bir Türk mahkemesi önüne getirmek mecburiyetinde kaldıkları her durumda, yer itibariyle yetkisizliğe rağmen milletlerarası yetkinin varlığından bahsetmek mümkündür.

3. Milletlerarası yetkinin yer itibariyle yetkiye bağlanması, gayrimenkule ilişkin davalar bakımından bir uyumsuzluk gösterir. Bu uyumsuzluğun sebebi "gayrimenkule müteallik" davalarda, gayrimenkulün bulunduğu mahal mahkemesini yetkili kabul eden Usul Kanunumuzun hükmünde (m. 13 I) görülmektedir.

Usul Kanunumuzun gayrimenkule müteallik davaları[150] gayrimenkulün bulunduğu mahal mahkemesine bağlayan hükmü, ülke içi hukuk bakımından, "âmme intizamı" ile ilgili görülerek, "münhasır"[151] veya "mutlak"[152] bir yetki kaidesi olarak kabul edilmiştir.

---

150) Maddenin metninde yer alan "gayrimenkul üzerinde bir hakka" tabirinin doğurduğu tereddütler için bkz. POSTACIOĞLU 153 vd.; KURU 327 vd.; özellikle ÜSTÜNDAĞ I-II 204 vd.

151) POSTACIOĞLU 154; KURU 292.

152) ÜSTÜNDAĞ I-II 203.

İç hukuk yönünden dahi genel yetkili mahkemeyi, yani davalının ikametgâhı mahkemesini (HUMK m. 9) bertaraf ettiği kabul edilen bu hükmün milletlerarası yetki bakımından da inhisarî (mutlak) bir manaya sahip olacağında tereddüt etmemek gerekir[153]. Bu itibarla Türkiye'de bulunan gayrimenkule müteallik davalar[154] ancak o gayrimenkulün bulunduğu mahal mahkemesinde ikame olunabilecektir. Türkiye dışında herhangi bir mahkemenin veya makamın Türkiye'deki gayrimenkullere müteallik vereceği bir karar, yetkili bir mahkemeden verilmemiş olacağından, Türkiye yönünden hukukî bir kıymet taşımayacaktır (HUMK m. 13 ve MÖHUK m. 38 b).

13'üncü madde hükmü Türkiye'de bulunan gayrimenkuller için bir yetki kaidesi getirmiştir. Çünkü bir ülke içi hukuk kaidesi olarak konmuş bulunan bu yetki kaidesine milletlerarası yetkiyi tesis görevi verilmiş bulunsa dahi, bu görev yabancı ülkeler bakımından milletlerarası yetkiyi tesis edici bir anlama sahip olmaz. Hiç bir devlet, yabancı bir devlet mahkemesinin yetkisini tesbit etmek hakkına devletler hukuku bakımından sahip değildir.

Yabancı ülkelerdeki gayrimenkuller bakımından 13 üncü maddenin tatbik kabiliyeti olmadığına göre, yabancı ülkelerdeki gayrimenkullere ilişkin davalarda genel yetki kaidelerimizin işlerliği devam eder. Böylece ülke dışındaki gayrimenkullere müteallik davalarda bir ülke içi yetki kaidesinin bulunması imkân dahiline girer. Meselâ davalının ikametgâhının Türkiye'de bulunması yer itibariyle yetkinin doğumu için yeterli hale gelir. Böyle bir sonuç, Türk mahkemelerinin yabancı ülkelerdeki gayrimenkullere ilişkin davalarda milletlerarası yetkiye de sahip olabileceği anlamına gelmektedir. Devletler hukuku ise gayrimenkul davaları hakkında milletlerarası yetkiyi sınırlayabilecek derecede gelişmesini henüz tamamlayabilmiş değildir[155]. Bu itibarla Kanunumuzun milletlerarası yetki sistemine uygun olarak, iç hukukumuzun yetki kaidelerine göre milletlerarası yetkisi doğabilecek olan bir Türk mahkemesinin yabancı ülkelerdeki gayrimenkullere ilişkin davaları görebilmesine mani bir hüküm ve düşünce mevcut değildir[156]. Şüphesiz, Türk mahkemesinin böyle bir konuda vereceği kararın yabancı hukuk nizamlarındaki etkisi ayrı bir konu teşkil eder.

4. Görülmekte olan bir davanın konusu aynı taraflar arasında ikinci bir dava konusu (litispendance) yapılamaz. Usul kanunları davalıya genellikle bir

153) Aynı anlamda bkz. KURU 402.

154) Gayrimenkule ilişkin davalardan maksat, taşınmaz üzerindeki aynî haklara ilişkin uyuşmazlıklardır; şahsî hakka ilişkin davalar, meselâ taşınmazın devir sözleşmesinde kararlaştırılan bedelin ödenmesi davası bu madde hükmüne dahil değildir (Bkz. Yar. 13. HD., 29.1.1993: YKD 5/1993: 725). Gayrimenkule ilişkin **miras davaları** için bkz. ileride s. 392, n. 253.

155) NOMER Yetki 400 vd. (402); ayrıca bkz. Yar. 2. HD., 27.1.1977 (E. 401/K. 665); karar ve tahlili için bkz. MHB 2/1981 61 vd.; **İsviçre** hukukunda da, gayrimenkullerin aynına ilişkin davalarda, gayrimenkulün bulunduğu yer mahkemesinin münhasır yetkisi kabul edilmiş olmakla beraber (IPRG m. 97), yabancı mahkeme kararlarının tanınması imkânı, kanunî bir düzenlemenin konusu yapılmıştır (IPRG m. 108 I). İspanya'daki taşınmazın aynına ilişkin bir uyuşmazlıkta kendisini yetkili gören bir **Alman** mahkemesi kararı için de bkz. BGH., 25.9.1997: IStR 7/98 223.

156) Aksi fikir : KURU 402; ayrıca bkz. Tem. TD., 22.6.1954 (TYK 66/1954 1667).

itiraz hakkı tanımışlardır. Bir ikisi dışında[157], usul kanunları, yabancı bir devlet mahkemesinde açılmış olan dava sebebiyle derdestlik *(yabancı derdestlik)* itirazında bulunup bulunamıyacağını belirtmemiştir.

> Mukayeseli hukukun getirdiği çözümler[158] iki sistemde toplanabilir. Birinci sistemde, **önceki** derdestliğin dikkate alınması prensiptir. Bunda, önceki yabancı derdestlik nazara alınacak, buna mukabil millî mahkemedeki önceliği nazara almayan yabancı bir mahkeme kararı tanınmayacaktır. Avusturya, İsviçre ve özellikle Alman hukuku[159] bu sisteme dahildir.
>
> İkinci sistem yabancı derdestliğin nazara alınmasını prensip olarak kabul etmez.

Türk hukukunda derdestlik bir iptidaî itiraz sebebi teşkil eder (HUMK m. 187/4). *Yabancı derdestliğin* iptidaî itiraz olarak ileri sürülebilip sürülemiyeceği hususunda kanunlarımızda istinat edilecek bir genel hüküm mevcut değildir.

Buna mukabil, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanunu iki konuda yabancı derdestliği dikkate alan bir düzenlemeye sahiptir.

> Birinci konu, Türklerin kişi hallerine ilişkin davalardır. Türkiye'de ikametgâhı bulunmayan Türklerin kişi hallerine ilişkin davalarının, Türk mahkemelerinde görülebilmesi, ikamet ettikleri ülkede dava açılmamış olması şartına bağlanmıştır (m. 28)[160].
>
> İkinci konu, yabancı bir devlet mahkemesinin yetki anlaşmasıyla yetkili kılınması halidir (m. 31). Böyle bir durumda, yabancı devlet mahkemesinde dava ikame edilmişse, Türk mahkemesinde açılacak bir dava yetki itirazıyla karşılaşabilecektir[161].
>
> Diğer taraftan, milletlerarası sözleşme hükümlerine göre[162] yetkili olan yabancı bir mahkemede açılmış bir dava sebebiyle, şüphesiz derdestlik itirazı yapılabilecektir.

Türk doktrininde bu konuya temas etmiş olan hukukçular[163], yabancı derdestliğin Türk mahkemelerinde dikkate alınamıyacağını kesinlikle belirtir-

157) **İtalyan** hukukunda 1940 tarihli C. Proc. civ. m. 3; **İsviçre** hukukunda 1987 tarihli Federal Kanun, m. 9.

158) Geniş bilgi için bkz. NOMER Derdestlik 345 vd..

159) Alman hukukunda, davaların Türk mahkemelerinde fazla uzaması, derdestliğin dikkate alınmasını tek başına engelleyecek bir sebep olarak görülmemiştir; BGH, 10.10.1985 (NJW 35 [1986] 2195/2196).

160) Bkz. ileride s. 362.

161) Bkz. ileride s. 376.

162) Meselâ 1929 tarihli Uluslararası Hava Taşımacılığına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkındaki Varşova Andlaşması m. 28 I (RG. 3 Aralık 1977 - 16128).

163) NOMER Derdestlik 368 vd. ve dip n. 70'de zikredilenler; ve Yar. 11. HD., 6.3.1985 (E. 1985/123, K. 1985/1209).

ler. Buna mukabil, aynı taraflar arasında, aynı talep bir dava konusu olarak Türk mahkemesinde derdest iken, bu talebi kesin hükme bağlamış olan yabancı bir mahkeme kararının tanınma ve tenfizi prosedürünün (MÖHUK m. 34 vd.) yürümesi mümkündür. Zira yabancı mahkeme kararının tanınma ve tenfizi, karara konu teşkil eden talebin Türk mahkemesinde görülmekte olduğuna istinat eden bir derdestlik itirazıyla önlenemez. Ancak Türk mahkemesinin de bir kesin hükme ulaşması halinde, yabancı mahkeme kararının tanınma ve tenfizi artık mümkün olmıyacaktır (MÖHUK m. 38 c)[164].

Yabancı mahkemede görülmekte olan bir davanın **bekletici mesele** yapılması da mümkün değildir. Yabancı mahkemede, mahkemenin hukukuna göre kesinleşen bir hükmün, Türk mahkemesinde kesin hüküm ve kesin delil etkisine sahip olabilmesi için, Türkiye'de "tanınması" gerektiğinden ve tanımanın olup olamıyacağı da kesinlik taşımadığından, Türkiye'de açılan davanın yabancı mahkemede açılan davanın -Türk hukukuna göre tanınması şartına bağlı olarak- sonuçlanmasına kadar bekletilmesi, hatta hakkı yerine getirmekten kaçınma (ihkakı haktan imtina) anlamına gelir.

164) Buna mukabil aynı taraflar arasında, aynı talebi dava konusu olarak ele almış ve tenfizine karar verilmiş yabancı bir mahkeme kararı ile kesinleşmiş bir Türk mahkeme kararı yargılamanın iadesine sebep olur. Bkz. ileride s. 394 ve dip n. 257.

§ 22. MİLLETLERARASI YETKİ KAİDELERİ

I. GENEL OLARAK

1. Yukarıda izah edildiği üzere, **milletlerarası yetki sistemimizin** ana kaynağını Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkındaki Kanunumuz teşkil etmektedir. Kanun milletlerarası yetkiye ilişkin hükümleriyle (m. 27-33) Türk mahkemelerinin devletler hukuku anlamında sahip oldukları yargı yetkisini (kaza hakkını) hangi ölçüler içerisinde kullanacağını belirtmiş olmaktadır (m. 1).

Türk Anayasasında, bağımsız mahkemelerce kullanılacağı belirtilen (m. 9) yargı yetkisi, ancak devletler hukuku tarafından belirli alanlarda sınırlandırılmıştır[165]. Ve yargı yetkisi dava şartlarından kabul edilmektedir. Türk mahkemeleri yargı yetkilerinin bulunmadığı bir davayı esas bakımından inceleyip karara bağlayamazlar. Davanın dava şartı yokluğundan reddi gerekir[166].

Milletlerarası yetki dava şartlarından sayılmamaktadır. Her devlet, mahkemelerinin milletlerarası yetkisini bizzat tayin eder. Milletlerarası yetkiyi düzenleyen kaideler iç hukuk kaideleri olmakla beraber, bunların belirlenmesinde milletlerarası bir işbirliğinin icapları da dikkate alınmalıdır. Yabancı mahkemelerden verilen kararların tanınması ve tenfizi imkânı bu işbirliği anlayışı ile yakın ilişki içerisindedir.

Belirli bir davada Türk mahkemesinin yargı yetkisine sahip olmadığı sonucuna varılırsa, artık Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisi araştırılmaksızın, dava reddedilir. Yargı yetkisi mevcut ise, mahkemenin milletlerarası yetkisinin mevcut olup olmadığı üzerinde durulabilir. Bu bakımdan milletlerarası yetki, yargı yetkisinin mevcut olması şartı ile bir davaya hangi devlet mahkemesinin bakabileceğini gösterir.

2. Milletlerarası yetki iç hukukun yer itibariyle yetki kaidelerinden çıkarılacaktır (m. 27). İç hukukun yer itibariyle yetki kaidelerine yapılan bu havale, yer itibariyle yetki kaidelerinin milletlerarası yetkinin de doğum sebebi

165) Bkz. yukarıda s. 330 vd..

166) KURU 882 ve bkz. Yar. 6. HD., 19.10.1981 (YKD 5/1982 652 vd.); Yar. 4. HD., 31.1.1986 (YHD 1/1987 99 vd.); Yar. 4. HD., 12.10.1987 (YKD 1/1988 29 vd.).

olarak dikkate alınması anlamına gelir. Böylece usul hukuku bakımından yer itibariyle yetkili bir mahkemenin varlığı milletlerarası yetkinin doğumu için yeterli ve aynı zamanda gerekli olmaktadır. Usul hukuku hükümlerimize göre yer itibariyle yetkili bir mahkeme milletlerarası yetkiye de sahiptir. Diğer bir söyleyişle, yer itibariyle yetkili bir mahkeme bulunmadıkça prensip olarak milletlerarası yetkili bir mahkeme de mevcut değildir. Milletlerarası yetki ile yer itibariyle yetki arasında tam bir uygunluğun olamıyacağı daha önce belirtilmiştir[167].

II. TÜRK MİLLETLERARASI YETKİ KAİDELERİ

1. İç Hukukun Yetki (Selâhiyet) Kaideleri

Türk hukukunda ülke içi yer itibariyle yetki (selâhiyet) kaideleri aynı zamanda milletlerarası yetki kuralları olarak vazife görmektedir (m. 27). Yer itibariyle yetkili bir Türk mahkemesinin bulunması milletlerarası yetkinin de varlığı için gerekli ve yeterlidir. Herhangi bir davada, Türk hukukunda yer itibariyle yetkili bir mahkeme mevcut değilse, Türk mahkemelerinin o dava için milletlerarası yetkisi de yoktur[168]. Milletlerarası yetkinin tayininde yer itibariyle yetki kaideleri kullanılırken, dava taraflarının Türk vatandaşı veya yabancı olması[169] rol oynamaz.

> Şu duruma göre, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 9 ilâ 12 ve 14 ilâ 16 ve 19 ilâ 21 inci maddelerinde yer alan genel ve özel yetki hallerinde, ayrıca diğer kanunlarda özel yetki hükümleri bulunan hallerde Türk mahkemeleri milletlerarası yetkiye sahiptir.
>
> Ayrıca, alacaklı, dava açmadan önce **ihtiyati haciz kararı** almış ise, alacak davasını ihtiyati hacze karar vermiş olan mahkemede de açabilir (HUMK m.12). Böylece ihtiyati haciz kararından sonra açılan alacak davası için yeni, kamu düzenine ilişkin olmayan bir özel yetkili mahkeme tesis edilmiş olmak-

167) Bkz. yukarıda s. 351 vd.. Sözü edilen uyumsuzluğun bir sonucu da ihtiyati tedbir taleplerinde görülmektedir: Esas hakkındaki dava açılmadan önce, yetkili (HUMK m. 104) Türk mahkemesinden alınan ihtiyati tedbir kararının, esas hakkında karar vermeye yetkili Türk mahkemesinin yetki sözleşmesi veya tahkim anlaşması sebebiyle kendisini yetkisiz kabul etmesi halinde, kendiliğinden kalkması (HUMK m. 109), tedbir kararı ile elde edilmek istenen maksadı bertaraf edebilecektir. Maksadın temini bakımından, yetki sözleşmesi ile veya tahkim anlaşmasıyla yetkilendirilen "yabancı" mahkemelerin de, 109 uncu madde hükmünde yer alan "esas hakkında karar vermeye yetkili mahkeme" kavramına dahil olduğunu kabul etmek gerekir; bkz. farklı: Yar. 11. HD., 19.1.1995 (E. 94/6501, K. 95/207) ve ileride s. 387.

168) İstisnaî haller için ileride bkz. s. 367 vd..

169) İlgilinin diplomatik muafiyete sahip bulunması ve elçilik binasında oturması, ikametgâh veya sakin olduğu yer gibi coğrafi esaslara bağlanmış yer itibariyle yetki kaidelerinin uygulanmasında herhangi bir etkiye sahip değildir; bkz. bu anlamda: Yar. 2. HD., 3.6.1985 (YKD 1/1986 32-34).

tadır. Böylece tesis edilen mahkemenin yetkisi, kesin olmadığı gibi, "münhasır" bir yetki de değildir.

Genel yetki kaidesi olarak *davalının ikametgâhı mahkemesi,* milletlerarası yetkiye de sahip mahkemedir (HUMK m. 9 I ve II). Türk hukukunda kişinin ikametgâhı, "yerleşmek niyetiyle oturduğu yerdir" (MK m. 19 I). İkametgâhı olmayan veya ikematgâhı tesbit edilemeyen bir şahsın hâlen oturmakta olduğu yer, onun ikametgâhı kabul edilir (MK m. 20 II). Tüzel kişilerde de, genel yetkili mahkeme olarak davalı tüzel kişinin ikametgâhının (merkezinin) bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir.

Tüzel kişilerin ikametgâhı, statülerinde aksine hüküm bulunmadığı takdirde, "muamelelerinin idare edildiği yerdir" (MK m. 49). Yabancı anonim ve sermayesi paylara bölünmüş şirketlerin Türkiye'deki şube veya acentalıkları onların kanunî ikametgâhları sayılır. Bu sebeple yabancı anonim ve sermayesi paylara bölünmüş şirketlere karşı açılacak davalarda, **şube** veya **acentalığın** bulunduğu yer mahkemesi milletlerarası yetkiye sahip olur[170]. Tüzel kişilerde, davada taraf olma ehliyeti ve dava ehliyeti, tüzel kişilerin statülerindeki idare merkezinin bulunduğu yer hukukuna göre tayin edilmekle beraber[171], yabancı tüzel kişilerin Türkiye'deki şubeleri, gerek bu tüzel kişiler aleyhine gerekse şubenin kendi muamelelerinden dolayı[172] şube aleyhine açılacak davalarda, Türk hukukuna göre **davalı olma** (pasif taraf olma) ehliyetine sahip kabul edilmektedirler.

Türkiye'de ikametgâhı olmayanlara karşı açılacak malvarlığı haklarına ilişkin davalar için Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkiye sahip olduğu durumlar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 16'ncı maddesinde düzenlenmiş olmaktadır.

Milletlerarası Sözleşmelerde de milletlerarası yetki kaideleri yer alabilir. Meselâ nafakaya ilişkin La Haye Sözleşmelerinde milletlerarası yetkiyi tesis eden yetki hükümleri[173] mevcuttur.

---

170) Bkz. 1330 tarihli Ecnebî Anonim ve Sermayesi Eshama Münkasem Şirketlerle Ecnebî Sigorta Şirketleri hakkında Muvakkat Kanun, m. 10; TK m. 119 II. Yabancı tüzel kişinin Türkiye'deki şubesinin muamelelerinden dolayı açılacak davalarda da, şubenin bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir (HUMK m. 17). Merkezleri yabancı ülkelerde bulunan ticarî işletmelere karşı açılacak iflas davaları için, işletmenin Türkiye'deki şubesinin, birden çok şubenin bulunması halinde Türkiye'deki merkez şubenin bulunduğu yerdeki ticaret mahkemesi yetkili olur (İİK m. 154 II). Motorlu araç kazalarından dolayı hukukî sorumluluğa ilişkin davalar, sigortacının merkez veya şubesinin veya sigorta sözleşmesini yapan acentanın bulunduğu yer mahkemelerinden birinde açılabileceği gibi, kazanın vukubulduğu yer mahkemesinde de açılabilir (Kara Yolları Trafik K. m. 110).

171) Bkz. yukarıda s. 302, 303.

172) "Şubenin muamelelerinden dolayı açılacak davalar" kavramına, şubenin yapmış olduğu hukukî muameleler yanında, şubenin yaptığı haksız rekabet, haksız fiil ve sebepsiz iktisaptan doğan davalar da girer; bkz. KURU 311/312.

173) Çocuklara Karşı Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizine Dair 15.4.1958 tarihli La Haye Sözleşmesi (RG. 11 Ocak 1973 - 14418), m. 3; Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınmasına ve Tenfizine İlişkin 2.10.1973 tarihli La Haye Sözleşmesi (RG. 16 Şubat 1983 - 17961), m. 7. Ve 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Sözleşmesi (RG. 25 Eylül 1991 - 21002), m. V 1/e [bkz. OGH (Avusturya), 25.6.1992 (IPRax 2/1994 138)]; 19.5.1956 tarihli Eşyaların Karayolundan Uluslararası Nakliyatı İçin Mukavele Sözleşmesi [CMR] (RG. 4 Ocak 1995-22161), m. 31 I.

Davada tarafların vatandaşlığı milletlerarası yetkinin doğumunda *prensip olarak*[174] rol oynamaz.

> **Misal :** Yabancı bir ülkede aktedilmiş ve yabancı bir ülkede icra edilecek bir akitten doğan ihtilafta (HUMK m. 10), davalının Türkiye'de ikametgâhı yoksa ve Türkiye'de hiç bulunmamış ise (HUMK m. 9) ve Türkiye'de malı veya teminatı da mevcut değilse (HUMK m. 16) milletlerarası yetkili bir Türk mahkemesi yoktur. Burada tarafların veya davacının[175] veya davalının vatandaşlığı, meselâ Türk vatandaşı olması Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tesis etmez.

a) Milletlerarası yetki düzenlemesi içerisinde HUMK m. 16 hükmü özel bir yere sahiptir. 16 ncı maddede "mal davalarından" söz edilmekle beraber, mamelek hukukundan doğan her türlü mal ve alacak davalarının bu madde hükmüne girdiği kabul edilmektedir[176]. Bu hükme göre, *malvarlığı* ve "ihtilaf konusu", mahkemenin yetkisini tesis etmektedir. Tarafların vatandaşlığı bu yetkinin doğumunda hiçbir role sahip değildir. Ayrıca aleyhine dava ikame edilen şahsın, yabancı ülkede ikametgâh sahibi olup olmaması da önem taşımamaktadır. Bu nevi tarafların vatandaşlığını ve yabancı ülkede bulunan davalının ikametgâhını dikkate almaksızın, doğrudan doğruya malvarlığına bağlı olarak tesis edilen milletlerarası yetki, milletlerarası hukuk alanında "aşırıya kaçan" bir yetki tesisi olarak görülmek istenmektedir[177]. Ancak bu hükmün sadece yabancılar için düzenlenmemiş olduğu, hem Türk hem de yabancı davalılara karşı kullanılabileceği ve bir ülkede malvarlığı edinen şahısların, o

---

174) **Davalının** Türk vatandaşı olması halinde, 16 ncı maddedeki yetki doğmasa bile, Türkiye'de dava açılabileceği, zira Türkiye'de oturmayan Türk vatandaşının ikametgâhının karine olarak Türkiye'de nüfus siciline kayıtlı bulunduğu yer olduğu ve bu yerde Türk vatandaşına karşı dava açılabileceği hakkında bkz. KURU 273 vd. [403].

175) Farklı anlamda: Yar. 2. HD., 2.4.1976 (E. 2362/K. 2889). Bu karara göre, "Anayasanın 31. (Yeni Anayasa m. 36) maddesinde aynen "herkes meşrû bütün vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir. Hiç bir mahkeme görev ve yetkisi içindeki davaya bakmakdan kaçınamaz" denmektedir. Bu sebeple, "bu hüküm karşısında vatandaş, Türk mahkemelerinde hak arama özgürlüğünden yoksun bırakılamaz".

Yargıtay bu kararında, öncelikle Anayasanın 31 inci maddesi hükmünü yanlış anlamış ve bir yandan Devletin yargı yetkisi ile milletlerarası yetkiyi karıştırmış, diğer yandan milletlerarası yetkinin iç hukuk tarafından düzenlendiği ve milletlerarası yetkinin doğmaması halinde Türk mahkemelerinin davaya bakamıyacağı hususunu gözden kaçırmış gözükmektedir. Bu karar ve haklı tenkidi için bkz. KURU 404 vd.; ayrıca MHB 2/1981 55 vd..

176) KURU 275; ÜSTÜNDAĞ I-II 229.

177) Meselâ HAUSMANN, Zur Prüfung der Gerichtsbarkeit der New Yorker Gerichte über ein iranisches Staatsunternehmen im inländischen Arrestverfahren, IPRax 1982, 56; NAGEL 1984 49. Nitekim 27.9.1968 tarihli Medenî ve Ticarî Meselelerde Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tenfizi hakkındaki AET-Sözleşmesi, malvarlığına bağlı olarak yetki tesis eden yetki hükümlerini âkit devletler arasında yürürlükten kaldırılmıştır (m. 3 II). Ve keza bkz. BGH, 2.7.1991 (WM 39/1991 1692 vd.); OLG München, 7.10.1992 (RIW 1/1993 66 vd.); özellikle: GROTHE, "Exorbitante" Gerichtszuständigkeit im Rechtsverkehr zwischen Deutschland und den USA: RabelsZ 58(1994) 708 vd.

ülkenin milletlerarası yetkisi ile de ilişki içine girmiş olacağı[178] gözden kaçırılmamalıdır.

Burada önemli olan malvarlığının *kıymeti* yönünden kanun hükmünün herhangi bir sınır çizmemiş olmasıdır. Bu bakımdan, malvarlığının kıymeti "az" olsa bile, bu malvarlığının bulunduğu yerde dava açılabileceği kabul edilmektedir[179]. Bununla beraber, üzerinde durulamıyacak derecede değersiz bir malvarlığı, milletlerarası yetkinin doğumu için yeterli olmamalıdır. Aksi halde hemen hemen mevcut olmayan bir mahallî ilişkiye bağlanılarak yetki tesis edilmiş olur. Her halde, bir yabancının meselâ üzerine giydiği elbiseleri veya kolunda taşıdığı saati milletlerarası yetkiyi tesis eden malvarlığı olarak nazara alınamıyacaktır[180].

b) Sözleşmelerden (akitlerden) doğan ihtilaflarda, dava aktin icra olunacağı *(ifa edileceği)* yer mahkemesinde de açılabilir (HUMK m. 10). Aktin ifa yerinin nasıl tayin edileceği burada önem taşır.

Aktin ifa yerinin lex fori'ye göre tayin edilmesi söz konusu değildir. Aktin ifa yeri, akte uygulanması gereken maddî hukuka göre tesbit edilir. Uygulanacak maddî hukuku devletler hususî hukuku kaideleri gösterir. Türk devletler hususî hukuku kaidelerine göre (MÖHUK m. 24), akte Türk maddî hukuku tatbik edilmekte ise, aktin ifa yeri Borçlar Kanununun 73'üncü maddesine göre belirlenecektir. Buna göre, borcun ifa edilmesi lazım gelen yer, öncelikle tarafların sarih veya zımnî iradelerine göre tayin edilir. Tarafların aktin ifa edileceği yeri kararlaştırmadıkları durumda, 73'üncü maddenin bu konudaki hükümleri uygulanır.

> Tarafların ifa yerini tayin etmedikleri durumlarda, akte uygulanacak hukuku tayin eden "ifa yeri" ile, akitten doğan ihtilaf halinde milletlerarası yetkili mahkemeyi tesis eden "ifa yerinin" farklı iki hukuka göre tesbit edilebilme ihtimali gözden kaçırılmamalıdır.
>
> Akte uygulanacak kanun (lex causae), taraflarca açık olarak tesbit edilmemiş ise, aktin ifa yeri hukukudur (m. 24 II). Burada "ifa yerinin" neresi olduğu Türk hukukuna göre (BK m. 73) tayin edilecektir. Bu ifa yeri hukuku, yabancı bir hukuk olduğu takdirde, yetkili mahkemeyi tesis eden "ifa yeri" (HUMK m. 10) bu yabancı hukuka göre belirlenecektir. Meselâ CIF-Satış Şartlı yükleme boşaltma mukavelelerinde, yabancı satıcı iki temel borcu yerine getirme durumunda kalabilir. Malların boşaltma limanında tahliyesi ve dökümanların alıcının ikametgâhında (veya iş merkezinde) ibrazı. Bu durumda satıcı bakımından ticarî

178) GEIMER Verfassungsrechtliche Vorgaben bei der Normierung der internationalen Zuständigkeit: Europa im Aufbruch: Fschr. Schwind, Wien 1993, 40.

179) KURU 276; bkz. Yar. HGK., 7.4.1978 (ÖZDEMİR Yargıtay Örnek Kararlarıyla Gayrimenkul Miras Davaları ve Yabancıların Mülk Edinmeleri 1986, 594).

180) ROSENBERG / SCHWAB Zivilprozessrecht12 1977, 165.

örf ve âdet kaidelerine göre birbirinden farklı iki ifa yeri meydana gelmiş olmaktadır. Devletler hususî hukuku kaidelerine göre, akit kanununu tayinde malların boşaltılma yeri ifa yeri olarak kabul edilirken, akit kanunu olarak boşaltma yeri hukuku, dökümanların ibraz mahallini ifa yeri olarak nazara alabilir.

Tarafların ifa yeri üzerinde anlaşmış olmaları halinde bu ifa yerinin milletlerarası yetkili mahkemeyi de tesis etmesi, tarafların fiilen bir *yetki sözleşmesi* yapmış olmaları anlamına gelmektedir. Yetki sözleşmelerinin özel olarak kanunda düzenlenmiş olması (MÖHUK m. 31), ifa yerinin tayini yoluyla fiilen bir yetki anlaşmasının ortaya çıkmasına engel teşkil etmez. Diğer bir söyleyişle, âkit taraflar, aktin ifa yerini tayin ettiklerinde, Türk hukuk sistemine göre, 31'inci madde anlamında düzenlenmiş bir yetki sözleşmesi olmamakla beraber, akitten doğacak ihtilafları için bir de milletlerarası yetkili bir mahkeme tesis etmiş olmaktadırlar.

Akreditif sözleşmesinde "aslî" ifa, satış bedelinin belirli bir usul içerisinde ödenmesi olayıdır. Bedelin 'ödenmesi' ile, akreditif sözleşmesi icra edilmiş olmaktadır. Bu itibarla, akreditif ilişkilerinde, bedelin ödenme yerinin, yani akreditif bankasının Türkiye'de bulunması halinde de, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi doğar.

c) *Haksız fiillerde,* haksız fiilin meydana geldiği yer de milletlerarası yetkiyi tesis edebilmektedir. HUMK m. 21 şöyle demektedir: "Haksız bir fiilden mütevellit dava o fiilin vuku bulduğu mahal mahkemesinde ikame olunabilir". Haksız fiilin "vuku bulduğu mahal" kavramı açık değildir. Bu kavram, hem haksız fiilin işlendiği yeri hem de zararlı sonucun meydana geldiği yeri ifade eder[181]. Her iki "yer" de, Türk hukukunda milletlerarası yetkiyi tesis eder[182].

Medya (basın, radyo televizyon) yoluyla veya *internet* aracılığıyla yapılan haksız fiillerde, fiil yerinin veya zararlı sonucun meydana geldiği yerin Türkiye'de olması halinde, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi doğacaktır.

Bir usul hükmü olan 21'inci maddeye göre, haksız fiilden ve haksız fiilin vukuundan ne anlaşılması lazım geldiğine lex causae değil, fakat lex fori karar vermelidir. Şu halde milletlerarası yetkiyi tesis edecek olan "haksız fiilin işlendiği yer", Türk hukukuna göre belirlenecektir. Bu durumda, milletlerarası yetkili bir mahkemenin doğumu için, en azından zarar veren fiilin bir kısmının veya meydana gelen zararlı sonucun bir kısmının, kendisine başvurulan mahkemenin yargı alanı içerisinde meydana gelmiş olması gerekir.

181) KURU 319; ve meselâ BGHZ 40, 391.

182) Alman hukukunda; SCHRÖDER (yukarıda s. 330, n. 87) 271.

Mahkemenin milletlerarası yetkisi bu şartlarla doğduktan sonra, haksız fiile ve sonuçlarına uygulanacak hukuku devletler hususî hukuku kaideleri (MÖHUK m. 25) tayin edecektir.

Haksız rekabeti meydana getiren ihlaller, genellikle, yapıldıkları yer hukukunun uygulanmasını gerektiren haksız fiilleri meydana getirirler (TK m. 56 vd.; BK m. 48). Bununla beraber haksız fiillerde, fiilin bir vakıa unsurunun meydana geldiği yerin haksız fiilin vuku bulduğu yer sayılması prensibi, rekabet ihlâllerinde kaideten geçerli değildir. Zira haksız fiillerde genellikle görüldüğü üzere, vakıa unsurları hukuk nizamlarında aynı şekilde düzenlenmiştir. Halbuki haksız rekabeti teşkil eden ihlâller için aynı şey söylenemez. Haksız rekabet kaideten sadece rakiplerin rekabet halindeki menfaatlerinin çatıştıkları yerde meydana gelebilir. Bu sebeple bir haksız rekabetin olup olmadığı ve dolayısıyla milletlerarası yetkili bir mahkemenin teessüs edip etmediği, haksız rekabetin meydana geldiği ülkenin hukukuna göre tesbit edilecektir. Şu halde, bir Türk rakibin, yabancı ülke pazarlarındaki rekabette, Türk haksız rekabet hukuku kaidelerine riayet etmek hususunda bir mecburiyetinin bulunduğu söylenemez[183].

2. Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalar

a) Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tayin eden yer itibariyle yetki kaidelerinde tarafların vatandaşlığı rol oynamaz. Buna mukabil kişi hallerine ilişkin davalarda kişinin bir devletle şahsî ilişkisini meydana getiren vatandaşlık ön safhaya çıkmıştır. Doğrudan doğruya vatandaşlığa bağlı olarak hukukumuzda "milletlerarası yetki kaideleri" tesis edilmiştir. Bu yetki kaideleri aynı zamanda yer itibariyle yetkili Türk mahkemelerini de belirlemektedir. Türk vatandaşlığına bağlı olarak Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tesisi, kişi hallerine ilişkin olaylarda Türk vatandaşları için daima yetkili bir Türk mahkemesinin bulunmasını sağlamak gayesini taşır. Bu gayeye uygun olarak Kanun, *Türklerin kişi hallerine ilişkin davalarında*, iç hukukun yer itibariyle yetki kaidelerine bağlı kalmaksızın, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini bizzat düzenlemiş ve milletlerarası yetkili bir Türk mahkemesini *daima* hazır bulundurma yolunu seçmiştir (MÖHUK m. 28). O kadar ki, Türk vatandaşı eşlerin yabancı bir mahkemeden boşanma kararı almış olmalarına rağmen, bu kararı tanınma ve tenfiz için Türk mahkemesine götürmeyerek, Türkiye'de 28'inci maddeye dayanarak yeniden boşanma davası açmaları mümkündür[184].

183) Aynı şekilde Alman hukukunda: BGHZ 40, 391.

184) Yar. 2. HD., 14.1.1986 (YKD 12/1986 1764/1765); kararın 28. madde açısından eleştirisi için bkz. RUMPF Zur internationalen Zuständigkeit türkischer Gerichte für Scheidungsverfahren im Ausland lebender Türken: IPRax 3/1995 184.

Kişi hallerinden maksat, kişinin şahsî statüsünü (statut personnel) ortaya koyan durumlardır. Buna göre, kişi halleri, şahsın hal (evli, boşanmış, vesâyet altında, sahih veya gayri sahih nesepli olmak gibi şahsın hukukî vasıfları anlamında) ve ehliyetini (şahsın hak ve mükellefiyetlerden istifade ve onları kullanma iktidarı anlamında) tayin ve gösteren şahsın hukuku ile aile hukuku meselelerini ifade eder. Buna mukabil şahsın hukuku ve aile hukukunda düzenlenmiş olmakla beraber, **niteliği bakımından** kişinin şahsî statüsünü belirlemiyen ihtilaflar kişi halleri kavramına dahil değildir. Bu itibarla doğum sebebi kişi hallerine ilişkin olsa dahi, maddî ve manevî tazminat davaları, evlilikte mal rejimine ait davalar ve nafaka davaları kişi hallerine ilişkin davalardan değillerdir.

Bu itibarla, özellikle Türklerin ehliyetine, evlilik meselelerine, nesep ve vesâyet konularına ilişkin **davalar** "kişi halleri" kavramı içerisinde 28'inci madde hükmüne tâbi olacaklardır.

Türklerin kişi hallerine ilişkin davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tayin eden 28'inci madde hükmünün bir özelliği de, hem sadece bir Türk vatandaşını ilgilendiren yabancılık unsuruna sahip olmayan olaylar için hem de taraflardan birinin yabancı olduğu olaylar için uygulanmasıdır. Türk vatandaşlığı taraflardan sadece birinin vatandaşlığı olsa dahi, dava Türk vatandaşının kişi hallerine ilişkin olduğu takdirde, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi daima tesis edilmiştir.

Şu halde, 28'inci madde hükmünün uygulanması için davanın her iki tarafının da Türk vatandaşı olması gerekli değildir. Şahsî statüsünün değişmesi söz konusu olan tarafın, davacı veya davalı[185], Türk vatandaşı olması yeterlidir.

Türk vatandaşlığı Türk hukukuna göre hükme bağlanır. İlgili şahsın, Türkiye'de veya yabancı ülkede ikamet etmesi veya ikametgâh sahibi olması rol oynamaz. İlgili şahsın Türk vatandaşlığı yanında, diğer bir devlet vatandaşlığına sahip olup olmaması veya onun Türk vatandaşlığının diğer bir devlet tarafından tanınıp tanınmadığı üzerinde de durulmaz. Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tesisi bakımından, taraflardan birinin dava ikamesi sırasında Türk vatandaşlığına sahip olması önem taşır. İlgilinin dava devam ederken Türk vatandaşlığını kaybetmesi, bir kere kazanılmış olan milletlerarası yetkiye her hangi bir etki yapmaz. Kanunun sistemine göre mahkemenin yetkisi onu tesis eden durumların değişmesinden etkilenmemektedir. Bu sonuç, tatbik edilecek hukuk bakımından dava tarihindeki durumu esas alan genel hükümden (m. 3) hareketle temin edilebilir.

28'inci madde hükmü çerçevesinde, **tabiiyetsiz yabancılar ile mülteciler** Türk vatandaşları ile aynı durumda mütalaa edilemezler, 28'inci madde sadece **Türk vatandaşlığına sahip** kişiler için uygulanabilir.

185) Bugünkü 28 inci maddeye tekabül eden, mülga HUMK m. 18 hükmünün sadece davalı Türk vatandaşları için uygulanabileceği hakkında: KURU 278/279.

b) Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davalarında, usul hukukuna göre yer itibariyle yetkili mahkeme mevcut değilse, meselâ ilgili Türkün ikametgâhı Türkiye'de bulunmuyorsa (HUMK m. 9)[186] ve diğer yer itibariyle yetkili bir mahkeme[187] de yoksa, 28'inci madde hükmünde belirtilen mahkemeler yetki kazanır. Buna göre, ilgili Türkün Türkiye'de sâkin olduğu yer, Türkiye'de sakin değilse Türkiye'deki son ikametgâhı mahkemesi, o da bulunmadığı takdirde Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden biri davayı görebilir.

Türkiye'de ikametgâh sahibi olmayan Türk vatandaşlarının ikamet ettikleri (sâkin oldukları, oturdukları) veya ikametgâhlarının bulunduğu ülke mahkemesinde şahsî statülerine ilişkin bir dava açmaları da imkân dahilindedir. Ve böyle bir dava sonucu elde edilen yabancı mahkeme kararının da Türkiye'de tanınması ve tenfizi mümkündür (MÖHUK m. 38e ve m. 42 I). Bu bakımdan Türkiye'de kişi hallerine ilişkin bir davanın, 28'inci maddede gösterilen mahkemelerden birinde açılabilmesi, daha önce ilgili Türkün ikamet ettiği ülke mahkemesinde bir davanın açılmamış olmasına bağlıdır (m. 28). Madde hükmü bu düzenlemeyle münhasır yetki kaideleri getirmemiş olduğunu açıkça belirtmiş olmaktadır. Ve sadece bu çerçeve içerisinde yabancı derdestliğin de dikkate alınmasını imkân dahiline sokmaktadır[188].

> 28 inci maddeye tekabül eden, Usul Kanunumuzun mülga 18 inci maddesi hükmü hakkında, doktrinde kesin bir yetki hükmü olduğu, Türk vatandaşlarının taraf olduğu ahkâmı şahsiyeye (kişi hallerine) ilişkin davalarda Türk mahkemelerinin münhasıran yetkili olduğu, yabancı mahkemelerin kesin olarak yetkisiz olduğu görüşü vardı[189]. Aslında bu madde hükmünün de münhasır bir yetki kaidesi olarak yorumlanmasını haklı kılacak bir sebep mevcut değildi. 18'inci madde hükmünün de gayesi kişi hallerine ilişkin konularda Türk vatandaşları için yetkili bir Türk mahkemesini daima hazır bulundurmak, böylece Türk vatandaşlarını ahkâmı şahsiye ilişkilerinde Türk mahkeme ve hukukun-

186) Bir Türk vatandaşının nüfus siciline **kayıtlı olduğu yerin** onun "karine" olarak ikametgâhı kabul edilmesi (bkz. KURU 264), aksinin isbat edilmesine engel değildir. Bu bakımdan, bir Türk vatandaşının, isbat edilebilmesi şartıyla, Türkiye'de nüfus siciline kayıtlı bulunduğu yerde ikametgâh sahibi olmaması, diğer bir söyleyişle yabancı bir ülkede ikametgah sahibi olması mümkündür. Meselâ, Yar. 2. HD., 6.10.1993 (E. 8071/K. 8850); 18.10.1993 (E.8261/K.9437); 18.3.1998 (E. 938/K.3251): YKD 6/1998 829. Farklı görüş: KURU 279.

187) Meselâ, evliliğin feshi (MK m. 128), boşanma ve ayrılık (HUMK m. 9 III; MK m. 136) ve babalık davaları (MK m. 299, 300) ile evlilik birliğinin korunması için gerekli tedbirlerin alınmasında (MK m. 161-163) özel yetkiye sahip mahkemeler. Bu gibi davacıya davası için 'seçimlik yetki' veren yetki kuralları, *kesin* yetki tesis etmemiş oldukları ve kamu düzeni esasına da dayanmadıkları için (Yar. HGK, 22.4.1998 [E.2-276/K.297]: YKD 7/1999 898 vd.) milletlerarası yetki alanında *münhasır* yetki tesisinden de söz edilemez.

188) Bkz. yukarıda s. 353.

189) BERKİ 200; ALTUĞ Devletler Hususî Hukukunda Yargı Yetkisi 1979 60; GÖĞER 360; ÇELİKEL Ahkâmı Şahsiye Konusundaki Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması 1963 72; ANSAY American - Turkish International Law 1966 62; KURU 407.

dan ayrı bırakmamaktı[190]. 28 inci madde, hükmün münhasır bir yetki hükmü olmadığını açıkça belirterek, bütün bu tereddütleri sona erdirmiştir.

28'inci madde hükmü Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi bakımından münhasır bir yetki tesis etmemekle beraber, Türklerin kişi hallerine ilişkin davaları için ihtiva ettiği **yer itibariyle yetki kuralları**, "kesin yetki kuralları" niteliğindedir. Bu itibarla kendisine baş vurulan mahkeme öncelikle 28'inci maddeye göre yer itibariyle yetkili olup olmadığını tetkik etmek mecburiyetindedir. Bunun pratik sonucu olarak, mahkeme kendisini yer itibariyle yetkili görmezse, milletlerarası yetkisini tetkike gerek olmaksızın, davanın yetki yönünden reddine karar verecektir. Davanın bu şekilde reddi, Türk mahkemesinin kendisini yer itibariyle ve dolayısıyla milletlerarası yetki yönünden yetkisiz kabul etmesi anlamına gelir.

c) 28 inci madde hükmü özellikle evlilik ihtilaflarında, eşlerden yalnız birinin Türk vatandaşlığına bağlanmış olduğundan, Türk vatandaşı olmayan diğer şahısları da Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisine tâbi tutmuş olmaktadır. Bu sebeple, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi yabancıların kişi hallerine ilişkin ihtilaflara da teşmil edilmekle oldukça genişletilmiştir. Bu durumda, devletler hususî hukukuna göre, **tatbik edilecek maddî hukuk bir yabancı hukuk** da olabilir. Zira, bir hukukî ihtilafta Türk maddî hukukunun tatbik edilmesi Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tesis edemediği gibi, 28'inci maddeye göre Türk mahkemelerinin milletlerarası yetki kazanması da, Türk maddî hukukunun tatbiki sonucunu ortaya çıkarmaz.

Meselâ, müşterek ikametgâhları yabancı bir ülkede olan eşlerin boşanma davalarında, taraflardan biri Türk vatandaşı olduğu için 28'inci maddeye göre Türk mahkemesi milletlerarası yetkiye sahip olabilir. Buna mukabil uygulanacak maddî hukuk, tarafların müşterek ikametgâhlarının bulunduğu yabancı ülke hukukudur (m. 13 II). Şu halde, 28'inci madde Türklerin kişi hallerine ilişkin davaları için "daima" bir Türk mahkemesinin yetkili olmasını temin etmiş olmakla beraber, uygulanacak maddî hukukun tayinini devletler hususî hukukuna bırakmıştır. Ve devletler hususî hukuku kaidelerine göre, bir Türkün kişi hallerine ilişkin davasında yabancı bir maddî hukuk kaideten uygulanabilir. Ancak kişi hallerine ilişkin ihtilaflarda yabancı maddî hukuk hükümlerinin Türk kamu düzeni ile çatışma ihtimalinin fazlalığı gözden uzak tutulmamalıdır. Ayrıca, devletler hususî hukukuna göre uygulanması gerekli yabancı maddî hukukun Türk hâkimine onun tanımadığı bir **görev** yüklemesi halinde, yabancı maddî hukukun uygulanma imkânının tehlikeye düşmesi de bir mesele olarak ortaya çıkar. Bu son ihtimal, genel olarak yabancı hukukun uygulanmasına ilişkin bir konu olarak düşünülmelidir. Ancak yabancı maddî hukukun uygulanmasını imkânsız kılan sebepler ortaya çıktığında, yabancı maddî hukuk yerine Türk maddî hukukunun ilgili hükümlerinin uygulanmasının yegane çözüm yolu olduğu burada söylenebilir. Diğer bir söyleyişle, yabancı maddî hukukun uygulanamaması, 28'inci maddeye göre teessüs etmiş olan Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisine etkili değildir.

190) NOMER Milletlerarası Yetki 413. Ve özellikle bkz. SAKMAR Boşanma 288.

d) Yetki sözleşmelerini düzenleyen hükme göre (m. 31), **evliliğe ilişkin meselelerde** bir milletlerarası yetki sözleşmesi yapılamaz. Bununla beraber, 28'inci madde taraflara, anlaşarak yabancı bir ülke mahkemesine giderek meselâ bir boşanma ilâmı alabilme imkânını vermektedir. Böyle bir ilâmın Türk mahkemesinde tanınması ve tenfizi talep edildiğinde, tarafların yabancı mahkemeye anlaşarak gitmiş olmaları bu boşanma ilâmının tanınma ve tenfizinin reddi için bir sebep teşkil etmez. Burada milletlerarası alanda evliliğe ilişkin bir meselede bir yetki anlaşması niteliği görülebilir[191]. Ancak buradaki esas problem yabancı mahkemenin yetkisi konusudur. Bu da, yabancı mahkeme kararlarının tanınma ve tenfizi şartlarına ait bulunmaktadır. Türk hukukunun tanınma ve tenfiz için aradığı şartlar (m. 38), böyle bir boşanma kararının tanınma ve tenfizini redde yeterli değildir. Çünkü, yabancı mahkemenin yetkisi, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi söz konusu olmadıkça, Türk tanıma ve tenfiz hakiminin tetkik konusu dışında kalır (m. 38 b).

28'inci madde hükmüne göre, bir Türk mahkemesinin Türk vatandaşının kişi hallerine ilişkin bir ihtilafında milletlerarası yetkisi doğmuş ise, bu yetkinin *mütekabil dava* için de geçerli olması kabul edilmelidir. Burada, boşanmaya, evliliğin feshine veya butlanına, evliliğin mevcudiyetine veya mevcut bulunmadığına ilişkin davalar birbirleriyle irtibatlı olabilirler. Bir mütekabil davanın söz konusu olup olmadığı hakkında münhasıran "lex fori", yani Türk usul hukuku karar verir. Ancak Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisinin "mütekabil dava" için de doğabilmesi, taraflardan birinin Türk vatandaşı olduğu davalardan daha çok, yabancı taraflar arasında açılan davalar için önem taşır.

3. Yabancıların Kişi Hallerine İlişkin Bazı Davalar

Kişi hallerine ilişkin konularda Kanunun getirdiği prensip ilgilinin millî hukukunu tatbik etmektir. Yabancıların da kişi hallerine ilişkin konularda kendi millî hukukları uygulanır. Ancak bazı kişi hallerine ilişkin konularda prensip millî hukuk olmakla beraber mahallî hukukun da müdahalesi zarurî görülür.

Şahsın ehliyetine taalluk etmesi sebebiyle vesâyet ve hacir kararı verilmesi ile niteliği itibariyle hafifletilmiş bir vesâyetten ibaret olan kanunî müşavirlik ilgilinin millî hukukuna tâbidir. Ayrıca gaiplik veya ölmüş sayılma kararlarına da ilgilinin millî hukuku hâkimdir.

Ancak bütün bu statü meselelerinde Türk hukukunun da uygulanma imkânı ve belirli bir uygulama alanı mevcuttur. Burada Türk hukuku mahallî hukuk olarak tatbik edilmek durumundadır. Vasî veya kayyım veya kanunî müşavirin görevleri ve özellikle bunlar üzerindeki vesâyet makamlarının murakabesi

191) Şüphesiz burada 31'inci maddenin düzenlediği anlamda bir yetki sözleşmesi söz konusu değildir.

ve gerekli muvakkat tedbirleri alma yetkisi yabancılar bakımından da Türk hukukunun tatbikini zarurî kılar. Bu bakımdan "vesâyet veya hacir kararı verilmesi veya sona erdirilmesi" dışında kalan bütün vesâyete ilişkin hususlar ve tedbir niteliği sebebiyle bütünü ile kayyımlık Türk hukukuna tâbidir (MÖHUK m. 9 III). Gaiplik ve ölmüş sayılma konusunda da, millî hukukuna göre hakkında gaiplik veya ölmüş sayılma kararı verilemiyen kişinin mallarının Türkiye'de bulunması veya eşinin veya mirasçılarından birinin Türk vatandaşı olması halinde Türk hukukuna göre gaiplik veya ölmüş sayılma kararı verilmesi mecburiyeti doğar (MÖHUK m. 10).

Vesâyet, kayyımlık, hacir, gaiplik ve ölmüş sayılma konularında mahallî hukuk olarak Türk hukukunun tatbikini zarurî kılan sebep ve düşünceler, Türkiye'de behemahal yetkili bir mahkemenin de bulunmasını gerekli kılmaktadır. Bu sebeple, Kanun usul hukukunun yetki kaideleriyle yetinmemiş ve ek yetkili mahkemeler tesis etmiştir. Buna göre, Türkiye'de ikametgâhı bulunmayan yabancılar hakkında vesâyet, kayyımlık, hacir, gaiplik ve ölmüş sayılma kararları ilgili yabancının Türkiye'de sâkin olduğu yer, sâkin değilse mallarının bulunduğu yer mahkemesinde de verilebilir (MÖHUK m. 29).

Eski hukukumuzda, yani mülga Muvakkat Kanunun sisteminde, yabancıların kişi hallerine ilişkin davaları için özel[192] bir milletlerarası yetki kaidesi vardı (m. 4). Buna göre, "evliliğin akti ve feshi ve ayrılık ve babalık ve nesep ve evlâd edinme gibi aile hukukuna ve rüşt ve mezuniyet ve hacir ve vesâyet gibi ehliyete", yani genel bir ifadeyle kişi hallerine (ahkâmı şahsiyeye) ve menkul mallara ait vasiyet ve terekelere ilişkin ihtilaflarda, milletlerarası yetkinin doğumu için, yer itibariyle yetkili bir mahkemenin varlığı yanında, ya "tarafların birrıza müracaatı" veya "Türk tebasının alâkadar bulunması" yahut "Türk mahkemelerinde görülmekte olan davalara müteferri olması" aranmıştır.

4. Miras Davaları

Miras ile ilgili davalarda Türk hukukunun yer itibariyle yetki kaideleri (HUMK m. 11 ve MK m. 518) milletlerarası yetkiyi de tayin eder. Buna göre miras (tereke) ile ilgili davalar, miras bırakanın son ikametgâhı mahkemesinde görülebilecektir. Ancak tereke ile ilgili konularda, özellikle Türkiye'de menkul ve gayrimenkul terekenin bulunması halinde Türkiye'de milletlerarası yetkili bir mahkemenin bulunması zarureti karşısında, sadece usul hukukunun yetki hükümlerine bağlanmak yeterli olmamaktadır. Bunu dikkate alan Kanun, mirasa (terekeye) ilişkin davaların, ölenin son ikametgâhının Türkiye'de olmaması halinde, terekeye dahil malların bulunduğu yer mahkemesinde de görülebileceği hükmünü kabul etmiştir (MÖHUK m. 30).

192) Yabancıların bu nevi davalarının özel bir milletlerarası yetki düzenlemesine tâbi tutulması zamanın Devlet politikasına ait düşüncelerin bir sonucu idi; bkz. NOMER Ahkâmı Şahsiye 496 vd..

5. İstisnaî Hallerde Milletlerarası Yetki

Muvakkat Kanunun yürürlükte olduğu dönemde, milletlerarası yetki kaidemizin yetersiz kalması, özellikle yabancıların kişi hallerine ilişkin davalarında Türk kamu düzeninin müdahalesine sebep olmaktaydı. Mahkeme tatbikatı Türk mahkemelerinin yetkisiz olduğu durumlarda, kamu düzeni müdahalesiyle Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tesis edilebileceği prensibini getirmek mecburiyetinde kalmıştı. Ancak kamu düzeni müdahalesiyle milletlerarası yetkinin tesis edilmesi sadece yetersiz bir düzenlemeye sahip olan eski hukukumuza ait bir prensip olmayıp, genel niteliktedir. Bu bakımdan Türk mahkeme tatbikatının geliştirmiş olduğu gerek kamu düzeni müdahalesiyle milletlerarası yetkinin tesisi gerekse millî mahkemelere müracaat edememe gibi bir sebebe dayanarak Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin doğumu bugün de geçerliliğini muhafaza etmektedir. Bunlar *istisnaî* olarak Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tesis eden durumlardır.

a) Kamu düzeninin müdahalesi

Türk usul hukukunun yetki hükümlerine ve bunlara ek olarak Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanununda yer almış milletlerarası yetki kaidelerine göre yetkili bir mahkeme bulunmamasına rağmen, bir ihtilafın Türk mahkemelerinde görülmesi *kamu düzeninin* gereği olmakta ise Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi doğar. Kamu düzeninin Türk mahkemelerinde görülmesini gerekli kıldığı ihtilafların tek tek sayılması mümkün değildir. Türk mahkemelerinin kanunî hükümlere göre milletlerarası yetkiye sahip olmadığı, fakat bir Türk mahkemesinde görülmesi istenen ihtilafın kamu düzeni ile ilişki her olay için incelenerek tesbit edilmek gerekir.

Bugünkü milletlerarası yetki sistemimizde uygulanması pek beklenilemezse de, kamu düzeninin müdahalesiyle özellikle kişi hallerine ilişkin davalarda milletlerarası yetkinin doğumu, yukarıda belirtildiği üzere, Türk mahkeme tatbikatının getirdiği bir prensip olarak varlığını muhafaza etmektedir.

> Bu prensibin en doğru ifadesi mülga Muvakkat Kanunun 4 üncü maddesinde aranan şartlardan hiç birisinin mevcut olmaması sebebiyle milletlerarası yetkili bir mahkemenin bulunmadığı, yabancılar arasındaki **velâyet** ile ilgili bir ihtilâfın karara bağlanmasında yer almıştır. Türkiye'de bulunan yabancı bir çocuk üzerindeki velâyet meselesi kamu düzenine ilişkin görüldüğünden, yabancı olan ana ile baba arasındaki velâyetin nez'i davasında Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisi **kamu düzenine** dayanılarak tesis edilmiştir. Mahkeme kararı[193]

193) Yar. 2. HD., 2.7.1973 (RKD 12/1973 492/493). Bu kararla ilgili geniş bilgi için bkz. SUNGURBEY Medenî Hukuk Sorunları II 1974 22 vd..

bu sonucu temin ederken, konunun "kamu düzeniyle doğrudan doğruya ilişkisi" üzerinde durmuştur[194].

b) Millî mahkemelere müracaat edememe

Doktrin "mücbir sebep", "imkânsızlık", "hukukî imkânsızlık" veya "mecburiyet hali" gibi kavramlara dayanarak, tarafların kendi millî mahkemelerine başvuramamaları halinde, Türk mahkemelerinin onların ahkâmı şahsiye ve menkul tereke davalarında milletlerarası yetkiye sahip olacağı görüşündedir[195]. Bu görüşün temelinde Yargıtayın eski bir kararı yer almaktadır[196].

Yargıtay sözü edilen kararda, yabancı olan tarafların Türkiye dışına çıkarak kendi millî (yetkili) mahkemelerine müracaat edememelerini Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini gerçekleştirme sebebi görmüştür. Ancak bu kararda, yabancı olan tarafların Türkiye dışına çıkışları "Almanya ile siyasî münasebetlerin kesilmiş olmasından dolayı" Devletçe men'edilmiş idi. Karara konu teşkil eden olayda, Devletin almış olduğu geçici ve normal zamanlara ait bulunmayan bir tasarruf sonucu, tarafların kendi ülkelerine veya başka bir ülkeye gidebilmeleri *fiilen* imkânsız hale gelmişti. Böyle bir durumda taraflardan birinin Türkiye'de mahkemeye müracaat edebilmesini diğerinin arzusuna bağlı kılmak (mülga MuvK m. 4) doğru olmazdı. Aksi halde Devlet, bir şahsın en tabiî hakkı sayılan mahkemeye başvurma hakkını kaldırmış olurdu. Yargıtayın bu kararına dayanılarak, tarafların kendi mahkemelerine müracaat etmelerine engel olan her türlü fiili imkânsızlık halini Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin doğumu için yeterli görmek mümkün değildir. Gerek fiilî durumlar, gerekse ilgili devletlerin hukuk sistemleri icabı, herhangi bir devlet mahkemesine müracaat edemiyen yabancıların davalarını Türk mahkemelerinde gördürmek için ne devletler hukuku ne de milletlerarası yetki hukuku bakımından bir mecburiyet vardır. Eğer bu müracaat edememe, Türk makamlarına ait sebeplerden ileri geliyorsa, ilgili yabancılara Türk yargısını açık tutmak ancak o zaman zaruret haline gelir. Şu halde, Türk mah-

194) Kamu düzeni müdahalesiyle milletlerarası yetkinin doğumu prensibinin tatbikatında dikkat edilecek nokta, milletlerarası yetkiye sahip bir Türk mahkemesinin kanunî hükümlere göre mevcut bulunmamasıdır. Kanunî hükümlere göre milletlerarası yetkili bir Türk mahkemesi varsa, kamu düzeninin müdahalesiyle milletlerarası yetkinin tesisi lüzumsuz ve hukuken de doğru bir yol sayılamaz. Bu bakımdan bir **nafaka davasında** normal kanunî hükümlere göre milletlerarası yetkili bir Türk mahkemesi mevcutken, aynı mahkemenin milletlerarası yetkisini kamu düzeninin müdahalesiyle gerçekleştiren 22.11.1967 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurul Kararı (RKD 12/1967 161/162) hatalı bir yol takip etmiştir. Bu karar hakkında bkz. NOMER Nafaka Davaları 635 vd.. Farklı görüş için bkz. GÖĞER 366.

195) BERKİ / ERGÜNEY 82; GÖĞER 1977 367; SEVİĞ 227; KURU 412/413.

196) Tem. 2. HD., 6.4.1945 (BERKİ / ERGÜNEY 81). Bu kararda, "taraflar Almanya ile siyasî münasebetlerin kesilmiş olmasından dolayı göz altı edilip vaziyet itibariyle Almanya'ya giderek orada dava açması mümkün bulunmamış olmasına mebni usulen davaya bakılmak lâzım" geleceğinden sö̈z edilmiştir.

kemelerinin milletlerarası yetkisi, Türk kanunlarına göre gerçekleşir. Bu yetkinin fiilî durumlara veya yabancı kanunlara tâbi olarak doğması düşünülemez[197].

6. Milletlerarası Yetkisizlik İtirazı

Milletlerarası usul hukuku sistemimizde, Türk hukukunun yer itibariyle yetki kuralları milletlerarası yetki kaideleri olarak kullanılmaktadır. Yer itibariyle yetki kurallarına bağlı hükümlerin de milletlerarası yetki alanında kullanılması bu sistemin tabiî bir sonucu olmaktadır. Bu bakımdan, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisizliği, yer itibariyle yetkisizlik durumunda olduğu gibi, ancak *iptidaî itiraz* olarak ileri sürülebilir (HUMK m. 187/2).

Kanun milletlerarası yetki sistemini kurarken yabancı unsur taşıyan özel hukuk ihtilaflarında bir ayırım yapmamıştır. Eski hukukumuzdan farklı olarak[198], gerek kişi hallerine ilişkin ihtilaflarda gerekse malvarlığı hakkına ilişkin davalarda genel olarak yer itibariyle yetki kaidelerine ve bunlara bağlı hükümlere milletlerarası yetki bakımından bağlı kalınmıştır.

Bu duruma göre, yabancı unsurlu bir özel hukuk ihtilafında davalının, mahkemenin milletlerarası yetkisizliğini iptidaî itiraz olarak ileri sürmesi gerekli olmakla beraber, ayrıca hangi devlet mahkemesinin milletlerarası yetkiye sahip bulunduğunu bildirmesi söz konusu değildir. Burada Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 23'üncü maddesinin ilgili hükmü uygulanamaz[199]. Bununla beraber Türk mahkemesinin yetkisizliğinin gerekçesi olarak zikredilebilir. Çünkü Türk mahkemesinin bu konuda karar vermesi mümkün değildir. Davalının itirazı üzerine milletlerarası yetkisizliği sonucuna varırsa, mahkeme sadece milletlerarası yetki yönünden davanın reddine karar verebilir. Mahkemenin kararında milletlerarası yetkiye sahip yabancı devlet mahkemesini belirtmesi ve davanın bu devletin mahkemelerine gönderilmesine karar

197) NOMER Boşanma 111 vd.. Diğer yandan, yabancı bir devletteki mahkeme uygulamalarına karşı ileri sürülen itimatsızlık iddiası da, Türk mahkemelerinin yetkisinin doğumu için yeterli bir sebep sayılamaz; aynı istikamette: BGH, 2.7.1991 (WM 39, 1692 vd., 1696). Tersine durumda da, yani yabancı unsurlara sahip bir hukukî ihtilafın Türk mahkemesinde görülmesinin pratik olmayacağı, belirli bir yabancı ülke mahkemesinde ihtilafın daha iyi sonuçlandırılacağı gerekçesiyle (anglo-amerikan hukukunda: **"forum non conveniens"**) Türk mahkemesinin yetkisinden vazgeçilemez.

198) Muvakkat Kanun sisteminde, yabancıların kişi hallerine ilişkin ihtilaflarıyla menkul vasiyet ve tereke davalarında, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin doğumu tarafların rızasıyla mümkün olabildiğinden, davalının açıkça rızası bulunmadıkça milletlerarası yetki doğmuyordu (m. 4). Bu bakımdan, mahkeme de milletlerarası yetkisizliği bu davalarda re'sen dikkate almak mecburiyetindeydi (geniş bilgi için bkz. NOMER Yetki 417 vd.).

199) KURU 415. Yar. 2. HD., 18.3.1998 (E. 938/K. 325): YKD 6/1998 829.

vermesi imkânı hukuken yoktur. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 27'nci maddesinin tatbiki düşünülemez[200]. Zira hiç bir devlet, diğer bir devletin mahkemelerine yetki vermeye veya yetki izafe etmeye hak sahibi değildir.

Şu halde, yapılan iptidaî itiraz üzerine mahkeme kendisini milletlerarası yetkisiz kabul ederse, davayı yetki yönünden reddeder. Davalı Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisizliğini iptidaî itiraz olarak ileri sürmezse, mahkemenin milletlerarası yetkisini kabul etmiş sayılır. Ve dava Türk mahkemesinde görülür.

7. Yetki Anlaşması

a) Yetki anlaşması ile Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin kabulü

Türk mahkemelerinin yer itibariyle yetkili bulunmadığı, dolayısıyla milletlerarası yetkisinin de doğmadığı hallerde, taraflar yetki *anlaşması* ile *belirli* bir Türk mahkemesinin yetkili olacağını kararlaştırabilirler.

Yetki anlaşması ile taraflar, aslında yer itibariyle yetkili bir mahkeme bulunmadığı için milletlerarası yetkiye de sahip olmayan bir Türk mahkemesine iradeleriyle milletlerarası yetki tanımış olmaktadırlar. Böyle bir yetki anlaşması genellikle malvarlığı haklarına ilişkin ihtilaflar (mal ve alacak davaları) için söz konusu olur.

Türk mahkemesine yetki veren bir yetki anlaşmasının şekli ve diğer geçerlilik şartları *lex fori* olarak, Türk usul hukukuna tâbidir. Buna göre, yetki anlaşmasının yazılı olması, belirli ihtilaf veya ihtilaflara ilişkin bulunması ve nihayet yetki anlaşması ile yetkili kılınan Türk mahkemesinin belirli olması gerekir (HUMK m. 22).

> Türkiye ile herhangi bir **ilişkinin bulunmaması** durumunda, tarafların Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini bir anlaşma ile tesis edip edemiyecekleri tereddüt uyandırabilir. Türkiye ile yeterli ağırlıkta ilişkisi bulunmayan bir hukukî ihtilafta, tarafların anlaşmasıyla Türk mahkemelerinin milletlerarası yetki kazanamıyacağı düşünülebilir. Ancak, prensip olarak, kanun koyucunun Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini sadece taraf iradelerine bağlı olarak kabul ettiği söylenebilir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 22 nci maddesi hükmü böyle bir anlayışı kabule müsaittir. Böylece tarafların **anlaşması** milletlerarası yetkinin doğumu için yeterli ilişkiyi meydana getirmiş olmaktadır. Bu, devletler hususî hukukundaki düzenlemeye de uygundur. Devletler hususî hukukunda taraflar prensip olarak aralarındaki maddî ilişkiyle il-

200) KURU 416. Farklı ve hatalı bir karar için bkz. yukarıda s. 358, n. 175.

gisi bulunmayan herhangi bir hukuku, ihtilaflarına tatbik edilecek hukuk olarak seçebilmektedirler[201]. Burada tarafların mantıklı bir yetki tayininden hareket ettiklerini kabul zarureti vardır.

Şu halde, davanın veya dava konusunun Türkiye ile herhangi bir ilişkisinin bulunması şart değildir. Taraflar, vatandaşlıkları ne olursa olsun, aralarındaki herhangi belirli bir ihtilaf için belirli bir Türk mahkemesini yetkili kılabilirler.

Misal : Biri Yunanlı diğeri Lübnanlı iki tüccar, Lübnan'dan Yunanistan'a gönderilecek mallar için yaptıkları satım aktinden doğabilecek ihtilaflar için, "İstanbul mahkemelerinin yetkili olacağını" kararlaştırdıklarında, İstanbul mahkemesi doğabilecek bir ihtilafı bu yetki şartına dayanarak görebilecektir.

Buna mukabil, taraflar söz konusu ihtilaflar için, sadece "Türk mahkemeleri yetkili olacaktır" şeklinde bir yetki anlaşması yapsalar, bu geçerli olmaz. Zira yetkili kılınan Türk mahkemesi **belirli** değildir. Böyle bir yetki şartında milletlerarası yetkinin doğduğu kabul edilebilirse de, ülke içi yetkili mahkeme belirmediği ve milletlerarası yetkinin sınırı iç yetki ile çizildiğinden, sonuç olarak ihtilaf herhangi bir Türk mahkemesinde görülemiyecektir[202].

Bir Türk mahkemesinin veya Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi taraflarca anlaşma konusu yapılır ise, Türk mahkemesince böyle bir yetki sözleşmesinin kabulü, verilecek Türk mahkemesi kararının, mahkemelerinin yetkisi bu yetki sözleşmesiyle bertaraf edilmiş bulunan ülkede tanınıp tenfiz edilebilmesine bağlı değildir. Türk mahkemesi sadece kendi usul hukukuna göre geçerli bir milletlerarası yetki sözleşmesinin mevcut olup olmadığını tetkik eder. Türk mahkemesinden, vereceği kararın yabancı ülkede tanınıp tenfiz edilebilmesi imkanını araştırması ve buna göre kendi yetkisi üzerinde bir sonuca varması beklenemez.

Diğer taraftan bir Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisi, davalının yetkisizlik itirazında bulunmaksızın davanın esasına girmekle de tesis edilmiş olur. Ancak bu durum, yani **davalının yetki itirazında bulunmaksızın davanın esasına girmesi** "zımnî" bir yetki sözleşmesinin yapılması anlamına gelmez[203]. Gerçi davalının Türk mahkemesinin **milletlerarası yetkisine** ilk itiraz süresi içerisinde itiraz etmemesi halinde, Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisi davalı tarafından kabul edilmiş sayılır. Ve Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisi doğmuş olur. Ancak burada, yetki sözleşmelerinin aksine, tarafların iradelerinin uyuşmasıyla meydana gelen bir "sözleşme" söz konusu de-

201) Bkz. yukarıda s. 261.

202) NOMER Yetki 422 vd..

203) Farklı anlama gelecek şekilde; bkz. KURU 370; özellikle ÜSTÜNDAĞ I 1984 180 vd.. "Zımnî anlaşma" fikrinden hareket etmekle beraber, *Üstündağ* yetkisiz mahkemenin yetkisinin doğabilmesi için davalının bir olumlu davranışına ihtiyaç görmektedir. Bu sebeple, ona göre, davanın başından beri duruşmada bulunmayan gaip sonradan mahkemenin yetkisizliğini ileri sürememekle beraber, hâkim kendi yetkisini re'sen araştırmak zorundadır (ÜSTÜNDAĞ I-II216).

ğildir. Burada münhasıran Türk usul hukukuna göre sonuçlarını meydana çıkaran **saf, usulî** bir **muamele** vardır. Öyle ki davalı davranışı ile belirli bir ihtilaf için ilgili Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisine kendisini tâbi tutmaktadır.

b) Yetki anlaşması ile yabancı mahkemelerin yetkili kabul edilmesi

Burada, Türk mahkemelerinin yetkili olduğu hallerde tarafların yetki anlaşması ile yabancı bir ülke mahkemesini yetkili kabul etmelerinin Türk yetki hukukunda ne gibi sonuçlar meydana getireceği önem taşımaktadır.

1. Türk mahkemelerinin zaten milletlerarası yetkiye sahip bulunmadığı durumlarda, yani Türkiye'de yetkili bir mahkemenin mevcut bulunmadığı hallerde, yabancı bir ülke mahkemesinin taraflarca yetkili kılınması Türk hukukunu ilgilendirmez.

2. Türk mahkemelerinin ülke içi yetkisinin (ve ona bağlı olarak milletlerarası yetkisinin) "kamu düzeni" veya "münhasır yetki" esasına dayanılarak tayin edildiği hallerde, yetki anlaşması ile diğer bir ülke mahkemesi yetkili kılınamaz; bu konuda yapılan yetki anlaşması, Türk hukuku bakımından hukukî bir sonuç doğurmaz (MÖHUK m. 31).

Ayrıca, yabancı mahkemelere yetki tanıyan bir yetki sözleşmesine icra dairelerini de kapsayan bir anlam verilemez. Kaldı ki, zaten borçların zorla yerine getirilmesini sağlayan ve bu bakımdan mahkemelerin yargısal faaliyetinden farklı görev yapan Türk icra teşkilatına ait yetkinin tarafların anlaşmasıyla bertaraf edilmesi mümkün değildir[203a].

3. Türk mahkemelerinin yer itibariyle yetki kaidelerinin kamu düzeni veya münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hallerde, tarafların aralarındaki *yabancılık unsuru taşıyan* ve *borç ilişkilerinden doğan* bir ihtilafın yabancı bir ülke mahkemesinde görülmesini kararlaştırmaları Türk hukuku bakımından da geçerlidir (MÖHUK m. 31).

Bu bakımdan, yabancı bir devlet mahkemesini yetkili kılan yetki anlaşmasının (veya yetki şartının), mahkemesi yetkili kılınan devletin hukukuna göre geçerli olması önem taşır. Yabancı devlet mahkemesi, kendi hukukunun şekil ve geçerlilik şartlarına uygun olarak yapılmış bir yetki anlaşmasıyla yetki kazanabilecektir[204]. Bu noktada Türk hukuku yönünden önemli olan, bir yetki anlaşmasıyla kendini yetkili görerek ihtilafı karara bağlayan yabancı mahkemenin bu kararının Türk hukukunda tanınma ve tenfizinde tâbi olacağı şartlardır.

203a) Bkz. Yar. HGK., 6.5.1998 [E.12-287/K.325]: "Türk mahkemesinde alınan ihtiyati haciz kararının cebri icra yoluyla uygulanmasına dair yetki, devletin kendi ülkesi üzerinde hâkimiyet tasarruflarında bulunabilme iktidarının bir görünümü olduğundan, münhasır (kesin) yetkilerindendir."

204) Bkz. STEIN / JONAS Kommentar zur Zivilprozessordnung19 1972-1975, § 38 I 3.

Burada rol oynayacak şart da, yabancı kararın Türk mahkemelerinin **münhasır yetkisine** girmeyen bir konuda verilmiş olmasıdır (MÖHUK m. 38 b). Yabancı devlet mahkemesinden verilmiş bir kararın tanınma ve tenfizinde, mahkemenin milletlerarası yetkiye sahip olup olmadığı kendi hukuk nizamına göre tayin edilebilir. Ancak yabancı kararın tanınma ve tenfizinde, bu kararı veren mahkemenin kendi hukukuna göre milletlerarası yetkiye sahip olup olmadığı Türk hukukunda tetkik dışı bırakılmıştır (MÖHUK m. 38). Yabancı mahkemenin yetki anlaşmasıyla yetki kazanmış olması, o yabancı mahkemeden verilen kararın Türkiye'de tenfizi bakımından herhangi bir etkiye sahip değildir. Bu bakımdan Türk mahkemesinin "münhasır yetki" esasına dayandığı hallerde, yabancı mahkemenin tarafların yetki anlaşması ile yetki kazanmış olması verilen yabancı mahkeme kararının tenfizini temin edemez (MÖHUK m. 38 b)[205].

a) Yetki sözleşmelerinde usul hukukuna ait bir akit söz konusudur. Bu bakımdan hangi şartlara tâbi olarak bir milletlerarası yetki sözleşmesinin yapılabileceğini "lex fori" tayin eder. Türk hukukunda, bir milletlerarası yetki sözleşmesinin *kabul edilebilirliği ve hükümleri münhasıran usul hukuku* (veya *milletlerarası usul hukuku*) hükümlerine göre belirlenir. Buna mukabil, yetki sözleşmesinin meydana gelmesi meselesi maddî hukuk hükümlerine tabidir. Zira Türk usul hukuku sözleşmelerin ve özellikle yetki sözleşmelerinin doğumuna ilişkin herhangi bir hüküm ihtiva etmemektedir. Bu sebeple yetki sözleşmelerinin doğumu meselesi maddî hukuka havale edilmiş olmaktadır. Ancak yetki sözleşmesinin şekli farklılık göstermektedir. Şekil bizzat usul hukuku hükümleri tarafından düzenlenmektedir. Yabancı bir devlet mahkemesini yetkili kılan yetki sözleşmeleri milletlerarası usul hukukunda şekle tâbi tutulmamıştır (m. 31).

Bu duruma göre taraflar sarih olarak veya *zımnen* yabancı bir mahkemenin yetkisini kararlaştırabilirler. Belirli bir şekil şartı aranmadığı için, yetki sözleşmesi sözlü olarak da yapılabilir. Bununla beraber bir ihtilaf halinde, yetki sözleşmesinin varlığını ileri süren tarafın bunu isbat etmesi hemen hemen imkânsızdır.

Yetki sözleşmesi, **taraflardan birinin** genel iş şartları içerisinde yer alan bir kayıt şeklinde de ortaya çıkabilir. Genel iş şartlarını kabul etmiş olan diğer taraf, yabancı bir devlet mahkemesine yetki veren yetki şartını da kabul etmiş olur. Bununla beraber, genel iş şartlarını kabul ettiren taraf, ekonomik ve sosyal bakımdan sahip olduğu üstünlüğünü, diğer tarafın yabancı devlet mahkemesine yetki veren böyle bir şartı kabul etmesini zarurî kılacak şekilde kullanmış ise, böyle bir yetki sözleşmesinin "ahlâka aykırılık" sebebiyle geçerli olmaması (BK m. 19 II) gerekir. Zira yetkili mahkemeyi tayin eden sözleşmeler de Türk hukukunun emredici kaidelerine tâbidir.

205) Bkz. ileride s. 393 vd..

Yetkinin kamu düzenine veya münhasır yetki esasına dayanmadığı hallerde, yetki anlaşmasıyla yabancı bir devlet mahkemesinin yetkili kılınması Türk hukuku bakımından herhangi bir şekle tâbi değildir. Böyle bir anlaşmanın konu itibariyle, yabancılık unsuru taşıması ve borç ilişkilerinden doğan bir ihtilafa ait bulunması Türk hukuku bakımından yeterlidir.

Şu halde, yabancı bir devlet mahkemesine yetki tanıyan anlaşmanın Türk hukuku bakımından hukukî bir değer taşıması için;

(1) Taraflar arasındaki *borç ilişkisinden* doğan bir uyuşmazlık söz konusu olmalıdır. Daha açık bir ifadeyle, akitten doğan borç ilişkileri, haksız fiilden doğan borç ilişkileri ve haksız iktisaptan doğan borç ilişkileri uyuşmazlığın konusunu teşkil etmelidir. Kişi hallerine, yani şahsın hukukuna ve aile hukukuna ilişkin konulardan doğan ihtilaflar için bir yetki anlaşması yapılamaz.

(2) Borç ilişkisi *yabancılık unsuruna* sahip olmalıdır. Yani uyuşmazlığın doğduğu borç ilişkisinde, taraflardan birinin veya her ikisinin yabancı olması veya aktin yapıldığı yerin veya icra yerinin yabancı ülke olması veya akit konusunun yabancı ülkede bulunması veya borç ilişkisinin yabancı ülkede doğması veya borç ilişkisine uygulanacak hukukun yabancı bir hukuk olması gibi bir yabancılık unsurunun bulunması gereklidir. Yabancılık unsuru taşımayan bir borç ilişkisi için yabancı ülke mahkemesine yetki veren bir anlaşma Türk hukuku yönünden geçerli olmaz.

(3) Yetki anlaşması 31'inci maddeye göre, uyuşmazlığın "yabancı bir devlet mahkemesinde görülmesi konusunda" olmalıdır. Bu bakımdan, yetki anlaşmasında yetkilendirilen mahkemenin de "belirli" olması şartının 31'inci madde hükmünde arandığı söylenebilir. Ancak, seçilen mahkemenin belirli olduğunun kabulü için mahkemenin ismen zikredilmiş bulunmasına gerekli görmeyen, genel olarak yabancı bir devletin mahkemelerini yetkili kılan bir yetki anlaşmasının da "belirli" olma şartını gerçekleştirebileceği şeklindeki görüş[206] kanaatimizce de isabetlidir. Belirli olmaları şartıyla, tarafların birden çok devletin mahkemesini yetkili kabul etmelerine engel bir durum yoktur.

Türk hukukuna göre de geçerli olan bir sözleşme (veya yetki şartı) ile yabancı bir devlet mahkemesi yetkili kılındığında, kanunen yetkili bulunan Türk mahkemelerinin yetkisi üzerinde böyle bir yetki anlaşmasının tesiri önem taşımaktadır.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanununun yürürlüğe girmesinden önce, Türk hukukunda yetkinin kamu düzenine ilişkin olmadığı hallerde, yet-

206) SARGIN Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları 1996, 171. Bu sonucun pratik zaruretlerden dolayı kabul edilemeyeceği de ileri sürülmektedir; EKŞİ Yabancı Para 873.

ki sözleşmesi ile yabancı bir devlet mahkemesinin yetkili kılınabileceği genellikle[207] kabul edilmekte, tâbi olacağı şekil ve şartlar bakımından da iç hukuktaki yetki sözleşmelerini düzenleyen bir hükme (HUMK m. 22) dayanılmakta idi[208].

Yargıtayın 22 nci maddeye dayanarak verdiği çeşitli kararlardan[209], yetki sözleşmesi ile yabancı bir devlet mahkemesinin yetkili kılınması halinde, kanunen yetkili olan Türk mahkemelerinin yetkisinin kalkacağı, yani yabancı devlet mahkemesinin **münhasıran** yetkili olacağı görüşünde olduğu anlaşılıyordu. Yabancı bir devlet mahkemesini yetkili kılan yetki sözleşmesinin Türk mahkemelerinin yetkisini kaldıran bir anlama geleceği Türk doktrininde bazı hukukçular tarafından[210] da kabul edilmiş gözüküyordu.

Bu uygulama ve doktrine karşı, yabancı bir devlet mahkemesini yetkili kılan yetki sözleşmesinin kanunen yetkili olan Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini kaldırmadığı, davacının yetkili Türk mahkemeleri ile yetkilendirilen yabancı mahkemede dava açabilmek hususunda bir seçim hakkı bulunduğu görüşü[211], sözü geçen 22 nci madde bakımından daha doğru görünüyordu. Zira, Türkiye içerisinde yetkili bir mahkemeyi tayin eden yetki sözleşmesinin kanunen yetkili olan diğer Türk mahkemelerinin yetkisini kaldırıp kaldıramıyacağı ihtilaflı iken ve Yargıtay böyle bir yetki sözleşmesinin kanunen yetkili mahkemelerin yetkisini kaldırmıyacağını bizzat kabul ederken[212], yabancı bir devlet mahkemesine yetki veren yetki sözleşmesinin Türk mahkemelerinin yetkisini bütünü ile kaldırdığını iddia etmek doğru gözükmemekte idi[213]. Kaldı ki 22 nci madde sadece iç hukuka ait bir yetki hükmü olarak vaz'edilmişti.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanunu bu konuda getirmiş olduğu bir hükümle problemi çözmüş bulunmaktadır. Kanuna göre, böyle bir yetki anlaşmasında, yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması halinde dava yetkili Türk mahkemesinde görülebilecektir (m. 31). Bir yetki anlaşmasına istinaden, yabancı devlet mahkemesinde dava açılmış ise, Türk mahkemelerinde aynı konuda açılan dava bir derdestlik itirazı ile karşılaşabilecektir (HUMK m. 187/4)[214-215]. Önce Türk mahkemesinde dava ikame edilirse, yet-

207) Bkz. KURU 418 ve dip n. 744.

208) Bu bakımdan, yabancı bir ülke mahkemesini yetkili kılan yetki sözleşmelerinde, ihtilafın 22 nci maddede arananlar yanında, bir yabancılık unsuru taşıması da gerektiği görüşünün (GÖĞER 368; BERKİ Türk Hukukunda Kanun İhtilâfları 1971 205; SEVİĞ, 328 vd.) hukukî bir dayanağı yoktu; aynı şekilde KURU 418.

209) Meselâ Tem. HGK., 9.12.1942 (BERKİ / ERGÜNEY 153/154); Yar. TD., 21.2.1964 ve 26.12.1964 (KURU 419/420); Yar. HGK., 25.2.1976 (İKİD 185/1976 4556/4557).

210) SEVİĞ 238; GÖĞER 368.

211) KURU 421.

212) Meselâ yeni kararlar: Yar. 6. HD., 22.5.1981 (YKD 11/1981 1429/1430) ve Yar. 13. HD., 20.10.1981 (YKD 1/1982 80/81); Yar. 15. HD., 5.4.1984 (YKD 6/1985 864 vd.).

213) ÇELİKEL / NOMER Devletler Hususî Hukuku, Örnek Olaylar - Mahkeme Kararları 1980 197.

214) Ancak iş davalarında durum farklıdır. İş davalarında, davalının ikametgâhı mahkemesi ile iş yerinin bulunduğu yerdeki mahkemeye yetki tanıyan hüküm (5521 sayılı İş Mahkemeleri K. m. 5), iş-

ki anlaşmasına dayanılarak yapılacak itiraz bir yetkisizlik itirazıdır (HUMK m. 187/2). Ve her ikisi de iptidaî itiraz niteliğindedir. Bununla beraber, davacının, *hukukî veya fiilî sebeplerle*, yetkili kılınan yabancı mahkemede hakkını elde edememe tehlikesi aşikâr şekilde mevcut ise, davalının yetki sözleşmesine dayanarak yapacağı yetki itirazı hukukî sonuç doğurmaz; Türk mahkemesinin davayı görme yetkisi ortadan kalkmaz.

Misal : Davacı Belçika'da bulunan davalıya eşya sipariş etmiş, davalı da bunu kabul ettiğini bildiren bir mektup göndermiştir. Bu mektupta, muhtemel tekmil ihtilafların, hakeme müracaat edilmediği takdirde, yegâne yetkili mahkeme olarak kabul edilen Belçika'da Şarlerua Ticaret mahkemesine arzedileceği şartı da yer almıştır. Davalı İstanbul'da CIF teslimi şart edilen eşyayı göndermemiş, davacı İstanbul'da tazminat davası açmıştır. Davalı yetki itirazında bulunmuştur.

Bu olayda, aktin icra mahallî İstanbul olduğu için İstanbul Mahkemesi yetkili olmakla beraber (HUMK m. 10), taraflar yapmış oldukları yetki anlaşmasıyla Belçika mahkemesini "yegâne yetkili mahkeme kabul ettiklerinden yetki itirazının kabulü gerekcektir[216].

Yetki sözleşmesiyle yabancı bir devlet mahkemesinin yetkili kılınması halinde, yabancı mahkemenin vereceği bir kararın Türkiye'de tanınma ve tenfiz edilme şansına sahip olup olmaması yetki sözleşmesinin geçerliliğine etkili değildir. Bu yetki sözleşmesine rağmen, davacı, yabancı devlet mahkemesinden alınacak kararın Türkiye'de tanınma ve tenfiz edilme imkanına sahip olmadığı gerekçesiyle Türk mahkemesine müracaat edemez. İlgili yabancı mahkeme kararının tanınma ve tenfiz edilme ehliyeti, yetki sözleşmesinin bir geçerlilik şartı olarak kabul edilemez. Bununla beraber, yabancı bir mahke-

---

çinin taraf olduğu davalarda işçiyi koruma maksadına bağlı olarak kamu düşüncesiyle kabul edilmiştir. Bu bakımdan, iş davalarında yabancı bir devlet mahkemesine yetki tanıyan yetki sözleşmesi, Türkiye'deki yetkili mahkemelerin yetkisini bertaraf edemez. Aynı düşünce tarzı "tüketici mahkemelerinin yetkisi" bakımından da geçerlidir. Ayrıca bkz. ileride s. 392.

215) Doktrinde, 31. maddenin amaç ve anlamının, milletlerarası ticari ilişkilerde, *forum shopping* manevralarının önlenmesi gayesiyle, seçilen mahkemeye *derogatoire*, münhasır bir yetki sağlamak olduğu da ileri sürülmüştür; SEVİĞ Yetki Anlaşması 185. Ve bkz. ileride s. 392, n. 254.

216) Yargıtay HGK.'nun çoğunlukla verdiği 15.6.1988 tarihli (E.11-246/K.476) bir kararında, mevcut yetki anlaşmasına rağmen, "esasen yetkili Türk mahkemesinde" de dava açılabileceği sonucuna ulaşılmıştı. Kanun hükmüne aykırılık teşkil eden bu sonuç, yabancı bir mahkemenin yetkilendirilmesinin, "Türk mahkemelerine güvensizlik beslenmesi" anlamına geldiği, bunun da kamu düzenine aykırı olduğu anlayışına dayandırılmış idi. Bir süre, doktrinin haklı eleştirilerine sebep olan Yargıtay'ın bu hatalı anlayışı (Özellikle bkz. KRÜGER/NOMER Gerichtsstandsvereinbarungen nach türkischem Recht: RIW 1989, 953 vd. [Türkçe terc.: İBD 1-2-3/1990, 153 vd.), Türk mahkeme uygulamasında da etkili oldu. Ancak, Yargıtay HGK., 6.5.1998 tarihinde (E.12-287/K.325) verdiği "örnek" bir kararla (KRÜGER RIW 12/1998 946 [Türkçe terc.: İBD 3/1998 614]; NOMER YD 3/1998 264), yanlışlığını tespit ettiği bu görüşten dönülmesini uygun bularak, "31. maddenin özüne ve sözüne uygun bir şekilde düzenlenmiş bir yetki anlaşması ile Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin kaldırılmasının mümkün olduğunu" oybirliği ile açık ve kesin bir şekilde belirledi.

menin yetkisini kabul eden bir anlaşma, *hukukî himayeden feragatı* gerektirecek şekilde de yorumlanamaz. Bu bakımdan, yetkili kılınan yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz kabul etmesinde olduğu gibi (m. 31), yabancı mahkemeden alınan kararın Türkiye'de tanınma ve tenfizinin reddî halinde de, yetki sözleşmesinin varlığına rağmen Türk mahkemesine müracaat yolu açılmış olur. Kaldı ki, Türk mahkemesinin yerine yabancı bir mahkemeyi yetkili kılan bir yetki anlaşması, neticede Türk mahkemesi için *ihkakı haktan kaçınma* sonucunu doğurmakta ise geçerli kabul edilemez.

§ 23. TEMİNAT

1. Bir davanın haksız bulunması halinde, karşı tarafın uğrayacağı zarar ile yargılama ve takip giderlerinin ödenmesinin tehlikede olması hallerinde, dava açanın (ve müdahilin) önceden bir teminat yatırması gerekir. Hangi hallerde teminat gösterilmesi gerektiği çeşitli kanun hükümlerinde dağınık ve farklı şekillerde düzenlenmiştir.

Meselâ, HUMK m. 97'ye göre, davacının ikametgâhının Türkiye'de bulunmaması teminat göstermeyi gerektirirken, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkındaki Kanunda davacının **yabancı olması** teminat gösterme sebebi kabul edilmiştir (m. 32).

2. Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Kanununa göre, Türk mahkemelerinde dava açan[217] veya açılmış bir davaya müdahil sıfatıyla katılan veya icra takibinde bulunan bir yabancı teminat göstermek mecburiyetindedir. Yabancı *gerçek şahıs* da olsa *tüzel kişi* de olsa bu mecburiyete tâbidir.

Davalı tarafın Türk vatandaşı veya yabancı olması bu teminatın gösterilmesi bakımından rol oynamaz. *Davalı tarafın* vatandaşlığı teminat gösterilmesinde etkili bir unsur değildir. Davalının ülke içerisinde veya yabancı bir ülkede oturması veya ikametgâh sahibi olmasının da önemi yoktur. Bu teminat gösterme mecburiyeti doğrudan doğruya ve sadece davacının (veya müdahilin veya icra takibinde bulunanın) *yabancılık* sıfatına bağlanmıştır[218].

Tabiiyetsiz şahıslar da, genel anlamda yabancı oldukları için, davacı olduklarında takdirde dava masraflarıyle davalı tarafın zarar ve ziyanını karşılamak üzere teminat göstermek mecburiyetindedirler.

Bir Türk vatandaşı, Türk vatandaşlığı yanında yabancı bir devlet vatandaşlığına sahip bulunsa dahi, teminat göstermekle mükellef tutulamaz. Çünkü çifte vatandaşlık durumlarında, ilgili şahsın sadece Türk vatandaşlığı nazara alınır.

217) Bkz. ileride s. 399 n. 269 ve s. 404 n. 285.

218) Yabancılık sıfatına bağlı olarak davacının teminat göstermesi mecburiyeti "Cautio judicatum solvi" müessesini ifade eder. Ancak bu müessesenin yer aldığı hukuklarda, teminat gösterme şartları birbirinden çoğu kerre farklı düzenlenmiştir.

3. Yargılama ve takip giderleriyle karşı tarafın zarar ve ziyanını karşılamak üzere gösterilmesi gereken teminat, davacı olarak ortaya çıkan yabancıların durumunu güçleştirmektedir. Bununla beraber, özellikle davalının davayı kazanması halinde davacıya karşı dava masraflarını talep ve icra edebilme konusunda karşılaşacağı güçlükler nazara alınırsa, yabancı davacı için getirilen bu teminat gösterme mecburiyetini yerinde ve haklı bulmak icap eder. Bu teminat gösterme mecburiyetinin esas gayesi, davada haklı çıkan davalının dava masraflarını talep ve icrada karşılaşacağı güçlükleri ortadan kaldırmaktadır.

4. Tüzel kişiler bakımından *yabancılık* sıfatı, statülerindeki "idare merkezine" bağlı olarak belirlenebilir. Statülerine göre, idare merkezi yabancı ülkede olan tüzel kişiler de "yabancı" tüzel kişi olarak teminat göstermek mecburiyetindedirler. Zira Türk devletler hususî hukuku sistemi, tüzel kişiler için uygulanacak "millî hukuk" kavramını prensip olarak statülerinde yer alan idare merkezi hukuku olarak belirlemiştir (m. 8 IV). Yalnız tüzel kişiliğe sahip yabancılar değil, aynı zamanda kendi idare merkezi hukuklarına göre tüzel kişiliği bulunmayan fakat davada taraf olma ve dava ehliyetine sahip[219] *yabancı* kişi veya mal toplulukları da teminat göstermek mecburiyetindedirler.

5. Gösterilecek teminat, hem karşı tarafın zarar ve ziyanını hem de yargılama ve takip giderlerini karşılayacak değerde olmalıdır.

Teminat miktarını mahkeme tayin eder. Yargılama ve takip giderlerini de karşılayacağından, teminat gösterilmesi mahkemece re'sen (kendiliğinden)[220] dikkate alınır. Mahkeme (veya hâkim) teminatla yükümlü tarafa tayin ettiği teminatı yatırması için uygun bir süre verir. Bu süre zarfında teminat gösterilmezse, duruşmaya veya icra takibine devam olunamaz[221].

219) Bkz. yukarıda s. 301 vd..

220) Yargıtay'ın farklı zamanlarda verdiği kararlarda da "re'sen" dikkate alınma açıklıkla belirtilmiştir. Meselâ Yar. 11. HD., 1.12.1987 (YKD 4/1988 508-510) : "2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun emredici bir şekilde düzenlenmiş olan 32. maddesi hükmüne göre, Türk mahkemesinde dava açan yabancı gerçek veya tüzel kişiler, yargılama ve takip giderleriyle, karşı tarafın zarar ve ziyanını karşılamak üzere mahkemenin belirleyeceği teminatı göstermek zorundadırlar; meğerki, davacı karşılıklılık esasına göre, teminattan muaf tutulabilsin. Bu durumda mahkemece bu düzenlemenin emredici nitelikte yapılmış olmasına ve ayrıca kamu düzeni ile ilgisi de dikkate alınarak HUMK'nun 98. maddesindeki düzenlemenin aksine, **öncelikle** ve **re'sen** gözetilerek, davacı yabancının karşılıklılık esasına göre teminattan muaf olup olmadığı araştırıldıktan sonra ve şayet muafiyetten yararlanamıyorsa kendisine mahkeme masraflarından sayılan harç da dahil olmak üzere gerekli miktarda tesbit edilecek teminatın **döviz olarak** Merkez Bankası'na bloke ettirildikten sonra **davanın esasına** girilmesi gerekirken". Ayrıca bkz. Yar. 13. HD., 22.3.1984 (YHD 9/1985 1315); Yar. 11. HD., 18.12.1987 (YKD 7/1988 941-946); Yar. 13. HD., 1.12.1988 (YHD 4/1989 527); Yar. 11. HD., 11.10.1988 (İBD 1-2-3/1990 266 vd.).

221) Yabancılık sıfatına bağlı olarak alınan bu teminat yargılama ve takip giderlerini de karşıladığından mahkemece re'sen dikkate alınmaktadır. Bu bakımdan bir iptidaî itiraz konusu teşkil eden ikametgâha bağlı teminattan (HUMK m. 97; m. 187/1) farklıdır. Bu sebeple yabancılık sıfatına bağlı temi-

6. Nelerin teminat olarak gösterilebileceği Kanunda belirtilmemiştir. Bununla beraber HUMK m. 96 hükmü burada da kıyasen uygulanır. Bu duruma göre gösterilen teminat çeşidinin şayanı kabul olup olmadığını mahkeme takdir edecektir. Mahkemece teminatın nakit olarak verilmesine karar verildiği takdirde, *yabancılık sıfatı* dolayısıyla bir teminat mecburiyeti söz konusu olduğundan *Türk Parasının Kıymetini Koruma* hakkındaki mevzuatın nazara alınması gerekir[222].

7. Mahkeme (icra takibinde "icra dairesi") davanın veya takibin niteliğine ve *duruma* göre davacıyı veya müdahili veya takip talebinde bulunanı teminat göstermekten muaf tutulabilir. Meselâ Türkiye'de yeterli ölçüde malvarlığı bulunan bir yabancının teminat göstermesine gerek kalmayabilir. Buradaki mahkemenin takdir yetkisi, teminattan muafiyeti temin eden milletlerarası bir ikili veya çok taraflı bir sözleşmenin bulunmaması halinde söz konusudur. Sözleşme varsa, mahkeme davacıyı teminat göstermekten muaf tutmak zorundadır.

Fakat dava veya takibin niteliği ve duruma göre mahkemenin davacıyı veya müdahili veya takip talebinde bulunanı teminat göstermekten muaf tutabilmesi, yabancının mensup olduğu devlet ile Türkiye arasında bu konuda bir mütekabiliyetin bulunmasına bağlıdır[223]. Bu mütekabiliyet kanunî olduğu gibi fiilî de olabilir. Türk vatandaşlarının dava açmalarını teminat gösterme mecburiyetine tâbi tutan bir devletin vatandaşları, Türkiye'de teminat gösterme mecburiyetinden muaf tutulamazlar.

Teminat bakımından **mütekabiliyet** problemini doğru şekilde değerlendirebilmek için, diğer ilgili devletlerin aynı veya benzer durumlarda nasıl davrandıklarını dikkate almak mecburiyeti vardır. Çeşitli ülkelerdeki farklı uygula-

---

natta, davanın Türk mahkemesinde görülebilmesi, bu teminatın yatırılması şartına bağlanmıştır (Yar. 13 HD., 22.3.1984: YHD 9/1985 1315). İptidaî itiraz konusu olan ikametgâha bağlı teminatın gösterilmemesi halinde davanın akibeti davalının davranışına bırakılmaktadır. Davacı yargılamada hazır bulunmamış sayıldığından (HUMK m. 99), davalı için davayı davacının yokluğunda sürdürmek (HUMK m. 377) veya dosyayı işlemden kaldırmak imkanı (HUMK m. 409) doğmaktadır. Bu itibarla 99'uncu madde hükmü ve bu hükme bağlı sonuçların yabancılığa dayanan teminatın gösterilmemesi halinde tatbiki doğru olmaz. HUMK m. 99'un uygulanacağından hareket eden kararlar için bkz. Yar. 2. HD., 27.3.1984 (YKD 8/1984 1164/1165); Yar. 2. HD., 5.5.1987 (YHD 10/1988 1456/1457); Yar. 13. HD., 1.12.1988 (YHD 4/1989 527/528); bkz. KURU Hukuk Muhakemeleri Usulü III 1991, 3274.

222) Yargıtay teminat konusuna temas eden kararlarından bazılarında, mesela, 22.3.1984, 1.12.1987, 18.12.1987 ve 11.10.1988 tarihli kararlarında (bkz. yukarıda dip n. 220), teminat miktarının yurt dışından **"döviz olarak"** getirilip, mahkeme emrine veya Merkez Bankası'na bloke ettirilmesi gereğinden söz etmekte, teminatın Türk lirası olarak yatırılmış olmasını bir bozma sebebi olarak görmektedir. Ancak Türk parasının korunmasına dair bugünkü mevzuatta, bu gerekliliği ifade eden bir hüküm yer almamaktadır.

223) Bkz. Yar. 2. HD., 26.1.1979 (YKD 1/1980 24).

ma[224], tam ve eşit bir karşılıklı muamelenin aranamıyacağını göstermektedir. Bu sebeple, yabancı devletlerden Türk davacıya karşı **"benzer ve yakın bir muamele"** gösterilmesi teminat konusunda aranan mütekabiliyetin gerçekleşmesini temin eder.

8. İki taraflı[225] veya çok taraflı *milletlerarası sözleşmelerle* mütekabiliyet şartı bertaraf edilerek dava masrafları için yabancılık sıfatından doğan teminat gösterme mecburiyeti ortadan kaldırılmaktadır.

Türkiye'nin de katılmış bulunduğu[226] 1.3.1954 tarihli **Hukuk Usulüne dair Sözleşme** âkit devlet vatandaşları için teminat gösterme zaruretini ortadan kaldırmıştır. Bu Sözleşmenin 17 nci maddesine göre, "âkit devletlerden birisinde ikamet eden ve diğer bir devlet mahkemeleri huzurunda davacı veya müdahil olarak bulunan âkit bir devletin vatandaşlarından yabancı olmaları veya o memlekette ikametgâh veya meskenleri bulunmaması sebebiyle, ne isim altında olursa olsun, herhangi bir teminat veya depozito istenemez". Bu kaide "mahkeme masraflarını karşılamak için davacı veya müdahilden istenen tediyata da tatbik olunacaktır"[227].

Türkiye'nin taraf olduğu[228], 13.12.1955 tarihli **Avrupa İkamet Sözleşmesi** de ayni anlamda hükümlere (m. 9) sahiptir.

Benzer bir hüküm 2 Ekim 1973 tarihli **Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınmasına ve Tenfizine İlişkin Sözleşmede**[229] de mevcuttur. Bu Sözleşmenin 16 ncı maddesine göre, "Sözleşmede öngörülen usul işlem-

224) Bazı devletler "cautio judicatum solvi" müessesesine artık itibar etmemektedirler. Sovyet Rusya, Bulgaristan ve Romanya hukuklarında bu müesseseye rastlanmamaktadır. Yabancılar ile yerliler arasında bu bakımdan fark gözetilmemiştir; (bkz. STALEV Der Fremde im Prozess: Studien des Instituts für Ostrecht, Band 24, 1972 35). Diğer yandan, BÜLOW / ARNOLD (Internationaler Rechtsverkehr) Mısır, Afganistan, Şili, Küba, Ekvator, İzlanda, Libya ve Suriye'nin de bu teminatı istemediğini ifade etmektedir. Özellikle **İsviçre Kantonları** dava masrafları için istenen teminatın tâbi tutulduğu şartların çeşitliliği bakımından çarpıcı bir misal teşkil etmektedir. Kantonların çoğunluğunda davacının İsviçre'de ikametgâhının olmaması halinde teminat göstermesi mecburiyeti vardır. Diğer bazıları davacının ikametgâhının yabancı ülkede olması şartından hareket ediyorlar. Bir kısmı ise davacının ne İsviçre'de ne de Kanton'da ikametgâh sahibi olmaması şartına bağlanıyorlar; bkz. GULDENER Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz 1951, 15 n. 32. **İngiltere** ve **İtalya**'da, davacının yabancılık özelliğine bakılmıyor, yabancı ülkede oturup oturmadığına veya ülkede malvarlığının bulunup bulunmadığına bağlanılıyor; bkz. SZASZY, International Civil Procedure, R. Comparative Study 1967, 454. Bu kısa görüntü dahi, tatbikatta mütekabiliyet konusunun mahkemelere ne derece büyük bir yük teşkil edebileceğini göstermektedir. O kadar ki, meselâ Almanyanın belirli devletler ile ilişkilerinde mütekabiliyet konusunda Kommentarların farklı fikirleri ifade ettikleri belirtilmektedir; NAGEL 1984, 125.

225) **Türkiye** ile **Almanya** arasındaki 28.5.1929 tarihli Sözleşme (RG. 4 Haziran 1930 - 1511) hükümlerine göre müteabiliyet şartı gerçekleşmiş olmakla beraber (m. 2), Türk hukukunda Türkiye'de ikametgâh sahibi bulunmayan yabancıların teminat gösterme mecburiyetinde olmaları (HUMK m. 97) Almanya'da mütekabiliyet konusunda tereddütlerin doğumuna sebebiyet vermektedir (bkz. IPRax 6/1982 253, 257, Anm. 60).

226) RG. 23 Mayıs 1972 - 14194.

227) Bkz. Yar. HGK., 28.6.1989 (ABD 5/1989 929 vd.).

228) RG. 17 Eylül 1989 - 20285.

229) RG. 16 Şubat 1983 - 17961.

lerindeki masrafların ödenmesini teminat altına almak üzere, her ne ad altında olursa olsun hiçbir kefalet veya teminat istenemez".

Adlî müzaharetten istifade edebilen yabancılar da teminat göstermek mecburiyetinde tutulamazlar. Yabancıların adlî müzaheretten istifade edebilmeleri, vatandaşı bulunduğu devlette karşılıklı muamelenin (mütekabiliyetin) isbat edilmesine bağlıdır (HUMK m. 465 II). Yani yabancı devlet vatandaşları mütekabiliyet gerçekleşmiş ise adlî müzaharet talebinde bulunabilirler. Adlî müzaharet yalnız gerçek kişiler içindir. Tüzel kişilerin adlî müzaharetten istifade etmeleri söz konusu değildir. Türkiye'nin taraf olduğu **Avrupa İkamet Sözleşmesi** de, adlî müzaheretten yararlanma imkânını (m. 8) sadece gerçek kişiler için (m. 30) kabul etmiştir.

Dava masrafları için bir teminat gösterilmesi **tahkim usulünde** yabancı bir tahkim davacısından da talep edilemez. Taraflar kendi tahkim sözleşmelerinde Türk usul kaidelerinin uygulanacağını kararlaştırmış olsalar da, böyle bir anlaşma usul hukukunun tahkime ilişkin hükümlerini ifade eder. Dava masrafları için tahkim davacısının teminat gösterme mükellefiyeti ancak tahkim sözleşmesinde sarih olarak kararlaştırılmış ise söz konusu olabilir[230].

230) Teminat hükmünün davalıyı koruma maksadıyla konulmuş bulunduğu, bu sebeple dava masrafları için bir teminatın tahkim usulünde yabancı tahkim davacısından da talep edilebileceği Alman doktrininde ileri sürülmüştür (SCHWAB Schiedsgerichtsbarkeit 1979, 19). Ancak, tahkim usulünün özel hukuk karakterini kabul etmeyen bir anlayıştan hareket eden bu fikir tasvip görmemiştir.

§ 24. YABANCI MAHKEME KARARLARININ TANINMASI VE TENFİZİ

I. GENEL OLARAK

Türk hukukunda yabancı mahkeme kararlarının tanınması ile tenfizi arasında bir ayırım yapılmıştır. Diğer ülke hukuklarında da bu ayırım vardır. Ancak bu ayırım tâbi oldukları şartlar bakımından tanınma ve tenfizin birbirini etkilemesine engel değildir. Yabancı bir mahkeme kararının tenfizi, bu kararın tanınması için gerekli şartları taşıması yanında, ek bazı şartların da yerine gelmesini gerektirir. Tanınmaya ehil olmayan yabancı mahkeme kararının tenfizi de söz konusu olmaz.

Yabancı bir mahkeme kararının "tanınması" gereği, milletlerarası hukukta yabancı bir mahkeme kararının tanınmasına ilişkin bir **mükelleflyetin bulunmadığını** da gösterir. Bir devlet yabancı mahkeme kararlarını tanımak mecburiyetinde değildir. Her devlet yabancı mahkeme kararlarının tanınma ve tenfiz şartlarını bizzat kendi milletlerarası usul hukuku çerçevesinde tayin eder. Her mahkeme kararı onun verildiği devletin yargı hakkına istinad eden bir hâkimiyet fiilidir. Bu hâkimiyet fiili de prensip olarak sadece verildiği ülke sınırları içerisinde etkili olur. Bu sebeple her devlet, yabancı bir mahkeme kararını tanıyıp tanımıyacağını[231] veya hangi şartlar altında tanıyacağını tayin eder.

Diğer taraftan, yabancı bir mahkeme kararının mevcudiyetine rağmen, ilgili taraflar da, bu kararın tanınma ve tenfizini istemiyerek, aynı konuda Türk mahkemesinde dava ikame edebilirler[232].

---

231) Bazı devletler nitekim yabancı mahkeme kararlarının tenfizini hiç bir şekilde kabul etmemektedir; meselâ, İsveç, Finlandiya, İzlanda, İsviçre'de Glarus Kantonu; bkz. BÜLOW / ARNOLD Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen 1960, 946, 1-6; GULDENER Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz 1951, 94. O kadar ki, bu ülkelerde yeniden bir dava açılması zarureti vardır. Ayrıca bkz. ARAT Yabancı İlâmların Tanınması ve Tenfizi: AHFD 1-4/1964 447 vd.; ÖZBAKAN Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi 1987, 18 vd..

232) Bkz. Yar. 2. HD., 14.1.1986 (İKİD 317/1987 4913).

1. Tanıma

Yabancı bir mahkeme kararının[233] *tanınması*, onun kesin hüküm kuvvetinin ülkeye de teşmili anlamına gelir. Yabancı kararın hukukî neticeleri, yabancı mahkeme devletinin hukukuna göre tayin edilir. Mahkeme devletinin hukuku ayrıca özellikle kesin hüküm kuvvetinin maddî ve şahsî şümulünü tesbit eder (MÖHUK m. 34 I). Bununla beraber yabancı mahkeme kararlarına, Türk mahkeme kararlarının sahip olduğu kesin hüküm kuvvetinden daha geniş bir kesin hüküm kuvveti tanınamaz.

Aynı şekilde, yabancı mahkeme kararının kendi hukukuna göre sahip olduğu, fakat Türk hukukunun tanımadığı hukukî sonuçları da Türk hukukuna teşmil edilemez. Meselâ kararı veren mahkemenin hukukuna göre kesin hüküm kuvveti çerçevesinde kararda yer alan unsurların veya karar gerekçelerinin bağlayıcılığı mevcut olsa da, bu, tanıma yoluyla Türk hukukunda kabul edilebilme imkânına sahip olmaz. Zira Türk hukukunda maddî anlamda kesinlik, kararın sadece hüküm fıkrası için mevcuttur. Aynı şey, yabancı kararın maddî tesbitlerinin bağlayıcılığı hakkında da geçerlidir.

> Kesin hüküm (kaziyei muhkeme) usul hukukunda iki manaya sahiptir. Birincisi, kesin hüküm teşkil eden kararın iptal edilmezliğini ifade eder. Buna **şeklî kesin hüküm** denir. Yani her nevi itiraz ve kanun yolları böyle bir karar için kapanmıştır. İptal kabiliyeti olmama, muhtevası ile ilgili olmaksızın kesin hüküm teşkil eden kararın bir özelliğidir. Kesin hükmün ikinci manası, kararda verilen hükmün, yani kararın muhtevasının bağlayıcı bir tesire sahip olmasını ifade eder. Buna **maddî kesin hüküm** denir. Karar taraflardan birinin talep ettiği hukukî neticelerin mevcudiyetini veya mevcut olmadığını belirten bir tesbit olarak, aynı hukukî neticelerin mesele teşkil ettiği her davada bir hakikat olarak nazara alınır. Bu manada kararın bağlayıcılığı, aynı hukukî neticelerin ikinci bir dava ikame edilmesi halinde farklı bir hükme varılması yasağı ve aynı kararın dikkate alınması zarureti anlamına gelir[234].
>
> Ancak maddî kesin hükmün "bağlayıcılığı", istikbalde muayyen fasılalar ile tekrarlanan edaları, meselâ irat şeklindeki nafaka tediyelerini hükme bağlamış olan kararlar bakımından bertaraf edilmiştir. Çünkü taraflardan her biri, hükme konu teşkil eden edanın mevcudiyeti, miktarı veya devamına mesnet kabul edilen münasebetin değişikliğe uğraması halinde, muayyen fasılalarla tekrarlanan edalara ait hükümlerin (hukukî netice manasında) değiştirilmesini talep etmek hakkına sahiptir[235].

Tanınmayan veya **tanınmaya ehil** olmayan yabancı bir mahkeme kararı, bir mahkeme ilâmı olarak herhangi bir hukukî etkiye sahip olamaz. Bunun-

---

233) Bkz. yukarıda s. 322 vd..

234) STEIN / JONAS Kommentar zur Zivilprozessordnung18 § 322 VIII.

235) Bkz. NOMER Nafaka 144 vd..

la beraber hukukî manadan da tamamen mahrum sayılamaz; her hangi bir ihtilafta isbat vasıtası olarak hizmet edebilir[236].

2. Tenfiz

Yabancı bir hükmün, verildiği devlet hukukuna göre sahip olduğu icra (tenfiz) edilebilme gücü tanınma niteliğine sahip değildir. Yabancı hükmün tanınması, ona tanındığı ülkede icra kabiliyeti vermez, onu kendiliğinden ülkede icra edilir hâle getirmez. Diğer bir söyleyişle, yabancı kararın icra edilebilme gücü ülkeye teşmil edilemez. Yabancı mahkeme hükmü hakkında verilen "tenfiz kararı", yabancı kararın ülke için de icra edilebilirliğini belirleyen bir tesbit hükmü değildir, bir yerine getirme hükmü de değildir; "tenfiz kararı" sadece yenilik doğurucu (usulî) bir hükümdür. Gerçi, Türk hukukuna göre, yabancı bir mahkeme hükmünün tenfiz edilebilmesi için, bu mahkeme hükmünün verildiği ülke hukukuna göre kesin ve icra edilebilir olması şarttır. Ancak, yabancı hüküm Türkiye'de icra edilebilirlik gücüne sadece ve münhasıran Türk hukukuna göre verilen bir tenfiz kararı ile sahip olabilir. Görülüyor ki, bir devletin yabancı bir kararın kesin hüküm kuvvetini tanıması başka şey, bu kararın ülkesinde icrasını kendi organları eliyle kabul etmesi başka şeydir. Bu sebeple hemen hemen tekmil ülkelerde ve Türk hukukunda, yabancı mahkeme kararının tenfizi özel bir usule tâbi olarak verilen bir yargı hükmü veya yargı kararı *("exequatur")* ile tesbit edilir. Bu şekilde özel bir usule tâbi olarak verilen karar, genellikle sadece bir cebrî icranın gerektirdiği durumlarda aranır. Ve yabancı mahkeme kararının icra kabiliyeti de "exequatur" kararına dayanır.

II. TÜRK HUKUKUNDA TANIMA VE TENFİZ

1. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkındaki Kanunun 34 ve müteakip maddelerinde yabancı ülke mahkemelerinden verilen kararların tenfizi ve tanınması düzenlenmiştir[237].

236) "Yabancı ilâm Türk yargısınca tanınmadıkça kesin hüküm veya kesin delil durumuna gelemez" (Yar. 2. HD., 9.5.1996: YHD 192-11/1997 1536). Meselâ, boşanmayı reddeden, tanınmamış yabancı bir mahkeme kararına dayanılarak, fiilî ayrılık sebebine dayanan boşanmaya (MK m. 124 III) karar verilemez (bkz. Yar. 2. HD., 16.9.1991 ve 29.6.1992 [YKD 12/1991 1798-1799 ve 9/1992 1347-1348]). Tanınmayan yabancı bir mahkeme kararı, muhtevasında yer alan hususların doğruluğu bakımından da bir isbat değeri taşımamakla beraber, Usul Kanununun 296 ncı maddesi gereğince muhtevasının belirli bir zamanda yabancı bir mahkemenin kararına konu teşkil ettiğini isbat eden resmî bir vesikadır; RIEZLER 522 vd. ve özellikle 482 vd.; ayrıca bkz. Yar. HGK., 21.6.1989 (ABD 5/1989 302 vd.).

237) Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkındaki Kanun, Tatbikat Kanunu gereği (bkz. yukarıda s. 27), milletlerarası usul hukukuna ait hükümleri itibariyle 22.11.1982 tarihinden itibaren, ya-

34'üncü maddeye göre, yabancı mahkemelerden *hukuk davalarına* ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarınca *kesinleşmiş* bulunan ilâmların Türkiye'de icra olunabilmesi bir tenfiz kararı *(exequatur)* verilmesine bağlıdır. Yabancı mahkemelerin ceza ilâmlarında yer alan kişisel haklara ilişkin hükümler hakkında da tenfiz kararı istenebilir.

Kanun "hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş" **ilâmlardan** söz etmektedir. Bununla, yabancı mahkemelerden verilmiş tekmil "yargı kararlarının" ifade edildiği hususunda tam bir mutabakat görülmektedir. Nitekim, Kanun ceza ilâmlarında yer alan "kişisel haklarla ilgili hükümleri" de bu anlamda tenfiz usulüne tâbi tutmuştur. Şu halde, maddî hukuka ait talepler hakkında verilmiş bulunan her türlü yabancı yargı kararı 34'üncü maddeye göre hakkında tenfiz kararı verilebilecek ilâmlardır. Tenfiz hâkimi, yabancı kararın **maddî hukuka ait bir talebe** ilişkin olup olmadığını incelemek mecburiyetindedir. Bu bakımdan iş hukukuna ait taleplere ilişkin yabancı mahkeme kararları, çifte vergilendirme alanında verilmiş malî yargıya ait yabancı kararlar da buraya dahildir. Buna mukabil saf idarî kararlar[238], kartel ve patent hukuku alanındaki kararlar, maddî hukuka ait taleplere ilişkin olmayan iş mahkemesi kararları, sosyal sigortalar alanında yer alan mahkemelerin kararları 34'üncü madde anlamında tenfiz edilebilir ilâmlardan değillerdir. Keza, Amerikan hukukundaki -verilmesinde cezalandırmak ve korkutmak anlayışı yatan- tazminat kararlarının ("Punitive Damages") da, sahip oldukları cezaî nitelikleri sebebiyle tenfiz kabiliyetleri yoktur[239].

Ayrıca, yabancı **hakem kararları** da 34'üncü maddeye göre tenfizi gereken kararlardan değildir. Bunlar hakkında, yabancı bir mahkeme tarafından "tenfiz edilebilir" şeklinde bir karar verilmiş olsa dahi, yabancı bir "mahkeme" kararı gibi tenfiz edilemezler. Yabancı hakem kararları hakkında Kanunun 43 ilâ 45'inci maddelerindeki özel düzenleme geçerlidir.

Milletlerarası mahkemelerin kararları, Türkiye'nin bunlara ilişkin milletlerarası sözleşmelere katılmış olup olmamasına bağlı olarak muamele görürler. Bu sözleşmelerde özel düzenlemeler var ise, bu nevi kararların akibeti de bu düzenlemelere tâbi olur. Sözleşmesine iltihak edilmemiş bir milletlerarası mahkemenin kararı, 34'üncü madde ve devamına tâbi olur.

İhtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz kararlarında, "geçici" nitelikte bir tedbir niteliği bulunduğundan, bunların 34'üncü maddeye göre tanınma ve tenfizi söz

---

ni Kanunun yürürlüğe girmesinden bu yana mutlak olarak tatbik edilme gücüne sahiptir. Bu, meselâ, yabancı bir boşanma kararının tanınma talebi hakkında, bu boşanma kararı Kanunun yürürlüğünden önce dahi verilmiş olsa, Türk mahkemesinin yeni Kanunu ve onun hükümlerini (m. 42) tatbik edeceği anlamına gelir; aynen İst. As. 1. HH., 26.1.1983 (MHB 1/1983 26/27); ayrıca bkz. KRÜGER: StAZ 1983 50.

238) "Vasiyetnâmenin açılıp saklanmasını öngören tedbir niteliğindeki idarî işlemin" tenfizi mümkün bir mahkeme hükmü olarak kabul edilemeyeceğine dair: Yar. 2.HD., 11.10.1990 (E.3102-K.9263).

239) Alman Yüksek Mahkemesi de [BGH., 4.6.1992: IPRax 5/1993 310-321], Amerikan "punitive veya exemplary" kararını, medenî hukuk niteliğini kabul etmekle beraber, esas fonksiyonunun cezalandırmak ve korkutmak olmasını dikkate alarak tenfiz etmemiştir.

konusu olamaz. Ancak yabancı mahkemenin hukukuna göre böyle bir karar ihtilaf konusunu kesin ve nihaî olarak halletmiş olmakta ise, 34'üncü madde anlamında tenfize müsait bir ilâm olarak mütalaa edilebilir. Zira bu takdirde "geçici bir tedbir" niteliğinden söz edilemez.

Yabancı mahkemede taraflar arasındaki **sulh,** sadece mahkemenin sulhu tesbiti ile sonuçlanmış ise, 34'üncü maddenin kapsamı dışında kalır. Zira ortada kesinleşmiş yabancı bir yargı kararı mevcut değildir. Fakat yabancı davada sulh, bir mahkeme kararı (hüküm) şeklinde tesis edilmiş ise, bunun tenfiz edilebileceğinde tereddüt etmemek gerekir.

Yabancı **iflas kararları** da, genel olarak tenfiz şartlarına tâbi olmakla beraber, borçlunun mal ve hakları üzerinde küllî tasfiyeyi hedefleyen ve bu maksatla cebrî icra yolunu açan nitelikte kararlar olmaları itibariyle, taraflar arasındaki hukukî bir ihtilafı nihaî hükme bağlayan ve bu hükmü kesinleştirme niteliğine sahip mahkeme ilâmlarına tenfiz imkânı veren 34 üncü madde anlamında tenfizi mümkün yabancı mahkeme ilâmlarından sayılamaz[240].

Tenfiz kararını verecek görevli mahkeme asliye mahkemesidir (m. 35 I)[241].

Yabancı mahkeme ilâmının tanınması bir tenfiz kararına ihtiyaç göstermemekle beraber, tanınma için yabancı ilâmda aranan şartların yetkili mahkemece tesbit edilmesi gerekir (m. 42 I).

Tanıma ve tenfiz şartlarının tetkikinde, yabancı mahkeme kararının, bu kararı veren mahkemenin hukukuna göre *kesinleşmiş* bulunduğu andaki hukukî durumu dikkate alınır.

2. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun yürürlükten kalkmış bulunan 537 ve müteakip maddeleri yabancı mahkeme kararlarının sadece tenfizini düzenlemiş idi. Mülga 537 nci maddeye göre de, "ecnebi mahkemelerden hukuk ve ticaret davalarına dair verilen nihaî hükümleri mutazammın olup, kaziyei muhkeme teşkil etmiş olan ilâmların Türkiye'de icra olunabilmesi" tenfiz kararı verilmesiyle kabildi.

Tanınma, niteliği itibariyle tenfizden farklı olduğu için tenfizin tâbi olduğu şart-

240) Bkz. Yar. İİD., 19.6.1969 (E. 3594/K.6755): RKD 12/1969 163-165. Farklı: GÜNGÖR Milletlerarası Özel Hukukta İflas 1997, 179 vd. ve iflas içi konkordato için bkz. GÜNGÖR Milletlerarası Özel Hukukta İflas İçi Konkordato: AHFD 1-4/1995 Konkordato 305. Ayrıca İcra İflas Kanununda yer alan yetki kaidelerinin (m. 69 II, 72 III, 89 III, 142 I, 235 I, 258, 259 IV) ve özellikle iflas davaları için konulmuş yetki kaidesinin (m. 154 III) "muamele merkezi Türkiye'de bulunan borçlular hakkında" (GÜNGÖR Milletlerarası Özel Hukukta İflas 1997, 182) "münhasır" bir yetki hükmü tesis ettiğinin kolaylıkla kabul edilebileceği gözden kaçırılmamalıdır. Milletlerarası alandaki çalışmalar için bkz. BUDAK İflâsın Belirli Uluslararası Yönleri Hakkında Avrupa Konseyi Konvansiyonu, İBD 10-11-12/1990 836 vd..

241) Tenfiz talebi basit yargılama usulü hükümlerine göre incelenerek karara bağlanır (m. 39 I c. 2). Talep (dava) adlî aravermede de görülür (HUMK m. 176/11). Bu sebeple Yargıtay adlî aravermede süresi geçirilmiş bulunan karar düzeltme talebinin reddi gerekeceğine karar vermiştir; Yar. 2. HD., 3.11.1986 (İBD 1-2-3/1987 140 vd.).

lara aynen bağlı kılınamaz. Bu bakımdan Usul Kanununun tenfiz için aradığı şartların tamamını tanıma için de gerekli görmek mümkün gözükmüyordu. Ancak tanıma için hangi şartların aranacağı ve tanıma usulünün nasıl olacağı tereddüt uyandırmaktaydı[242].

3. Tanıma ile tenfiz arasındaki *nitelik farkı*, her ikisinin aynı hükümlere tâbi tutulmasına imkân vermez. Tanıma *özel* bir talebi gerektirmez, belirli bir olayda eğer tanıma için aranan şartlar mevcut ise tanıma, bu şartların mevcudiyetinin tesbit edilmesi ile, mahallî makamların hukukî ve özel bir tasarrufuna lüzum kalmaksızın kendiliğinden, ipso iure, gerçekleşir. Taraflardan biri hukuken himayeye lâyık bir menfaatini davada kabul ettirebilmek için yabancı bir mahkeme kararının tanınmasını, meselâ bir boşanma hükmünün kesin hüküm kuvvetinin nazara alınmasını o anda tesbit ettirmiş olmaktadır. Kanunda hilâfına bir hüküm bulunduğu takdirde özel bir tanıma tasarrufuna lüzum görülebilir. Hukukumuzda, tanıma şartlarının mevcut olduğunun yetkili makamlarca tesbitinden sonra yabancı mahkeme ilâmının tanınması mümkün olur (m. 42 I)[243]. Tanımanın bu niteliğidir ki, böyle bir tanımadan ne rücu edilebilmekte ve ne de iptalini isteyebilmek mümkün olmaktadır. Zira bu tanıma özel bir talep ve bu talebe uygun bir tasarrufla tahakkuk etmemiştir. Doğrudan doğruya hukuk nizamına dayanan bir durumdur. Buna mukabil tenfiz, talep üzerine (m. 36) yetkili makam tarafından icrayı mümkün kılan bir kararın verilmesine bağlıdır (m. 34 I ve m. 40). Ve yabancı mahkeme ilâmı bu kararla icra kabiliyeti kazanmakta[244], icra organları da bu karara dayanarak icraya geçebilmektedir. Bu bakımdan tanıma için aranan şartlar, tenfiz için gerekli olmakla beraber, yeterli değildir. Diğer bir söyleyişle, tenfiz şartları, tanıma şartları yanında ek bazı şartları da gerektirebilir. Bu sebeple Kanunda tenfiz için aranan şartların bütünü, tanıma için aranmış değildir (m. 42 I).

Misal : Yabancı mahkemeden alınmış olan bir **boşanma ilâmının**, (a) ve (d) bendleri hariç olmak üzere 38 inci maddede aranan diğer tenfiz şartlarına sahip bulunduğu yetkili Türk mahkemesince tesbit edildiğinde (m. 42 I), bu yabancı boşanma ilâmının aslî hükmü artık Türk hukuku için de geçerli hale gelmiş olur. Yani taraflar arasındaki "evlilik bağı" yabancı ilâmın kesinleşmiş olduğu tarihten itibaren Türk hukuku bakımından da sona ermiştir. Bu, yabancı boşanma ilâmının **"tanınması"** anlamına gelir. Tanınmış olan bu boşanma

242) Geniş bilgi için bkz. NOMER Nafaka 141 vd.; ve özellikle ÇELİKEL Ahkâmı Şahsiye Konusundaki Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması 1963 86 vd..

243) Böyle bir hükme Alman hukukunda evlenme meselelerinde rastlanmaktadır. Buna göre, evliliğin butlanına, feshine, boşanmaya dair veya taraflar arasında bir evliliğin mevcudiyetini veya mevcut bulunmadığını tesbite ilişkin yabancı mahkeme kararları, tanıma şartlarının mevcut olduğunun belirli bir makam (Landesjustizverwaltung) tarafından tesbitinden sonra tanınır (Familienrechtsaenderungsgesetz Art. 7 § 1).

244) İlâmlı icra takibinde, ilâmın **zamanaşımına** uğrama süresi (bkz. İİK m. 39 I; BK m. 135 II), yabancı mahkeme kararları bakımından onların tenfizine karar verilmesiyle başlar.

ilâmı kesin delil veya kesin hüküm olarak Türk hukukunda tesirini gösterir. Ayrıca tanınmış olan bu boşanma ilâmına müsteniden, Türk vatandaşı olan eş veya eşler için, boşanmanın nüfus kayıtlarına tescili yapılır (m. 42 I ve III)[245]. Buna mukabil yabancı boşanma ilâmında yer alan nafaka ve tazminat gibi malvarlığı hukukuna veya çocukların velâyetine ilişkin hükümlerin "icrası" (veya yerine getirilmesi), bu boşanma ilâmı hakkında ancak "tenfiz" kararı (m. 34 I, 41 I) alınmasıyla mümkün olabilecektir.

Tanıma niteliği itibariyle, ancak inşaî mahiyette (yenilik doğurucu) kararlar için söz konusu olur. Tenfiz davalarının konusu ise eda davaları sonucunda verilmiş yabancı mahkeme kararlarıdır. Bu sebeple, tenfiz kararını gerektiren yabancı bir mahkeme kararının, Türk mahkemesinde görülen bir davada *tanınması* yoluyla, kesin hüküm etkisinden istifadeyle icrasının temin edilmesi, tenfiz hükümlerinin bertaraf edilmesi anlamına gelir. Bu itibarla, tenfizi gerektiren yabancı mahkeme kararlarını, dava yoluyla veya görülmekte olan bir dava esnasında *tanıtma* ile, onlara, tenfiz hükümlerinden kaçma imkânını verecek şekilde, kesin hüküm kuvveti kazandırılması yolu kapalıdır.

4. Türk tanıma ve tenfiz hâkimi prensip olarak yabancı mahkeme kararının doğruluğunu inceleyemez. Gerek yabancı kararda uygulanmış olan usul gerekse kararda yer alan maddî ve hukukî tesbitler tanıma ve tenfiz hâkiminin inceleme konusu dışındadır. Bu sistem, "révision au fond" yasağı olarak ifade edilir. Usulde veya kararın hükmünde yapılmış olan hatalar tanıma ve tenfiz kararına prensip olarak etkili olmaz.

Tanıma ve tenfiz usulünde yabancı mahkeme kararının maddî ve hukukî bakımdan bütün çerçevesiyle incelenmesine izin verilseydi, bu, davanın Türk mahkemesinde tekrar görülmesi anlamına gelirdi. Dolayısıyla, "doğruluğu" yabancı mahkemenin sorumluluğu altında olan yabancı mahkeme kararı yerine, sorumluluğu üzerine alan ve kendine ait bir hüküm taşıyan yeni bir Türk mahkemesi kararı ortaya çıkardı. O zaman da, yabancı bir mahkeme kararının tanınması ve tenfizinden söz edilemezdi.

Vazgeçilemeyecek değerlerin ihlâl edilmiş olması hâli, yabancı kararın inceleme dışında tutulması prensibinin bir istisnasını meydana getirir. Bu durumda, tanıma ve tenfiz devletinin kamu düzeninin müdahalesi kaçınılmaz olur. Türk tanıma ve tenfiz hukukunda da, yabancı mahkeme kararının kamu düzenine aykırılığı onun tanınma ve tenfizini engelleyici bir sebeptir. Ancak,

245) Yabancı kararın tanınması yoluyla boşanmanın nüfusa tescil ettirilmesinin boşanma kararına icra edilebilirlik kazandırdığı, bu sebeple tenfiz kararının zorunlu olduğu şeklindeki anlayış (bkz. YALÇINKAYA / KALELİ Boşanma Hukuku II 1988 2014), Türk mahkemelerinin uygulamasına da etkili olmaktadır. Bunun sonucu olarak, yabancı boşanma kararlarının tanınması talepleri "tenfiz" talebi şeklinde yapılmakta ve mahkemelerce de boşanma kararının "tenfizi" hakkında karar verilmektedir. Bu hatalı anlayış ve uygulama, yabancı boşanma kararlarının fazladan tenfiz şartlarına da (m. 38 a ve d) tâbi olmasını gerektirmektedir.

yabancı mahkemenin vermiş olduğu "hükmün" kamu düzenine aykırılığından söz edilmesi, ayrıca bu aykırılığın "açıkça" olmasının aranılması, Türk tenfiz hukukunda, kamu düzeni kavramının izin verdiği ölçüde, yabancı kararın tanıma ve tenfizi lehine bir eğilimin bulunduğunu göstermektedir. Bu bakımdan, özellikle, yabancı mahkemenin Türk hukukunun emredici hükümlerini dikkate almaması veya yanlış uygulaması, tek başına yabancı mahkeme kararını tanınma ve tenfizini engelleyici bir sebep olarak görülemez. Türk kamu düzeni, Türk hukuk düzeninin temel teşkil eden ve kendisinden vazgeçilemeyecek değerlerinin korunması için, ve sadece kamu düzenine aykırılığı aşikâr olan olaylarda müdahale eder.

"Révision au fond" yasağının Türk tanıma ve tenfiz hukukuna özgü bir istisnası da, "Türklerin kişi hallerine ilişkin" yabancı mahkeme kararları için söz konusudur. Türk kanunlar ihtilafı kuralları gereğince yetkili hukukun uygulanmış olup olmaması veya hatalı uygulanmış olması, Türk vatandaşı davalının isteğine bağlı olarak, tanıma ve tenfiz hâkimince inceleme konusu yapılabilecektir (m.38 e).

5. Yabancı mahkemelerden *hukuk davalarına* ilişkin olarak verilmiş ve o Devlet kanunlarına göre *kesinleşmiş* bulunan ilâmlar ile yabancı mahkemelerin ceza ilâmlarında yer alan kişisel haklarla ilgili hükümler hakkında yetkili mahkemenin *tenfiz kararı* verebilmesi için aranan (m. 38) *şartlar* şunlardır:

(1) Türkiye Cumhuriyeti ile ilâmın verildiği devlet arasında mütekabiliyet esasına dayanan bir anlaşma veya o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilâmların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün veya fiilî uygulamanın bulunması (m. 38 a).

İlâmların karşılıklı olarak tenfizine ilişkin bir anlaşma varsa[246] tenfiz bu anlaşmanın müsaade ettiği ölçüler içerisinde gerçekleşebilecektir[247]. Anlaşma yoksa, tenfiz için kanunî veya fiilî bir mütekabiliyetin mevcut olması gereklidir.

Sözleşme veya kanunî imkân olmasına rağmen, yabancı ülke Türk mahkeme kararlarını veya genel olarak yabancı mahkeme kararlarını fiilen tenfiz etmi-

246) Bu şarta ilişkin olarak tenfiz hükümleri Türkiye'nin **İtalya** (RG. 3 Mart 1929 - 1133), **Romanya** (RG. 17 Mayıs 1972 - 14190), **Tunus** (RG. 11 Eylül 1984 - 18512), **Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti** (RG. 13 Şubat 1989 - 20079), **Polonya** (RG. 23 Temmuz 1990 - 20583), **Avusturya** (RG. 23 Eylül 1991 - 21000; [RG. 25 Nisan 1994-21915]), **Irak** (RG. 2 Ağustos 1992 - 21303), **Azerbaycan Cumhuriyeti** (RG. 25 Ağustos 1993 - 21679), **Çin Halk Cumhuriyeti** (RG. 12 Kasım 1994 - 22109) ve **Gürcistan Cumhuriyeti** (RG. 24 Ağustos 1977-23090) ile yapmış olduğu anlaşmalarda yer almıştır.

Ayrıca Türkiye 15.4.1958 tarihli **Çocuklara Karşı Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınmasına ve Tenfizine İlişkin Sözleşme** (RG. 27 Eylül 1972 - 14319) ile 2.10.1973 tarihli **Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınmasına ve Tenfizine İlişkin Sözleşmeye** (RG. 16 Şubat 1983 - 17961) katılmıştır. Bkz. yukarıda s. 239 vd..

247) Bkz. Yar. 11. HD., 12.9.1974 (E. 1974/1758 - K. 1974/2406).

yor ise mütekabiliyet yine gerçekleşmiş olmaz. Bununla beraber, sözleşme veya kanunî imkân olmasına rağmen, ilgili devlette, Türk mahkeme kararlarının tenfizine ilişkin bir talep olmadığı için, henüz bir uygulamaya rastlanmamış olması, tenfizin Türk mahkemelerinde başlanmasına engel değildir[248].

Yabancı bir mahkeme kararının tenfizi, mütekabiliyet gerçekleşmemiş ise reddedilecektir. Bu, öncelikle tetkiki gereken bir şart olarak ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan uygulamada özel bir ağırlığa sahip olabilir. Üstelik fevkalade problem doğurucu bir şarttır. Zira Türk tenfiz hâkimi, her olayda, ilgili ülkede mütekabiliyetin gerçekleşmiş olup olmadığını **tesbit etmek** mecburiyetindedir[249]. Halbuki böyle bir tetkike konu olabilecek kaynaklar hemen hemen yoktur. Sadece resmî makamlardan edinilecek bilgi ise gerçeği genellikle aksettirmiyecektir. Mütekabiliyet şartının en kötü tarafı da, her devletin, mütekabiliyetin gerçekleşmesini öncelikle diğerinden beklemesidir. Yabancı ülke hukuklarındaki tatbikatın da her an değişme halinde olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

38'inci maddenin (d) ve (e) bendlerinde yer alan şartlar doğrudan doğruya ilgili tarafın veya Türk vatandaşının menfaatini korumakta, (b) ve (c) bendleri ise münhasır yetki düzenlemesi ile birlikte, genel kamu düzenini korumak yoluyla neticede bütün Türk vatandaşlarının menfaatine hareket etmektedir. Buna mukabil "mütekabileyet şartı" davaya iştirak etmiş şahısların menfaati ile hiç bir şekilde ilgilenmemektedir. Bu şart **politik** maksatlara hizmet için bir vasıta olarak kullanılmaktadır[250].

Bu arada ister yabancı isterse Türk vatandaşı olsun Türkiye'de hak arayanların da menfaatlerinin zarara uğraması göze alınmıştır. Bir Türk vatandaşı yabancı bir ülkede bir yabancıya karşı kendi lehine bir mahkeme ilâmı elde etmesine rağmen, bu ilâmı, verildiği devlet ile mütekabiliyet gerçekleşmediği için, Türkiye'de tenfiz ettiremiyor. Şu halde görülüyor ki, mütekabiliyet sadece **yabancı mahkeme kararını** hedef almış olan politik bir şarttır.

Mütekabiliyet şartının gerçekleşmesi her devlette tam ve aynı olmamaktadır. Mütekabiliyet, yabancı devlet Türk mahkeme kararlarına Türk hukukunda yer alan şartlardan daha ağır olmayan[251] **şartlara tabi tutarak** tenfiz imkanı vermekte ise gerçekleşmiş kabul edilebilir. Eğer yabancı devletin aradığı şartlar

248) Yar. 19. HD., 24.6.1992 (E. 1992/2204 - K. 1992/2894).

249) Yar. 13. HD. 26.9.1988 (YHD 10/1988 1477 vd.).

250) Mütekabiliyet "yabancı devletler karşısında bir baskı vasıtası" olarak hizmet görmektedir; RAAPE 137; Mütekabiliyet şartı sadece "aktedilen milletlerarası sözleşmeler bakımından kozları elde tutmak maksadını" taşır; KEGEL: RabelsZ 1975 131.

251) Yabancıların Türkiye'de bulunan taşınmazlardaki temellük ve tevarüs hakları bakımından aranan mütekabiliyet yönünden, yabancının Türkiye'deki hakkı, "o kişinin tebası olduğu Devletin, Türk vatandaşlarına tanıdığı haklar **ölçüsünde** olabilecektir"; Yar. 2. HD., 22.11.1983 (ÖZDEMİR Açıklamalı Gayrimenkul Miras Davaları ve Yabancıların Mülk Edinmeleri, 1986, s. 615 vd., No. 450). 21.6.1989 tarihli Yargıtay HGK ise [E. 1989/8-328, K. 1989/428], bu formüle biraz daha açıklık getirerek, "mütekabiliyetin tüm koşulları itibariyle denk olması" gerektiğinden hareketle, "Uygulama açısından karşılıklı mevzuatın getirdiği düzenlemeler itibariyle mütekabiliyetin eylemli olarak gerçekleşmesinin" de imkân dahilinde olmasını aramıştır (Karar için bkz. İBD 1-2-3/1990 220). Ve Yargıtaya göre, mütekabiliyetin gerçekleşmesinde en önemli nokta "idarî karar veya istisnaî ka-

arasında, Türk mahkeme kararlarının hukuka uygunluğunun da tetkiki ("révision au fond" prensibi) var ise, mütekabiliyetin gerçekleşmesi ihtimali tamamen ortadan kalkar. Öyle ki, "revision au fond" sistemini kabul etmiş devletlerle olan ilişkilerde, mütekabiliyet bulunmadığı için bu devlet mahkemelerinden verilmiş kararlar Türkiye'de prensip olarak tenfiz edilemez.

(2) İlâmın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması (m. 38 b).

Türk mahkemesinin **münhasıran yetkili** olduğu konularda yabancı mahkeme kararının tenfizi mümkün değildir. Türk hukukunda kamu düzenine ilişkin yetki kurallarından bazıları münhasır yetki (kesin yetki) hükmüdür[252]. Meselâ Türkiye'de gayrimenkulün aynına ilişkin davalarda[253] gayrimenkulün bulunduğu yer mahkemesinin yetkisi kesin, yani münhasırdır (HUMK m. 13). Burada önemli olan, Türk hukukundaki kamu düzenine ilişkin her yetki kuralının, münhasır (kesin) bir yetki kuralı olmamasıdır. Yetki kuralının münhasır bir yetki hükmü getirmiş olup olmadığı, yetki kuralının ifadesinden ve konuluş gayesinden hareketle belirlenebilir[254].

---

nunlarla Türk uyruklular bakımından mülkiyet haklarının kısmen veya tamamen sınırlanıp sınırlanmadığının daha açık bir ifade ile fiili durumun belirlenmesidir. Yabancı ülke mevzuatında bir engel olmamakla beraber Türk vatandaşlarının o ülkede taşınmaz mal edinmeleri şu veya bu biçimde fiilen engelleniyorsa, Tapu Kanununun 35. maddesinde açıklanan edinme engelinin bulunmadığını söylemek mümkün değildir": Yar. 2. HD., 11.2.1992, 23.3.1992, 30.6.1992 ve 26.10.1992 (YKD 5/1992 687-688, 6/1992 857-858, 2/1993 179-180 ve İBD 7-8-9/1992 833-835).

252) Bkz. KURU 250 vd..

253) **Miras sebebi ile istihkak davası** da "aynî" bir davadır. Bu itibarla Türkiye'deki gayrimenkullere ilişkin olarak, miras sebebiyle istihkak davası sonucu yabancı bir mahkemeden alınmış olan mahkeme kararının Türkiye'de tenfizine karar verilemez. Bu konuda Türkiye'de yetkili olan miras bırakanın son ikametgâhı mahkemesi, bulunmaması halinde gayrimenkulün bulunduğu yer mahkemesi (MK m. 518 ve MÖHUK m. 30) münhasıran yetkili bir mahkeme olarak vazife görür. Yargıtay da, HUMK m. 13 hükmüne dayanarak aynı anlayıştan hareket etmektedir: bkz. Yar. 2. HD., 10.2.1986 (E. 44/K.782): YHD 9/1987, 1328; ve ileride s. 404, n. 283. Bu sebeple, boşanmaya ve Türkiye'deki bir taşınmazın temlikine karar vermiş olan yabancı bir mahkeme ilâmının sadece "boşanma hükmünün" tanınmasına karar verilebileceğine dair: Yar. 2.HD., 25.1.1996 (YHD 5/1996 845).

254) Meselâ **İş davalarında**, davalının ikametgâhı mahkemesi ile iş yeri mahkemesini yetkili kabul eden hüküm, "işçiyi" korumak gayesi ile konulmuştur ve bu bakımdan da kamu düzeni düşüncesine dayanır. Bu sebeple, bu iki yetkiyi bertaraf eden veya bunların yanında ek yetkili bir mahkeme tesis eden yetki sözleşmeleri geçerli değildir (5521 sayılı İş Mahkemeleri K. m. 5). İç hukukta kamu düzenine dayanan ve kesin bir yetki düzeni tesis eden bu özel yetki kuralı, yabancı mahkeme kararlarının tenfizi alanında da, **işçiyi korumak gayesiyle sınırlı olarak** "münhasır" bir yetki kuralı niteliği kazanır (Yar: HGK., 6.5.1998 (E. 12-287/K.325]). Böylece hem iş yerinin hem de işçinin ikametgâhının Türkiye'de bulunması halinde, işçi **aleyhine** açılan iş davalarına ait yabancı mahkeme kararları Türkiye'de tenfiz edilemez. Ayrıca bkz. yukarıda s. 375 n. 214. Buna mukabil işçiyi koruma gayesiyle sınırlı bir münhasır yetki söz konusu olduğundan, işçinin işveren aleyhine olarak yabancı bir mahkemeden almış olduğu mahkeme kararının Türkiye'de tenfizinin, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi ileri sürülerek önlenememesi gerekir; bkz. Yar. 9. HD., 9.12.1991 (. 13625/K.15885): İHD 1/1992 150 vd. . Aynı anlayış Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun uygulanmasından doğan ihtilaflar için yetkili kılınan **"tüketici mahkemeleri"** için de geçerlidir (4077 s. K. m. 23). Tüketici mahkemelerinin yetkisinin de tüketiciyi koruma maksadıyla sınırlı "münhasır" bir yetki olduğu, bu sebeple tüketiciyi Türk hukukundan daha fazla koruyan hükümlere sahip yabancı bir mahkeme kararının Türkiye'de tenfizinin, Türk tüketici mahkemelerinin münhasır yetkisi ileri sürülerek engellenmesinin maksada uygun bir sonuç vermeyeceği gözden kaçırılmamalıdır.

Yabancı ilâmların tenfizini engelleyecek anlamda münhasır yetki kavramı, iç hukukta kullanılan münhasır (kesin) yetki kavramından farklıdır. Bir yetki kaidesinin yabancı ilâmın tenfizini önleyebilmesi için, bu yetki kaidesinin ihtilaf konusunun sadece **Türk** mahkemelerinde görülmesini sağlamak gayesiyle konulmuş olması ve bunu da temin etmiş bulunması gereklidir. Bu bakımdan Türkiye'deki gayrimenkullerin aynına ilişkin davalarda bu anlamda Türk mahkemelerinin yetkisi münhasırdır (HUMK m. 13). Buna mukabil usul hukukumuzda iç hukuk yönünden münhasır yetki kuralı getirdiği kabul edilen diğer yetki hükümlerinin yabancı ilâmların tenfizini engelleyecek anlamda münhasır bir yetki kaidesi olduğunu ileri sürmek güçtür[255].

Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen konularda, sadece kararı veren mahkemenin tâbi olduğu hukuk nizamı o mahkemenin **milletlerarası yetkisi** hakkında söz sahibi olabilir. Bu bakımdan yabancı mahkeme kararı, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda ise ve kendi hukuk nizamına göre kesin hüküm teşkil etmiş bulunuyorsa, bu kararı veren mahkemenin yetkisi[256] tenfiz hukuku yönünden **tetkik** konusu yapılamaz.

Münhasır yetki esasına dayanan yer itibariyle yetki kaideleri, yetki anlaşması ile yetki kazanmış bulunan yabancı mahkemelerden verilmiş ilâmların tenfizinde de engelleyici bir etkiye sahiptir. Diğer bir söyleyişle yabancı ilâmın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren bir konuda verilmiş olması halinde, yabancı mahkemenin yetkisi tarafların anlaşmasına dayanmış olsa (m. 31) bile, bu ilâmın tenfizi talebi reddedilir.

(3) Hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması (m. 38 c).

Yabancı mahkeme kararının tenfizi için, bu mahkeme kararının Türk kamu düzeninin müdahalesini gerektirebilecek bir hüküm taşımaması da şarttır. An-

---

Yargıtay "hayat sigortalarında" yetkili mahkemeyi belirleyen hükmün (HUMK m.19) konuluş sebebini "ekonomik yönden güçlü bulunan sigorta şirketlerine karşı kişileri korumak" olarak tesbit ettikten sonra, sigorta ettiren tarafından sigortacı aleyhine açılacak davanın o şahsın kendi ikametgahında açabileceğine ilişkin hükmün, yetki sözleşmeleriyle bertaraf edilemeyeceğini kabul etmek suretiyle, **hayat sigortalarında** sigorta ettirenin ikametgahı mahkemesinin yetkisini **sigorta ettireni korumak maksadıyla sınırlı** "münhasır" bir yetki kuralı haline getirmiştir (Yar. 11.HD., 19.6.1997: YHD 194-1/1998 80).

255) Nitekim Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 19'uncu maddesi (sigorta mukavelelerinden doğan ihtilaf) ile Ecnebi Anonim ve Sermayesi Eshama Münkasem Şirketler ile Ecnebi Sigorta Şirketleri hakkındaki 1330 tarihli Muvakkat Kanunun 10'uncu maddesinde (şirkete ait ihtilaflar) yer alan yetki hükümlerinin yabancı ilâmların tenfizini engelleyici münhasır yetki hükümleri sayılamıyacağı hakkında bkz. SAKMAR Yabancı İlâmlar 100 vd.. Diğer yandan, **mirasa ilişkin davalarda**, MÖHUK m. 30 hükmünün, terekenin Türkiye'de bulunması halinde, bu tereke malları üzerinde Türk mahkemelerinin "kesin (münhasır) yetkisini" tesis ettiğini ileri süren görüşün (ÇELİKEL[4] 312; ŞANLI Verâset İlâmları 300) kabulü ise, Türkiye'de bulunan menkul tereke hakkında verilmiş yabancı "ilâmların" dahi Türkiye'de tanınması ve tenfizini engeller, ki bu sonuç Türk yetki ve tenfiz sistemine tamamen ters düşer. Kaldı ki, yetki kuralının "kademeli" olmasının da, diğer kademeli yetki kurallarında [mesela Türklerin (m. 28) veya yabancıların kişi hallerine (m. 29) ilişkin davalarda] olduğu üzere, yetki kuralının "kesin" (münhasır) yetki kuralı olmasını gerektirmiyeceği açık bir husustur.

256) Bu sebeple, yabancı ülkelerdeki gayrimenkullerin aynına ilişkin yabancı mahkeme kararlarının "tanınmasının" **engellenmesini** gerektirecek hukukî bir düşünce de mevcut değildir; bkz. yukarıda s. 352 ve n. 155.

cak kamu düzeni kavramının hudutlarının kesin olarak çizilememesinden istifade edilerek uygulamada kötüye kullanılmasını önlemek maksadıyla, kamu düzenine aykırılığın "açıkça" belli olması aranmıştır.

Yabancı kararların tenfizinde kullanılan formül, yabancı kanunların uygulanmasında kullanılan formülden (m. 5) farklı değildir. Ancak yabancı kararların tenfizinde kamu düzeni yabancı bir mahkeme kararının tenfizini önlemekte, buna mukabil yabancı kanunların tatbikinde kamu düzeni yabancı bir kanun hükmünün uygulanmasına engel olmaktadır. Bu sebeple, bir yabancı mahkeme kararının tenfizi, Türk kanunlarında yer alan bir kanun hükmüne veya kamu düzenine aykırı kabul edilen yabancı kanun hükmünün uygulanmış olmasına dayanılarak reddedilemez. Burada reddi temin edebilecek tek imkân yabancı mahkeme "hükmünün" Türk **kamu düzenine açıkça aykırı** olmasıdır[257]. Bu formül her olayda tenfiz hâkimine bırakılmış belirsiz bir takdir alanı meydana getirmektedir.

257) Tarafları yabancı olan ve yabancı mahkemeden verilmiş bulunan bir boşanma kararında, boşanma sebebinin gösterilmemiş olması veya boşanma hükmünün tarafların iradelerine bağlı olması, tanıma ve tenfiz bakımından herhangi bir rol oynamaz. Bununla beraber tarafların Türk vatandaşı olması ve yabancı bir kanun hükmünün tatbiki sebebiyle tarafların anlaşmasına bağlı olarak boşanmaya karar verilmesi halinde, aleyhine tanınma ve tenfiz istenen Türk vatandaşının itirazı olmadığı sürece 38'inci maddenin (e) bendi dikkate alınamaz ise de, Türk tarafların anlaşma yoluyla boşanmayı temin etmiş olması vakıasının Türk kamu düzeni ile bağdaşıp bağdaşmıyacağı tereddüt uyandırmıştır. Nitekim Yargıtay, hatta taraflardan birinin Türk vatandaşı olduğu olaylarda da yabancı boşanma kararını, tarafların iradelerini dikkate almış bulunuyor ise, kamu düzenini ihlâl ettiği gerekçesiyle tanımama ve tenfiz etmeme yolunu seçmiş (farklı anlamda: Yar. 2. HD., 26.5.1986; İBD 1-2-3/1987 139) gözükmektedir; bkz. Yar. 2. HD., 15.5.1984 (YKD 9/1984 1356/1357) ve bu kararın tenkidi için: NOMER Rızaî Boşanma ve Kamu Düzeni: MHB 2/1984 94 vd..

Halbuki tarafların veya taraflardan birinin Türk vatandaşı olması, yabancı mahkeme kararının dayandığı hukukî sebepleri ve vakıaları tetkik ve değerlendirme yetkisini tenfiz mahkemesine vermiş olmaz. Tenfiz mahkemesinin yetkisi sadece boşanma kararında nihaî olarak varılan "hükmün" kamu düzenine aykırılığını tetkik etmektir. Bu "hüküm" ise, evlilik bağını sona erdiren boşanma hükmüdür. Bir boşanma hükmünün ise Türk kamu düzenine aykırılığını ileri sürmek herhalde mümkün değildir. Diğer yandan, kanun koyucuya, tarafların iradelerini nazara alarak boşanmayı temin eden bir düzenleme getirmesi için (Türk Medenî Kanunu Öntasarısı m. 130) baskı yapan bir kamu oyunun kendisini kuvvetle hissettirdiği bir dönemde, tarafların iradelerini de dikkate almış bulunduğu için yabancı bir boşanma kararını Türk kamu düzenine aykırı görmek doğru değil idi.

Ancak bugün, Türk boşanma hukukunda da tarafların iradelerine bağlı olarak boşanmanın kabul edilmesinden sonra (MK [3444 sayılı K. ile değişik] m. 134 III), Yargıtay'ın, tarafların iradelerini dikkate alarak veya onların anlaşmalarına bağlı olarak verilmiş olan yabancı boşanma kararlarının tanınma ve tenfizini –tarafları ister Türk isterse yabancı olsun– kamu düzenine aykırılık sebebiyle reddetmesi mümkün değildir.

Buna mukabil, Türk tarafların, Türk boşanma hukukunun hükümlerinden kaçmak ve kurtulmak gayesiyle, yabancı bir mahkemeden rızaî boşanmaya dayanan bir boşanma kararı elde etmeleri halinde, bunun "Türk boşanma hükümlerine" karşı bir "kanuna karşı hile" teşkil ettiği ve bu sebeple kamu düzenine istinad edilmesi düşünülebilirdi. Ancak burada da tarafların Türk boşanma hükümlerinden kurtulmak gayesiyle hareket ettiklerini tesbit fevkalade güç bir olaydır. Kaldı ki, taraflar zaten bu yola gitmeden de, anlaşmak suretiyle, geçimsizlik gibi bir boşanma sebebi ileri sürerek, fiilen Türk mahkemelerinden kolaylıkla boşanma kararı alabilmekteydiler.

Bütün bu sebeplerden dolayı, tarafların boşanma iradelerini de değerlendirerek tarafların boşanmalarına karar vermiş bulunan yabancı bir boşanma kararının niçin Türk kamu düzenine aykırı olacağı anlaşılır bir düşünce tarzı değildi.

Yabancı mahkeme kararının Türkiye'de tenfizinin Türk kamu düzenine aykırılığı, bu kararda yer alan **hükmün** değerlendirilmesine bağlı olarak tesbit edilebilir. Yabancı mahkeme tarafından uygulanmış olan kanun hükümlerinin Türk hukukundakilerden farklı olması kamu düzenine aykırılık olarak görülemez. Tenfiz talebinin reddi için, yabancı mahkeme kararının kamu düzenine; Yargıtay'ın ifadesiyle, "toplumun huzurlu ve uyumlu bir yaşam sürebilmesi için uyulması zorunlu hukukî, ahlâkî ve vicdanî temel kurallarına açıkça aykırılık hâlini oluşturacak bir eda emrini taşıması" gerekir. Bu bakımdan, Yargıtay'a göre, "kanunun icabı hâle göre hâkime verdiği takdir yetkisi karşısında velâyeti babaya bırakılan çocuk ile anne arasında şahsî ilişki kurulmaması kamu düzenine açık aykırılık oluşturmaz. Buna mukabil yabancı mahkeme kararında varılan hükmün dayandığı kanun hükmü, Türk hukukunun **temel prensipleriyle** uyuşmamakta, meselâ hile ve ikrah sebebiyle aktin feshine ilişkin bir düzenlemeyi kabul etmemekte ise Türk kamu düzeninin müdahalesi beklenebilir. Ve meselâ, sadece ana ve babanın anlaşmasını dikkate alarak, çocuğun velâyeti hakkında karara varan yabancı mahkeme hükmü, Türk hukukunda velâyetin tevdiinde çocuğun menfaatini temel alan ilke uyarınca (MK m. 148), Türk kamu düzenine açık bir aykırılık olarak görülmüştür[258]. Yabancı bir mahkeme kararının verilmesinde mahkemenin takip ettiği usul de, Türk usul hukukunun dayandığı temel prensipleri ihlâl edici ise aynı şekilde Türk kamu düzeninin müdahalesiyle karşılaşabilir. Prensip olarak her mahkeme kendi usul hükümlerini uygular. Bu sebeple yabancı mahkemenin tatbik ettiği usulün Türk usul hukukundan farklı olması Türk kamu düzeninin müdahalesi için bir gerekçe değildir. Aynı ilke, yabancı mahkeme kararında uygulanan ispat hukukuna ait kurallar bakımından da geçerlidir. Eğer yabancı mahkeme kararı, Türk hukuk anlayışına göre normal bir hukuk devletinde olabilecek bir usul düzeninden ve ispat hukuku kurallarından farklı bir usul içerisinde verilmiş ise[259] Türk kamu düzeninin müdahalesiyle redde uğrayabilir. Özellikle, taraflara yeterli derecede kendilerini savunma imkânı vermeyen bir usul sistemi içinde verilmiş yabancı bir mahkeme kararı için bu red söz konusu olabilir.

Yabancı mahkeme kararında hükmün kamu düzenine aykırılığında, davada tesbit edilmiş ve hükmün gerekçesinde yer almış maddî vakıalar da etkili olabilir. Yabancı mahkeme kararında tesbit ve değerlendirmeye tâbi tutulan maddî vakıalar ile "hüküm" arasında bir illiyet veya uygunluk rabıtası mevcut değil ise, bu durum kamu düzeninin müdahalesine sebep olabilir. Şüphesiz tenfiz hâkimi, yabancı mahkeme kararında tesbit edilen maddî vakıaları tetkik ve değerlendirme yetkisine sahip değildir. Sadece, tesbit edilmiş bulunan

---

258) Yar. 2.HD., 17.2.1997 (E. 675/K.1633): YHD 186-5/1997 739; Yar. 2. HD., 28.2.1991 (E.2108/K.3555): İKİD 369/1991 8216.

259) Aynı anlamda , OLG Köln, 16.9.1996: IPRax 2/1998 116. Amerikan hukukunda kullanılan "mere prensence", "in-state service of process" veya "transient rule" gibi "aşırı" yetki ("exorbitant jurisdiction" ve muhtemelen "long arm status" [bkz. SIEG Internationale Anerkennungszuständigkeit bei US-amerikanischen Urteilen: IPRax 2/96 78/79]) kurallarına dayanılarak yetki kazanmış Amerikan mahkemelerince verilmiş kararların tenfizi, bu yetkinin Türk usul hukuku anlayışına göre bir hukuk devletinin normal yetki düzenine aykırı düşmesi sebebiyle redde uğrayabilir. Ve bkz. ileride n. 264.

maddî vakıalar ile hüküm arasındaki uygunsuzluğu (çelişkiyi veya illiyetsizliği) araştırıp, belirleyebilir. Tenfiz hâkimi yabancı mahkemenin hâkimi tarafından tesbit ve değerlendirilmiş maddî vakıalardan hareket etmek mecburiyetinde olduğu için, Türk kamu düzenine aykırılık iddiasında bulunan taraflarca yeni vakıalar ve deliller de ileri sürülemez. Kaide, yabancı hükmün, *olduğu şekliyle*, Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edip etmediğini tetkiktir. Bu bakımdan tenfiz hâkiminin (b) ve (d) ve (e) bendlerinde aranan şartların tetkikindeki yetkisi kamu düzenine aykırılığın tesbitindekinden daha farklıdır. Bu şartlarda tenfiz hâkimi özel nitelikteki tetkiklerini yapabilmesi bakımından, yabancı hâkimin maddî tesbitleri ile bağlı değildir. Bu şartların tetkikinde diğer hukukî unsurların varlığından hareket etmesi şartların niteliği gereğidir. Tenfizi istenen yabancı ilâmın Türk mahkemelerinden verilmiş bir karar ile bağdaşmaması da mümkündür. Böyle bir durumda, yabancı ilâmın Türk mahkeme kararı ile bağdaşmayan hükümlerinin Türkiye'de tenfizine gidilemez[260]. Aksine hareket Türk kamu düzeninin açıkça ihlâline sebep olur.

Bununla beraber, yabancı ilâm hakkında tenfiz kararı verilmiş bulunuyor ise ve bu ilâm Türk mahkemelerinden verilmiş ve kesinleşmiş bir ilâm ile vardıkları sonuçlar bakımından uyuşmamakta ise yargılamanın iadesine sebep teşkil eder (HUMK m. 445/10). Zira tenfizine karar verilen yabancı ilâmlar da Türk mahkemelerinden verilen kararlar gibi kesin hükmün bütün sonuçlarını meydana getirirler. Bu bakımdan yargılamanın iadesine sebep teşkil edebilecek nitelikte bir ilâm niteliğini taşırlar[261].

Bütün bu söylenenlere rağmen, kamu düzeninin hangi hallerde yabancı ilâmın tenfizine engel olacağı meselesi geniş ölçüde hâkimin takdirine kalmış olmaktadır. Bu bakımdan kamu düzeni engelinin "açıkça" belirlenmediği hallerde kullanılmaması Kanununun anlayışına uygun düşer[262].

(4) Kendisine karşı tenfiz istenen tarafın savunma hakkına ilişkin usulî işlemlere uyulmuş olması (m. 38 d).

Kendisine karşı tenfiz istenen kişi, hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş veya usulüne aykırı şekilde gıyapta hüküm verilmiş ise, savunma hakkının ihlâl edilmiş olabileceği kabul edilmektedir. Sayılan bu usulî işlemlerin usulüne uygun yapılmamış olması, yabancı mahkeme kararının tenfizinin reddi için yeterlidir. Yapılan usulsüzlük sebebiyle, ayrıca davalının savunma hakkınının ihlâl edilmiş olması aranmaz. Savunma hakkına etkili bu gibi usulî işlemlerin, usulüne uygun şekilde yapılmış olup olmadığı, hükmü veren mahkemenin hukukuna göre tesbit edilir.

260) Yar. 2. HD., 8.12.1993 (E. 9648/K.11903).

261) Yar. 2. HD., 15.11.1984 (YKD 2/1985 185 vd.).

262) **Avrupa Topluluk hukuku**, üye devletler için "yabancı" bir hukuk değildir. Üye devletlerde, üye devletlere ait hukuk yanında ikinci bir normlar sistemidir. O halde, topluluk hukukuna dayanılarak verilmiş olan yabancı bir mahkeme kararının tenfizi, mahallî kamu düzeninin müdahalesiyle önlenemez. Bkz. ZULEEG Das Recht der Europäischen Gemeinschaften Bereich 1969, 388.

Savunma hakkına etkili bu gibi usulî işlemler, usulüne uygun olarak yerine getirilmemiş olsa dahi, savunma hakkının ihlâlinin ortaya çıkmaması ihtimali mevcuttur. Meselâ, davalı davaya **iştirak etmiş** bulunuyor ise, tebligatın usulüne uygun yapılmış olup olmaması, hatta hiç yapılmamış olması dahi önemini kaybetmektedir. Davaya iştirak, onun davadan haberdar olduğu ve aleyhine ikame edilen davaya iştirak ederek, aleyhine ikame edilen davaya karşı kendisini savunma imkânına ulaştığı anlamına gelmektedir.

Savunma hakkına ilişkin bu gibi usulî işlemlerin usulüne uygun yapılmaması halinde dahi, savunma hakkının ihlâlinin ortaya çıkmama ihtimali bulunduğundan, bu gibi usulsüzlüklerin incelenmesi, ancak aleyhine tenfiz talep edilen tarafın bu konuda "itiraz" etmesi şartına bağlanmıştır. Bu sebeple, tenfize hükmedecek olan Türk mahkemesi bu usulî işlemlerin usulüne uygun şekilde yapılmış olması şartını re'sen araştıramaz[263].

Bununla beraber, savunma hakkını etkileyen ve Kanunda sayılan (m. 38 d) bu usulî işlemlerin veya yabancı mahkemece uygulanan diğer usulî işlemlerin, -ister usulüne uygun yapılsın isterse yapılmasın-, Türk usul hukuku anlayışına göre savunma hakkını ihlâl ettiği tenfiz hâkimince tesbit edilirse, bu sefer Türk kamu düzenine aykırılığın meydana gelebileceği (m. 38 c) ve bu sebeble, davalının itirazına bağlı olmaksızın, hâkim tarafından re'sen dikkate alınarak tenfiz talebinin reddine gidilebileceği gözden uzak tutulmamalıdır. Yabancı mahkemenin hukukuna uygun olsa dahi, meselâ aleyhine karar alınmış olan davalıya karşı **ilân yoluyla** yapılmış bir tebligat "savunma hakkını ihlâl" edebilecek bir işlem olarak görülebilir; meğerki, davalı ilânen yapılmış tebligattan sonra davaya iştirak etmiş olsun[264].

(5) Türklerin kişi hallerine ilişkin davalarında Türk kanunlar ihtilafı kaidelerinin gösterdiği hukukun uygulanmış olması (m. 38 e).

Bu şart Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin ihtilaflarında onların Türk kanunlarının himayesi altında tutulması maksadını taşır. Kişi hallerine ilişkin konularda Türk kanunlar ihtilafı sistemi prensip olarak millî hukuku esas aldığından, Türk vatandaşlarına da Türk maddî hukukunun tatbiki temin edilmiş olmaktadır. Ancak Türk kanunlar ihtilafı kaidelerinin göstermiş olduğu hukukun Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin ihtilaflarında uygulanmamış olması, davalı durumda olan Türk vatandaşının tenfize bu noktadan "itiraz" etmesi halinde yabancı mahkeme kararının reddini gerektirir. Tenfiz kararı verecek olan mahkeme bu hususu re'sen dikkate alamaz.

263) Yar. 2. HD., 25.6.1987 (E.4539/K.5571): YHD 10/1988 1457/1458.

264) Yargıtay, Alman mahkemesince, davalının usulen çağrılmamasını ve geldiğinde dinlenmeden karar verilmesini Türk kamu düzenini doğrudan ilgilendiren bir durum olarak mütalaa etmiştir; 2. HD., 19.1.1987 (YALÇINKAYA / KALELİ Boşanma Hukuku II 1988, s. 2017 vd., No. 1434). Alman Federal mahkemesi de bir kararında (BGH, 10.7.1986: IPRax 4/1987 237 vd.), davacının, Almanya'da oturan davalıyı aldatarak yabancı mahkemede açılan davada kendisini savunmasını önlemesinden sonra, yabancı mahkemenin yine aldatılması ile elde edilen yabancı bir mahkeme hükmünü kamu düzenine aykırı bulmuştur. Türk Yargıtay'ı da hasımlı olması gereken tanıma davasının hasımsız açılması sonucu karşı tarafın yargılama dışında tutularak hüküm alınmasını, taraf hilesi olarak değerlendirerek, yargılamanın iadesi sebebi görmüştür (Yar. 2.HD., 11.3.1996: YHD 183-2/1997 297).

Kanun evlilik, evliliğin hükümsüzlüğü ve butları, boşanma, nesep gibi **kişi hallerine** ilişkin konularda **Türk kanunlar ihtilafı kurallarının** kullanılmasını, davalı durumda olan **Türk vatandaşının himayesi** bakımından bir teminat olarak kabul etmektedir. Kanunun ilgili hükmü, yabancı hâkimin kendi hukukuna uygun olarak Türk kanunlar ihtilafı kaidelerini uygulamış olup olmadığı üzerinde durmamaktadır. Aradığı tek şart, davalının Türk vatandaşı olması halinde, Türk kanunlar ihtilafı kaidelerine göre uygulanması gereken hukukun tatbik edilmiş olup olmamasıdır. Bu hukukun tatbiki sonucunda davalı Türk vatandaşı lehine veya aleyhine bir hüküm çıkması da önemli gözükmemektedir. Bu durum hiç şüphe yok ki, Türk kanunlar ihtilafı kaidelerinin emrettiği hukukun uygulanmasının Türk vatandaşı için bir himaye teşkil etmesi maksadı ile uyuşmamaktadır. Şu halde, tenfiz hâkiminin görevi sadece Türk kanunlar ihtilafı kurallarının emrettiği hukukun uygulanmış olup olmadığını tetkik ile sınırlı olmamalıdır. Diğer bir söyleyişle, Türk kanunlar ihtilafı kaidelerinin tatbikini emrettiği maddî hukukun gerçekten uygulanmış olup olmadığının belirlenmesi gerekir[265]. Bu itibarla uygulanan hukukun Türk davalı aleyhine olmak üzere hatalı veya yanlış tatbik edilmiş olmasını da tenfiz hâkimi tetkik etmelidir. Aksi halde Kanunun maksadını teşkil eden davalı Türk vatandaşını himayeden tamamen kaçınılmış olur. Bu himayeden, davalı Türk vatandaşı "itiraz" hakkını kullanmamakla vazgeçebilir. Bununla beraber, itiraz hakkından Türk vatandaşının önceden feragat etmesi, yani (e) bendinde yer alan itiraz hakkını kullanmıyacağına dair taahhütte bulunması hükümsüzdür[266].

Türk vatandaşı davalının itiraz etmesi halinde, tenfiz hâkimi Türk kanunlar ihtilafı kaidelerine göre uygulanması gerekli hukukun uygulanmış olup olmadığını ve bu hukukun **davalı Türk vatandaşı aleyhine** hatalı ve yanlış uygulanmış olup olmadığını tetkik mecburiyetinde (révision au fond) kalacağından[267], yabancı kararı veren mahkemenin **"vakıa tesbitlerine"** ve **"hukukî düşüncelerine"** bağlı olmaksızın sonuca varabilecektir. Bu sebeple davalı Türk vatandaşı kendi aleyhine hatalı ve yanlış karar verildiğini isbat edebilmek için,

265) "Tenfize karar verilebilmesi için yabancı mahkeme kararında Türk hukukuna ya da ilgili maddeye atıfta bulunulması yeterli olmayıp Türk hukukunun **gerçekten** uygulandığının kanıtlanması zorunludur"; Yar. 2. HD., 14.4.1987 (YALÇINKAYA / KALELİ Boşanma Hukuku II 1988, 2016 vd.. No. 1432). Yabancı mahkeme kararından "Türk hukukunun yanlış uygulandığının açıkça anlaşılması halinde" hükmün kamu düzenine açıkça aykırı olacağı görüşü için GÜRZUMAR, A. Türk Devletler Özel hukuku Açısından Boşanma Davalarında Kamu Düzeninin Etkisi: MHB 1-2/1994 49. Farklı olarak, tanıma ve tenfizde sonucun önemi üzerinde duran görüş için bkz. ÖZDEMİR Yabancı Mahkeme Boşanma Kararının Türkiye'de Tanınması, YD 1-2/1994 123. Buna mukabil, Türk hukukunun yabancı mahkemece yapılan yorumunun inceleme konusu yapılamayacağı hakkında: Yar. 2.HD., 27.10.1995 (YKD 4/1996 529 vd.).

266) Yargıtay, 15.4.1985 tarihli bir kararında, "tarafların Türk tabiiyetinde bulunmalarına rağmen 1975 yılından bu yana Hollanda'da kaldıkları, çalıştıkları ve davacının kendi ülkesiyle olan ciddî sosyal bağların kopmuş olduğu gerekçesiyle", Türk hukuku yerine Hollanda kanunlarını uygulayan Hollanda mahkemesinin boşanma kararının tenfizinin reddini haklı görmüştür: 2. HD., 15.4.1985 (YALÇINKAYA / KALELİ Boşanma Hukuku II 1988, 2021 vd., No. 1443). Tanıma ve tenfizde sonucun önemi üzerinde duran görüş için bkz. ÖZDEMİR Yabancı Mahkeme Boşanma Kararının Türkiye'de Tanınması: YD 1-2/1994 123.

267) Farklı görüş: ERDEM Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 38. Madde (E) Bendinin İncelenmesi ve Bu Bendin Yarattığı Sorunlar: M. Belik'e Armağan 1993, 119 vd.

özellikle davada dikkate alınmamış bulunan yeni vakıaları da ileri sürebilme imkanına sahip olacaktır. Bu durum, (e) bendinin sadece bir usulî şart taşımaması, fakat aynı zamanda maddî hukuka ilişkin bir hüküm olmasının tabiî sonucu olmaktadır.

Mahkeme 38 inci maddede yer alan **şartların** gerçekleşmiş olup olmadığını **prensip olarak** re'sen tetkik mecburiyetindedir. Bunun istisnası 38'inci maddenin (d) ve (e) bendlerinde yer alan şartlardır. Savunma hakkı ihlale uğrayan kişi ile münhasıran Türk vatandaşı olan kişi lehine olarak tesis edilmiş bulunan bu iki şartın gerçekleşmiş olup olmadığı, ilgili tarafın **itirazına** bağlı olarak incelenebilir. Şu halde prensip olarak, "re'sen araştırma prensibi" geçerlidir. Bundan çıkan sonuç şu olmaktadır: Taraflar Kanunun aradığı şartların tetkikinden feragat edemezler. Meğerki, tenfiz talebinde bulunan tenfiz davasından vazgeçsin. Mahkeme, istisnaları dışında, 38 inci maddenin aradığı tenfiz şartlarını re'sen tetkik etmek mecburiyetinde olduğuna göre, bu şartların gerçekleşmiş olduğu hususunda taraflara bir **isbat külfeti** yükletilemez. Sadece bu noktada, mevcut hukukî durum, yabancı hukukun tesbitindeki hukukî duruma benzemektedir[268]. Gerçi davacı tenfiz şartlarının bulunduğunu isbat mecburiyetinde değildir, fakat şüphesiz yabancı kararın tenfizi için lâzım gelen her şeyi davacı yapmak durumundadır. Zira şartların gerçekleşmiş olduğu tesbit edilemez ise, bunun zararını bizzat davacı çekecektir.

Yukarıda belirtilen şartların[269] mevcudiyeti halinde yetkili[270] asliye mahkemesi (m. 35), tenfiz kararı vermek mecburiyetindedir. Tenfiz hâkimi yabancı kararın *maddî hukuk bakımından* doğruluğunu –m. 38 e dışında– tetkik edemez ("révision au fond" yasağı). Bu yasak, 38'inci maddenin (d) bendinde yer alan hüküm istisna edilmek şartıyla, yabancı mahkemenin kendi *usul hükümlerini* doğru tatbik edip etmediğini tetkik için de geçerlidir. Yabancı

268) Bkz. yukarıda s. 164 vd..

269) "Tenfiz talebi dava yoluyla talep edildiğinden (MÖHUK m. 35 ve 36), HUMK m. 97 ve MÖHUK m. 32'de yer alan teminat hükümleri burada da nazara alınır.

270) "Tenfiz kararı vermek görevi" Asliye Mahkemesine verilmiştir. "Görev kamu düzenine ilişkin" bulunmaktadır; Yar. 2. HD., 16.10.1984 (İBD 1-2-3/1985 215/216). Konusu itibariyle Türk hukuku bakımından ticarî dava niteliğinde olsa dahi, yabancı mahkeme kararlarının tenfizi davaları Asliye Ticaret Mahkemelerinde değil, fakat Asliye Hukuk Mahkemelerinde görülmelidir; Bkz. ŞANLI Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davalarında Tahsil Olunacak "Karar ve İlâm Harcı"na ve Ticaret Mahkemelerinin Bulunduğu Yerlerde "Görevli Mahkeme"ye İlişkin Bazı Sorunlar (İBD 10-11-12/1993 768); farklı: KURU Hukuk Muhakemeleri Usulü 4 1991, 3927. Kendi görev alanına giren konularda, İş Mahkemelerinin de tenfiz kararı verebileceğine dair bkz. Yar. 9. HD., 9.12.1991 (İHD 1/1992 151).

Yetkili Asliye Mahkemesi "kendisine karşı tenfiz istenen kişinin", yani davalının ikametgâhı, yoksa sakin olduğu yer mahkemesi, Türkiye'de ikametgâhı veya sakin olduğu bir yer mevcut değilse, Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden biridir (m. 35 II). Davalının Türkiye'de malvarlığının bulunup bulunmaması, yetkili tenfiz mahkemesinin yetkisi üzerinde etkili değildir.

Tanıma ve tenfiz davası, yabancı mahkeme kararında belirli bir meblağın ödenmesine hükmolunmuş ise, hüküm altına alınan ve davacı tarafından tenfizi talep edilen miktar üzerinden nisbî harca; yabancı mahkeme kararı sadece inşaî bir hüküm taşımakta ise, yabancı kararın Türk hukukundaki niteliği dikkate alınarak maktu harca tâbi olacaktır (492 sayılı Harçlar Kanunu m. 4).

mahkeme hükmünün kamu düzenine aykırı olmaması şartı da, yabancı mahkeme kararının maddî doğruluğunu tetkik için bir sebep teşkil etmez. Burada sadece yabancı hükmün tanınma ve tenfizinin Türk kamu düzenine aykırı sonuçlar meydana getirip getirmiyeceği meselesi tetkik edilir. 38'inci maddedeki şartlardan birinin veya bir kaçının bulunmaması halinde tenfiz talebinin reddine karar verilir. Ancak yabancı mahkeme kararı, bazı hükümleri bakımından reddi gerektiren bir sebeple karşılaşırsa, meselâ kamu düzenine aykırı bir hüküm söz konusu ise, yabancı mahkeme kararının kısmen tenfizine karar verilebilir.

Ayrıca davalı taraf da, yabancı mahkeme ilâmının kısmen veya tamamen yerine getirilmiş olduğunu veya yerine getirilmesine engel hukukî bir durumun[271] ortaya çıktığını ileri sürerek tenfiz talebine itiraz edebilir. Şüphesiz tenfiz şartlarının gerçekleşmediği de davalı tarafından itiraz konusu yapılabilir (m. 39 II).

Şu halde, yetkili asliye mahkemesince, yabancı mahkeme ilâmının "kısmen" veya "tamamen" tenfizine ya da tenfiz talebinin bütünü ile "reddine" karar verilebilir (m. 40)[272].

> Yetkili mahkemenin tenfiz şartları dışında yabancı mahkeme ilâmının muhtevası üzerinde tetkikte bulunma imkânı yoktur. Türk hukuku, mahkemeye, yabancı mahkeme ilâmının hukuka uygunluğunu tetkik ve dolayısıyla yabancı ilâmlar üzerinde "révision" hakkı vermemiştir. Yabancı mahkeme kararının maddî vakıaların takdirî bakımından veya kanunun tatbiki yönünden hatalı olup olmadığı tenfiz kararı verecek mahkemece tetkik edilemez[273]. Bu konularda yapılacak itirazlar da nazara alınamaz.

Tenfizine karar verilen yabancı ilâmlar Türk mahkemelerinden verilmiş ilâmlar gibi icra olunur. Tenfiz talebinin kabulü veya reddine ilişkin kararların temyizi de genel hükümlere tâbidir. Temyiz yabancı mahkeme ilâmının tenfizini durdurur (m. 41).

5. Yabancı bir mahkeme ilâmının **tanınması**, yani *kesin hüküm* veya *kesin delil* olarak ileri sürülmesi, ilâmın tenfiz şartlarını taşıdığının yetkili mahkemece tesbitine bağlı tutulmuştur (m. 42 I).

> **Kesin hüküm kuvvetinin** ileri sürülebilmesi özellikle yenilik doğurucu (inşaî) kararlar bakımından önem taşır. Bu gibi kararların yenilik doğurucu etkisi, ve-

271) Tenfize engel olabilecek hukukî durumların, hukukumuzda yer alan "iadei muhakeme" sebeplerine (HUMK m. 445) istinad edebileceği hakkında bkz. SAKMAR Yabancı İlâmlar 138.

272) Tenfizi reddedilen yabancı bir mahkeme kararının konusu, yetkili Türk mahkemesinde yeniden dava konusu yapılabilir. Ancak tenfizi talep edilen yabancı bir mahkeme kararı esas alınarak yeni bir hüküm tesisi yapılamaz (bkz. Yar. 2.HD. 9.2.1999 [98/13832-99/802]: YKD 5/1999 606).

273) Bkz. yukarıda s. 394 vd..

rildiği (ve kesinleştiği) andan itibaren kendiliğinden doğduğu için tenfiz edilmelerine gerek yoktur[274]. Bu bakımdan, yabancı bir mahkeme ilâmının sahip olduğu kesin hüküm kuvveti yabancı ilâmın tanınma anından itibaren değil, fakat verildiği ülke hukukuna göre kesinleştiği tarihten itibaren tanındığı ülkede de hukukî güç kazanır.

Yabancı bir mahkeme ilâmının **kesin delil** olarak ileri sürülmesi, görülmekte olan bir davada yabancı mahkeme ilâmının genellikle davalı tarafından dermeyanı şeklinde olur. Ve taşıdığı hüküm bakımından kesin bir delil etkisine sahip olur veya konusu, sebebi ve tarafları aynı olan bir davanın açılmasına engel olur[275].

(a) Yabancı bir ilâmın tanınmasında, onun tenfiz şartlarına sahip olması aranmakla beraber, tanımanın tenfizden farklı niteliği, tenfizde aranan şartların tamamının burada da aranmasını imkânsız kılar.

Öncelikle mütekabiliyet şartı (m. 38 a) yabancı ilâmların tanınmasında aranamaz (m. 42 I).

Gerçekten de, malvarlığı hukukuna ait bir talebi karşılamayan ve yenilik doğurucu bir hüküm karakterinde olan yabancı ilâmların **tanınmasını** mütekabiliyet esasına tâbi tutmak[276] doğru görülemez. Hukuk alanında varlığını ipso iure kabul ettirmiş olan yenilik doğurucu bir hükmün mütekabiliyet gibi hukukî olmaktan çok hukuk politikasına ait bir şartla yok sayılması genel hukuk prensipleriyle de bağdaşmaz.

Kanunumuza göre, tenfizde savunma hakkının kullanılmasına ilişkin olarak kabul edilmiş ve ilgili tarafın itirazına bağlanmış olan şart (m. 38 d) da, tanınmada aranmayacaktır (m. 42 I).

Bununla beraber, savunma hakkının ihlâl edilmiş olması, yabancı ilâmın **kamu düzenine** aykırı görüleceği hallerin en önemlisi telakki edilebileceğinden[277] yabancı ilâmın tanınması bu yönden mümkün olmayacaktır (m. 38 c). O kadar ki, tenfiz için diğer tarafın itirazına ihtiyaç varken, tanınmada kamu düzeninin ihlâline dayanıldığı için böyle bir itirazın yapılması da gerekmiyecektir.

Sonuç olarak mütekabiliyet şartı ile savunma hakkına ilişkin şart dışında kalan tenfize ait diğer şartlar tanınmada da aynen aranacaktır.

---

274) KURU 939. **İngiliz hukukundaki** "in rem" hükümlerin, yani bir şahsın veya bir şeyin statüsünü belirleyen mahkeme kararlarının da, hukukumuzdaki inşaî kararların muadili olarak, tenfizi değil, fakat tanınması söz konusudur; BUDAK Kara Avrupası ve Anglo-Amerikan Hukuklarında Kesin Hüküm: Türkiye ve İngiltere Örnekleri 1991, 8, 44 (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi).

275) Bkz. SAKMAR Yabancı İlâmlar 152 vd..

276) Meselâ **Alman** usul kanunu tanınmanın şartlarından biri olarak mütekabiliyeti aramıştır (ZPO § 328/5). Ancak mütekabiliyetin mevcut olmaması, malvarlığı hukukuna ait bir talebi ihtiva etmeyen hükümlerin tanınmasına engel teşkil etmez (§ 328 II).

277) SAKMAR Yabancı İlâmlar 73.

Milletlerarası Kişi Halleri Komisyonu tarafından hazırlanmış olan ve Türkiye'nin de katılmış bulunduğu 8 Eylül 1967 tarihli **Evlilik Bağına İlişkin Kararların Tanınması Hakkındaki Sözleşme**[278], evlilik bağının zevaline, gevşetilmesine, varlığına veya yokluğuna ilişkin olarak verilmiş kararların diğer âkit ülkelerde de, kararı veren devletteki kudreti ile tanınmasını bazı şartlara (m. 2-5) bağlı olarak kabul etmiştir (m. 1).

20 Mayıs 1980 tarihli **Küçüklerin Velâyetine ve Velâyet İlişkisinin Yeniden Kurulmasına Ait Kararların Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki Lüksemburg Avrupa Sözleşmesi**[278a], âkit devletlerin idarî veya adlî makamları tarafından verilmiş, küçüğün *velâyetine* ilişkin kararların tanınmasını ve tenfizini düzenlemiştir. Küçüğün ikametini ve kişisel ilişkilerini düzenleyen kararlar da Sözleşme hükümlerine tâbi tutulmuştur (m.1, m.7).

Yabancı bir kararın tanınabilmesi, yani kesin delil veya kesin hüküm olarak kabul edilebilmesi için bir "mahkeme ilâmı" niteliğinde olması gereklidir (m. 42 I). Mahkeme ilâmı niteliğinde olmayan yabancı kararların "tanınma" usulüne tâbi olarak tanınması mümkün değildir.

Karşılıklı anlaşmaya (akit) veya tek taraflı bir irade beyanına (talak) dayanan boşanmalarda bir mahkemenin veya resmî bir makamın iştiraki yoktur veya tescil şeklinde bir iştiraki bulunmaktadır. Bu gibi **hukukî işlem** niteliğinde olan boşanmaların (özel boşanmalar) tanıma ve tenfiz şartlarına tâbi olarak tanınması ve tenfizi söz konusu değildir.

Bununla beraber bu gibi hukukî bir işlemle meydana gelen boşanmaların bir tesbit davasının konusunu teşkil etmesine engel bir düşünce de mevcut değildir. Böyle bir tesbit davasında, hukukî işlemler söz konusu olduğu için, milletlerarası usul hukuku değil, fakat devletler hususî hukukunun kaideleri uygulanır. Tanınma ve tenfiz hükümlerinde yabancı mahkemelerden verilmiş bir ilâmın, yani yabancı bir **hâkimiyet fiilinin** bulunması aranmıştır. Buna mukabil özel hukuk işlemlerinin, kendilerine uygulanmış bulunan maddî hukuk kaidelerinden ayrı olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

Hukukî bir işlemle meydana gelmiş bulunan boşanmalar, devletler hususî hukuku kaidelerine (m. 13) aykırı bir maddî hukukun tatbik edilmemiş olması halinde prensip olarak Türkiye'de hukukî sonuçlarını meydana getirecek, yani tanınacaktır. Şüphesiz böyle bir tesbit davasında Türk kamu düzeninin müdahalesi de (m. 5) olabilir. Ancak kendi millî devletlerinde yabancıların temin ettikleri özel boşanmalarla Türk kamu düzeninin prensip olarak ilgilenmiyeceğinden hareket edilmesi gerekir. Buna mukabil yabancı ülkede de gerçekleşmiş olsa, özel boşanmada taraflardan biri Türk vatandaşı ise Türk kamu düzeninin müdahalesi bakımından durum özellik ve ağırlık kazanır. Fakat burada da, kamu düzeninin genel olarak müdahalesinde olduğu gibi, olayın özel-

278) RG. 14 Eylül 1975 - 15356. Bu Sözleşme ilk olarak 10.12.1977 tarihinde **Türkiye** ile **Avusturya** arasında yürürlüğe girmiştir. Halen **Hollanda** için de 30.7.1981 tarihinden beri geçerlidir; bkz. JAYME / HAUSMANN Internationales Privat - und Verfahrensrecht[7], s. 359 n. 1.

278a) RG. 2.11.1999-23864.

likleri kamu düzeninin müdahalesinde belirleyici rol oynar. Meselâ taraflardan birini teşkil eden Türk vatandaşı kadın bizzat böyle bir özel boşanmanın tesbitini (tanınmasını) talep etmiş ise ve ayrıca **haklı** boşanma sebepleri de bulunuyor ise Türk kamu düzeninin müdahale edebileceğini söylemek herhalde mümkün olmaz[279].

Özel boşanmanın **Türkiye**'de gerçekleşip gerçekleşemiyeceği de üzerinde durulması gereken bir konudur. Türkiye'de ancak bir mahkeme kararı ile boşanılabileceğine dair bir kaidenin varlığı devletler hususî hukuku bakımından ileri sürülemez[280]. Evlenmeye ilişkin olarak Türk hukukunda yer alan ve Türkiye'de yapılan evlilikleri Türk hukukunun şekil şartlarına tâbi tutan bir hükmün benzeri boşanmalar için mevcut değildir. Bu bakımdan, devletler hususî hukuku kaidelerine (m. 13) göre uygulanması gereken hukuka uygun bulunduğu takdirde Türkiye'de mahkeme dışında gerçekleştirilen bir özel boşanmanın tanınmasını önleyici bir düşünce mevcut değildir. Diğer bir söyleyişle, hukukî bir işlemle meydana getirilen bir boşanmanın tanınması ancak kamu düzeninin müdahalesiyle engellenebilir. Bu bakımdan, meselâ bir boşanma beyanının (talak) Türkiye'de oturan taraflardan birine posta ile bildirilmesi ile kendi hukuklarına göre gerçekleşmiş bir boşanma olayının Türkiye'de tanınması mümkündür[281]. Zira **yabancılar** arasındaki böyle bir olayda Türk kamu düzeninin ihlâlinden söz etmek kolay değildir. Kaldı ki, aksine bir sonuca varmak kendi hukuklarında bir boşanma, Türk hukukunda bir evliliğin devam etmesi gibi hiç de arzu edilmeyen askıda evliliklerin doğumuna sebep olur. Şu halde, uygulanması gereken maddî hukuka uygun olması şartıyla, Türkiye'de meydana getirilen mahkeme dışı, hukukî işlem niteliğindeki boşanmalar devletler hususî hukuku kaidelerine göre tanınma imkânına prensip olarak sahiptir.

Sonuç olarak ifade edilmek istenirse, özel boşanmaların bir mahkeme ilâmı olmadıkları için yabancı mahkeme ilâmlarının tanınma ve tenfizine ilişkin hükümlere göre tanınmalarının mümkün olmadığı, buna mukabil bir hukukî işlem olmaları itibariyle devletler hususî hukuku kaidelerine göre bir tesbit davası yoluyla tanınabilecekleri söylenebilir[282].

(b) Yabancı mahkemelere ait *ihtilafsız kaza kararlarının* tanınması da, yabancı mahkeme ilâmlarının tanınmasına ilişkin hükme tâbi tutulmuştur (m. 42 II). Ancak "kesinleşmiş" bulunan yabancı ilâmların tanınması ve tenfizi mümkün olduğundan (m. 42 I ve 34 I), kesin hüküm teşkil etmeyen ihtilafsız kaza kararlarının tanınması söz konusu değildir. Buna mukabil kesinleşmiş

279) Talak işleminin, kadının boşanma davasına iştirak etmemesi ve iştirak ettiğinde de boşanmayı kabul etmemesi halinde, Alman kamu düzenine aykırı olacağı hakkında bkz. OLG Stuttgart, 3.12.1998: IPRax 3/1999 VI.

280) Alman hukukunda bu, kanunî bir hüküm konusu yapılmıştır: "Bir evlilik Almanya'da sadece bir mahkeme tarafından boşanma ile sona erdirilebilir" (EGBGB m. 17 II).

281) Yargıtay 2. HD., 1.3.1952 tarihli bir kararında bu anlayıştan hareket etmiş gözükmektedir. (BERKİ / ERGÜNEY 78). Ayrıca bkz. SAKMAR Boşanma 138.

282) Bkz. Kadıköy 2. Asliye HM., 7.2.1991 (E. 90/853 - K. 91/94); NOMER "Talâk" ve Türk Kamu Düzeni: İBD 7-8-9/1991 501 vd.

olan yabancı ihtilafsız kaza kararları tanınma şartlarına tâbi olarak tanınma imkânına sahip olacaklardır[282a].

Bu bakımdan, **yabancı gerçek** şahıslara ilişkin olarak verilmiş bulunan yabancı veraset senetleri hakkındaki Tapu Kanununun 37 nci maddesi hükmü saklı kalmak kaydıyla[283], yabancı hukuka göre düzenlenen ve yabancı ülkede açılan bir vasiyetnameye dayanılarak yabancı mahkeme tarafından verilmiş bir mirasçılık belgesinin kesin hüküm teşkil etmediğinden tanınması söz konusu olamıyacaktır. Buna mukabil isim değişikliğine ait kesinleşmiş yabancı bir mahkeme kararının tanınması mümkün olacaktır.

(c) *Tanınma usulü* tenfizden farklılık gösterir. Esas itibariyle tanıma da Türk mahkemelerinin verecekleri ve tanıma şartlarını tesbit eden bir karardan sonra olur. Ancak takip edilen usul özellik taşır.

Özellikle kişi hallerine ilişkin yabancı ilâmlara dayanılarak idarî bir işleme başvurulmasında, idarî makamlar ancak Türk mahkemelerinden verilen kararara uyabileceklerinden, yabancı ilâmın bir Türk mahkemesi tarafından tanınması gerekir. Bu gibi, yabancı ilâmların kesin hüküm kuvvetinin kabulü maksadıyla Türk mahkemesinde açılacak davalar bir tesbit davası niteliğine sahip olacaktır[284]. Ve mahkemece tanıma şartlarına sahip olduğu tesbit edilen yabancı mahkeme ilâmına dayanılarak Türkiye'de idari bir işlemin yapılması temin edilecektir (m. 42 III).

Diğer yandan Türkiye'de görülmekte olan bir davada, yabancı ilâma dayanılarak kesin hüküm itirazında bulunulması veya kesin delil kuvvetinin ileri sürülmesi halinde, esas davayı görmekte olan bu mahkeme yabancı ilâmın tanınma şartlarını tesbit etmek durumundadır. Yabancı ilâmın tanınma şartlarını taşıdığı mahkemece tesbit edildikten sonra, yabancı ilâmın kesin hüküm veya kesin delil kuvveti dikkate alınacaktır.

Şu halde, yabancı bir ilâmın kesin delil veya kesin hüküm olarak ileri sürülmesi, görülmekte olan bir davada meydana geldiğinde, aynı mahkemece tanıma şartları tesbit edilecektir. Yabancı ilâma dayanılarak Türkiye'de idarî bir işlem yapılması istendiğinde ise bağımsız ve tesbit davası niteliğinde bir dava[285] ile tanıma şartlarının varlığını tesbit yoluna gidilecektir. Her iki durumda da bir tesbit hükmü niteliğinde olmak üzere[286] Türk mahkemesince ve-

282a) NOMER Çekişmesiz Yargı 909 vd.

283) Yargıtay, veraset ilâmlarının terekeye dahil gayrimenkullerin mirasçı tarafından tapu siciline tescil edilmeden iktisap edildiğini belgelediği (MK m. 633), dolayısıyla gayrimenkul hakkında verilmiş bir karar niteliğinde olduğu, bu bakımdan bu konuda Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin bulunduğu ve netice olarak yabancı veraset ilâmlarının tanınamıyacağı görüşüne sahiptir. Özellikle bkz.: Yar. 2. HD., 22.6.1990 (E. 6373 / K. 6410); Yar. 2. HD., 15.12.1995 (E. 12454/K.13742) ve NOMER Yabancı Veraset ilâmlarının Tanınmasında Yargıtay Kararları: İBD 10-11-12/1991 789 vd..

284) SAKMAR Yabancı İlâmlar 177.

285) Bu itibarla teminat gösterme mecburiyeti (MÖHUK m. 32 ve HUMK m. 97) doğabilecektir.

286) Bkz. SAKMAR Yabancı İlâmlar 180 vd.; müellife göre, Kanunda açık olarak düzenlenmemiş olmakla beraber yabancı ilâmlar bakımından "menfî tesbit davası yoluna" gidilmesi de mümkündür.

rilen karar yabancı ilâmın da Türkiye'de kesin hüküm kuvvetine sahip olmasını temin edecektir.

> Kanunda açık bir hüküm olmamakla beraber, bir yabancı boşanma kararının tesbit davası niteliğinde olmak üzere tanınması talep edildiğinde, bu talebin "hasımlı olarak açılacak dava yolu ile" yapılması gerekir. Bu sebeple 39 uncu madde gereği, HUMK m. 183 hümü de dikkate alınmak suretiyle, tanıma talebine ilişkin dilekçe, duruşma günü ile birlikte karşı tarafa tebliğ edilmelidir[287]. Zira böyle bir tanıma talebine karşı hasmın 38 inci maddenin (e) bendine göre bir "itiraz" hakkı söz konusu olabilir. Hasmın bu itirazını kullanabilmesi bakımından, kendisine davanın tebliğ edilmesi şarttır.
>
> Bununla beraber, bu itiraz hakkı sadece Türk vatandaşlarına ve ancak davalı olmaları halinde tanınmıştır. Diğer bir söyleyişle, hasım (davalı) tarafın yabancı olması halinde böyle bir itiraz hakkı mevcut değildir. Tanınma şartlarından diğer ikisi ise, ilâmın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması (m. 38 b) ve hükmün kamu düzenine açıkca aykırı bulunmamasıdır (m. 38 c). Boşanma davalarında Türk mahkemelerinin münhasır bir yetkisi mevcut değildir. Bu bakımdan bu şartın önemi kalmamaktadır. Boşanma kararının kamu düzenine aykırılığı ise hâkimin re'sen dikkate alacağı bir hususdur. Şu halde, davalı (hasım) tarafın **yabancı** olması halinde, yabancı boşanma kararının tanınması talebinde davalıya 39 uncu maddeye göre tebligat çıkarılması "lüzumsuz ve gereksiz" bir işlem olarak görülebilir[288].

Davanın taraflarından ve onların küllî haleflerinden başka, tanıma ve tenfizde hukukî yararı olanlar veya yabancı mahkeme ilâmından kesin delil veya kesin hüküm olarak yararlanma ya da idarî bir işlemde kullanma hakkına sahip bulunanlar da tanıma ve tenfiz talebinde bulunabilmelidirler. Tanıma ve tenfizde hukukî yararı olan herkes, meselâ boşanma ilâmının tarafları olan eşlerden birinin ölümü halinde onun mirasçıları da tanıma ve tenfiz davasını açabilecektir.

Ayrıca bkz. Yar. 4. HD., 30.9.1985 (YKD 1/1986 39-41); buna göre, belirli bir miktar para alacağına ilişkin yabancı ilâmın tanınması, "hukukî yarar" bulunmadığından, bağımsız bir tesbit davası yoluyla istenemez, tenfizin talep edilmesi gerekir. Ve Yar. 13.HD., 30.6.1989 (YKD 7/1990 1029/1030): "Tanıma ancak inşaî mahiyette yenilik doğurucu ve mal varlığına ilişkin olmayan yabancı kararlar için mümkündür. Mal varlığına ilişkin bir eda davası sonucu verilen karar cebrî icrayı gerektirdiğinden tanınması değil tenfizi istenmelidir". Buna mukabil farklı [yabancı bir boşanma ilâmında, sadece mallarla ilgili hükmün tanınması] bir karar için bkz. Yar. 2. HD., 27.11.1986 gün ve 9880-10434 sayılı ilâm.

287) Konuya ilişkin 28.9.1995 [E.42/K.53] tarihli Anayasa Mahkemesinin Kararında (RG. 16.5.1997-22991) belirtildiği üzere, "davalının da, dava dilekçesinin kendisine tebliği ile açılan davadan haberdar olması, ileri sürülen savlara karşı belirli süre içinde cevap hakkını kullanması, savunmasını yapması, karşı delillerini ileri sürmesi, duruşmalarda hazır bulunması *doğal haklarından* olduğu gibi, davalının bu haklarına saygı gösterilmesi de *hukuk devleti* olmanın bir gereğidir. *Bu kurallara uyulması bakımından, davalının Türk veya yabancı bir ülkede oturmasının hiçbir farkı olamaz*".

288) ÖZDEMİR Yurt Dışında Alınan Boşanma Kararının Türkiye'deki Etkisi: YD 1-2/1986 15; ve bkz. POSTACIOĞLU: MHB 2/1984 123.

Açılacak bir tanıma ve tenfiz davasında, tanıma ve tenfiz dilekçesine, yabancı mahkeme ilâmının o ülke makamlarınca usulen onanmış aslı ve onanmış tercümesi ile ilâmın kesinleştiğini gösteren ve o ülke makamlarınca usulen onanmış yazı veya belge ile onanmış tercümesinin eklenmesi gerekir (m.37). Dava dilekçesine eklenmesi zaruri olan bu belge veya belgelerin dilekçeye eklenmemiş olmaları halinde, aynı zamanda delil niteliğinde olmaları itibariyle, eksik belge veya belgelerin davacı tarafından getirilerek, eksikliğin tamamlanmasını istemek tanıma ve tenfiz hâkimine ait bir görev olmaktadır (HUMK m.180 II).

§ 25. MİLLETLERARASI TAHKİM

Tahkim daha çok medenî hukuka ait hukukî ihtilafları kendisine konu olarak alır. Tahkim ile, bir hukuk nizamı içerisinde karar verme yetkisi özel irade beyanlarıyla mahkeme yerine resmî olmayan organlara (bir veya birden çok hakeme) havale edilmektedir. Bu sistem uzun bir geleneğe ve iç hukukta oldukça önemli bir yere sahiptir. Fakat asıl ağırlığı milletlerarası alanda, yabancı unsurlu olaylarda ve özellikle milletlerarası ticarette hissedilir.

Milletlerarası ticaret alanında, birbirinden farklı hukuk nizamları ve şimdiye dek ahenkle işletilmesi temin edilemiyen tenfiz imkânları resmî hukukî himayeye olan itimadın geniş ölçüde kaybına sebep olmuştur. Usulde sürat, ucuzluk ve özel olaylar için özellikle seçilen bilgili uzmanlar tarafından karar verilmesi gibi resmî hukukî himaye lehine sözü edilen istifadeler milletlerarası alanda pratik bir sonuç vermemekte ve ikna edici olmamaktadır[289].

Milletlerarası tahkimi düzenlemeye çalışan **milletlerarası sözleşmeler** henüz yeterli bir seviyeye ve gelişmeye ulaşmış değildir. Şunlar zikredilebilir:

(1) 10.6.1958 tarihli "Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası hakkında New York Birleşmiş Milletler Sözleşmesi"[290] (1923 tarihli Hakem Kaydı hakkındaki Cenevre Protokolu ile 1927 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizine dair Cenevre Sözleşmesinden ibaret olan Ticarî Tahkim hakkındaki Cenevre Sözleşmelerinin yerine geçmiştir).

(2) 21.4.1961 tarihli "Milletlerarası Ticarî Tahkim hakkında Avrupa Sözleşmesi"[291] (Sözleşme Doğu - Batı ticaretindeki hakem sözleşmelerini gözönünde tutmuştur).

(3) 17.12.1962 tarihli "Milletlerarası Ticarî Tahkim hakkındaki Avrupa Sözleşmesinin Tatbikine dair Paris Sözleşmesi".

(4) 18.3.1965 tarihli "Devletler ile Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım İhtilaflarının Giderilmesine dair Washington Dünya Bankası Sözleş-

289) FIRSCHING Einführung 1974 106; 27.9.1968 tarihli "Medenî ve Ticarî Meselelere İlişkin Yetki ve Kararların Tenfizi hakkındaki AET Sözleşmesi" de henüz etkinlik kazanamamıştır.

290) RG. 25 Eylül 1991-21002.

291) RG. 23 Eylül 1991-21000.

mesi"[292] (Gelişmekte olan devletlerle özel teşebbüsler arasındaki ilişkileri düzenler); m. 36-63.

Bunlardan başka bir çok iki taraflı[293], tahkim hakkında hükümlere sahip sözleşmeler mevcuttur.

I. TAHKİMİN UNSURLARI

Tahkim prosedürü özel bir irade beyanına, kaide olarak bir *tahkim anlaşmasına* (tahkim sözleşmesi veya tahkim şartı) istinad eder. Bu tahkim anlaşması, müstakil olarak *esas akit* yanında yer alır ve normal yargının bertaraf edilmesi maksadını taşır. Bununla tahkim anlaşmasına konu teşkil eden ihtilaf sebebiyle açılacak davayı engelleyici bir "itiraz" hakkı da tesis edilmiş olur. Böylece tahkim anlaşmasının esas hükmü, özel bir hakem mahkemesi için münhasır bir yetki tesisi ile, normal yargının bertarafı ve buna bağlı olarak davayı engelleyici bir itirazın yaratılması olmaktadır.

Bir tahkimde, tahkim anlaşması, esas akit, hakem akti (taraflar ile hakem veya hakemler arasındaki akit) ve tahkim usulü birbirinden tefrik edilir. Tahkim usulüne hakem mahkemesinin verdiği hakem kararı da dahildir.

Misal : Merkezi Antep'te bulunan bir firma, Köln'de bulunan bir firmaya 400 ton yer fıstığı yağı satıyor. Satım akti **(esas akit)** şöyle bir şartı da ihtiva ediyor: "Bu akitten doğan kalite ve miktara ilişkin ihtilaflar taraflarca seçilecek hakem mahkemesi tarafından halledilecektir" **(tahkim anlaşması)**. Satım aktinde, hakemlerin seçimi ile ilgili şart ve kaideler yanında ayrıca "hakem mahkemesi Türk Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 8. Babında yer alan hükümleri dikkate alarak hakem usulünü kendi görev anlayışına göre tesbit eder" şeklinde bir madde de yer almaktadır.

Malın kalitesine ilişkin bir ihtilaf doğduğunda; alıcı firma tahkim anlaşmasına istinad eder. Her iki taraf sözleşmede belirtilen şekilde hakemlerle bir **hakem akti** yaparlar. Bu akit ile hakemler taraflar için faaliyette bulunmak ve ihtilafı çözmek görevini yüklenmiş olurlar. Hakem mahkemesi görevini yerine getirmek üzere, tarafların yapmış bulunduğu **tahkim usulü anlaşmasına** göre tesbit edilmiş usul dairesinde kararını **(hakem kararı)** verir.

Sözü edilen bu anlaşmalar birbirlerinden bağımsızdırlar ve her biri ayrı ayrı tetkiki gerektirir.

---

292) RG. 6 Aralık 1988-20011 [2 Haziran 1988 - 19830]. Bkz. ÖZTEKİN 1965 Tarihli Washington Sözleşmesine Genel Bir Bakış: MHB 1-2/1990 139 vd..

293) Türkiye'nin **İtalya, Polonya, Irak, Avusturya, Azerbaycan, Çin Halk Cumhuriyeti ve Gürcistan Cumhuriyeti** ile yaptığı ikili Sözleşmeler için bkz. yukarıda s. 390, n. 246.

a) Tahkim anlaşması

Tarafların mevcut ("compromis") veya ileride doğabilecek ("clause compromissoire") hukukî ihtilaflarının çözümünü, hakem denen ve kendi seçtikleri kişi veya kişilerin kararına bırakan sözleşmeye tahkim anlaşması denmektedir.

> Tahkim anlaşmasının **hukukî niteliği** üzerinde fikir birliği yoktur. Tahkim anlaşmasını usul hukukuna ait saf usulî bir sözleşme niteliğinde görenler olduğu gibi, onu borçlar hukuku sözleşmesi olarak kabul edenler de mevcuttur[294]. Bir kısım hukukçular ise bir karma-hukuk aktinden veya sui generis veya atipik bir akitten söz ederler. "Usul hukukuna ait ilişkiler hakkında maddî hukuka ait bir akit" anlayışı da uygulamada mevcuttur[295].

Tahkim anlaşmasını usul hukukuna ait bir akit niteliğinde görmek, bu anlaşmanın geçerliliğini ve hükümlerini, usulün lex fori hâkimiyetinde olması prensibi gereğince, mahkeme hukukuna bağlama sonucuna ulaşır. Belirli bir olayda hangi normal resmî mahkemenin tahkimi hükme bağlayacağı önceden bilinemiyeceği için, mahkeme hukukunun evvelden tayin edilmesi mümkün değildir. Bu, belirsizliğe ve tesadüfi sonuçlara bağlanmaya götürür. Milletlerarası ticaret alanında pek kolay kabul edilecek bir şey değildir.

En azından milletlerarası alanda tahkim anlaşmasının maddî hukuk karakterinden hareket etmek ve usul hukukuna ait unsurlarını arka plana itmek daha ikna edici olmaktadır. Taraflar kendi ilişkilerini düzenleyecek olan hukuku serbestçe seçebileceklerdir.

Tahkim anlaşmasının maddî hukuk karakteri ön plâna alınırsa, *tahkim anlaşması tarafların tayin ettiği hukuka tâbi olur*[296].

Fiil ehliyeti, yani tarafların tahkim anlaşması yapabilme ehliyetleri şahsî kanuna tâbidir. Temsil ve şekil de müstakil bağlanma konuları teşkil ederler. Buna mukabil ihtilaf konusunun tahkime elverişli olup olmadığının hangi hukuka göre tayin edileceği münakaşa götürür bir konudur. Bununla beraber bu konuda en uygunu tahkime elverişliliği de tahkim anlaşmasının tâbi olduğu hukuka bağlamak şeklinde gözükmektedir[297].

---

294) Bkz. TEKİNALP Ü., Hakem Sözleşmelerinin Hukukî Mahiyeti Konusunda Düşünceler, IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası 1966, 15 vd.; ALANGOYA Medenî Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi 1973 41 vd.; ÜSTÜNDAĞ I-II 933 vd..

295) Bkz. FIRSHING Einführung 1974 108 vd..

296) Bu prensip 1958 tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesine (m. V 1 a) ve 1961 tarihli Avrupa Sözleşmesine (m. VI 2 a) de uygundur; bu konularda özellikle bkz. NOMER Hakemlik 511 vd.

297) NOMER Hakemlik 513.

b) Esas akit

Esas akit, tahkimin diğer bütün unsurlarından bağımsız olarak kendi hukukuna tâbi olur[298]. Bununla beraber pratikte, genellikle tekmil hukukî ilişkilerini tek bir hukuk nizamına bağlamak konusunda tarafların iradelerinin mevcut olabileceği esası üzerinde durulur.

c) Hakem akti

Taraflar ile hakem veya hakemler arasındaki akit (hakem akti), tahkim anlaşmasından nitelikçe farklı olmamakla beraber ona nazaran çok daha saf bir borçlar hukuku karakteri gösterir. Bu bakımdan milletlerarası akitler hukukunun genel prensipleri burada da geçerlidir.

d) Tahkim usulü ve hakem kararı

Hakem mahkemesinin hangi usulü tatbik ederek hakem kararını vereceği öncelikle bir milletlerarası usul hukuku problemidir. Ancak bu problem aynı zamanda bir bağlanma meselesidir de. Bir hukuka bağlanma meselesi, yalnız devletler hususî hukukuna has bir özellik olmayıp, milletlerarası usul hukukunda da rastlanan bir olaydır. Usule tatbik edilecek kanunun aynı zamanda bir bağlanma meselesi olması göz önünde tutulursa ortaya çıkan sonuç şu olmaktadır: Taraflar veya onların iradelerine uygun olarak hakem mahkemesi tatbik edilecek usul bakımından kendilerini, seçtikleri bir hukuk nizamına tâbi tutabilirler. Bunun tek ön şartı, seçilmiş bulunan hakem mahkemesinin bu usulü tatbike yetkili olabilmesidir. Aksi halde taraflar bu hakem mahkemesinin tatbike mecbur olduğu usule uymak zorundadırlar.

Tarafların bu konuda bir anlaşması mevcut değilse, tahkim usulünün cereyan ettiği yer hukuku usule hâkim olur[299]. Hakem kararı usulün nihaî kademesidir ve ancak usule hâkim olan hukuka tâbi olur.

> Aslında tahkim anlaşması ile tahkim usulü ve hakem kararı için **tek bir hukuk nizamının** tatbik edilmesi, tahkimin kendi unsurları arasındaki ahengin de temini bakımından uygun olurdu. Ancak tahkimde maddî hukuk karakterinin ön plâna alınması zarureti, irade muhtariyeti prensibinden hareket edilmesi sonucunu meydana getirmiş ve gerek milletlerarası sözleşmeler (Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve Avrupa Sözleşmesi), gerekse teori taraflarca tahkim anlaşması ile tahkim usulünün **farklı (millî) hukuklara** tâbi tutulmasını mümkün görmüşlerdir.

298) Bkz. yukarıda 259 vd..

299) Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ile Avrupa Sözleşmesi hakem usulünü ilk plânda taraf iradelerine bağlı kılmışlardır. Hakem mahkemesinin teşkili ve hakem usulü taraflar arasındaki sözleşmeye, sözleşmede kararlaştırılmamışsa hakemliğin cereyan ettiği mahal hükümlerine uygun olacaktır (Birleşmiş Milletler Sözleşmesi m. V 1 d ve Avrupa Sözleşmesi m. IV 1 b iii).

II. HAKEM MAHKEMESİNİN TATBİK EDECEĞİ HUKUK

Hakem mahkemesince ihtilaf konusuna uygulanacak hukuku tâyin etmek tarafların iradesine terkedilmiştir (irade muhtariyeti). Bu hususta iradelerin bulunmadığı, diğer bir söyleyişle, tarafların hukuku seçme hakkını kullanmadığı durumlarda akitler alanındaki devletler hususî hukuku prensipleri geçerli olur[300].

III. DAİMÎ HAKEM MAHKEMELERİ

Taraflar hukukî ihtilaflarının çözümünü tesadüfen seçmiş oldukları bir mahkemeye (ad hoc-hakem mahkemesi) veya daimî bir hakem mahkemesine (müesseseleşmiş hakem mahkemesi) havale etmekte serbesttirler. Yukarıda (I) altında söylenenler ad hoc-hakem mahkemeleri için geçerlidir. Buna mukabil *daimî* hakem mahkemeleri kaide olarak daha önceden tahkim usulüne ve hakem kararına tatbik edilecek hukuku tesbit etmiş bulunan bir statüye göre karar verirler. Bununla beraber, bu statüler genellikle taraf iradelerini de dikkate alırlar[301].

> Devlet veya kamu kuruluşlarınca organize edilmiş bulunan resmî hakem mahkemelerinde (meselâ, sosyalist ülkelerde Dış Ticaret Odalarındaki hakem mahkemeleri) resmî tahkimin sınırları belirsiz kalmaktadır. Devlet hususî hukuk alanına her vatandaş gibi girebildiğinden, devletin hâkimiyet tasarrufları açısından tereddütler meydana gelmektedir.
>
> Tahkimin tarafları devletler hukuku süjesi de olsalar, eğer hususî hukuk alanında özel şahıslar gibi hareket etmekte ve hukukî ihtilaflarını bir hakeme tevdi etmekte iseler, normal bir tahkimden hareket edilir. Bu durum, taraflardan birinin devlet diğerinin özel bir şahıs olması halinde öncelikle geçerli olur.

---

300) Bkz. yukarıda s. 261 vd.; ayrıca Avrupa Sözleşmesi m. VII 1 ve Birleşmiş Milletler Sözleşmesi m. V 1 a. Ve ayrıca bkz. ŞANLI Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara 1986, s. 105 vd.. Hakem mahkemesinin uyuşmazlığı (esası) çözümlemek için doğru hukuku seçip seçmediğinin ve hukuk kurallarını doğru uygulayıp uygulamadığının adlî yargı tarafından denetime tâbi tutulması, Türk hukukunda ihtilaflı bir konudur; bkz. Yar. İBHGK., 28.1.1994 (RG. 13 Nisan 1994-21904) ve özellikle: AKINCI Hakemlerin Esasa Uyguladıkları Hukukun Devlet Yargısınca Denetlenmesi (Batider 3/1994 120 vd.).

301) Meselâ, Paris **Milletlerarası Ticaret Odasının** Tahkim Tüzüğünün 15.maddesine göre, hakemin takip edeceği usul bu Tahkim Tüzüğünün hükümlerine tâbidir. Bunda hüküm mevcut değilse, taraflarca tayin edilmiş bulunan, tayin edilmemişse hakem tarafından belirlenen hükümler tatbik edilir. Bu hükümlerin hakem usulüne uygulanan millî bir usul nizamına ait olup olmaması rol oynamaz. 14. maddeye göre de, taraflar muhakemenin cereyan edeceği yer konusunda mutabık değillerse, Divan tesbit eder.

IV. MİLLÎ VE YABANCI HAKEM KARARLARI

Zamanımızda "milletlerarası" nitelikte hakem kararları[302] mevcut değildir. Bu, hakem kararlarının millî bir hukuk alanına "bağlanmış olma" mecburiyetini ifade eder. Böylece her ülke bakımından[303] "yabancı" hakem kararları kavramı ortaya çıkar. Genellikle ölçü olarak *tahkim usulüne* hâkim olan hukuk nazara alınmaktadır. Yabancı hakem kararları, usul yönünden[304] yabancı bir hukuka tâbi tutulmuş hakem kararlarıdır. Yabancı hakem kararlarının tanınma ve tenfizi ise her ülkede farklı bir düzenlenmeye göre gerçekleşme imkânına sahip olmaktadır.

Hakem kararlarına yabancılık vasfını verebilmek için milletlerarası hukuk alanında geçerli olan genel bir kaide yoktur. Bununla beraber, tahkimin tâbi olduğu usul hukuku diğerlerine nazaran kati bir ölçü olarak ele alınabilmektedir[305]. Ancak hangi usul hukukunun tahkime hâkim olması lâzım geldiğinin bilinmesi gerekir. Borsa, ticaret odası, iktisadî devlet teşekküllerine ait kurumsal veya resmî nitelikteki hakem mahkemeleri prensip olarak ikametgâhlarının bulunduğu yerdeki tahkime ait usul hukukuna tâbi olarak faaliyette bulunurlar. Bu ikametgâh, tanıma ve icra devletine göre diğer bir devlette ise hakem kararı da yabancı olacaktır. Fakat aynı kolaylık özel olarak teşekkül eden geçici hakem mahkemeleri için mevcut değildir. Bu gibi mahkemeler öncelikle tarafların seçtikleri usul hukukuna tâbi olarak hareket edeceklerdir[306]. Taraf iradelerinin tesbit edilememesi halinde tâbi olunacak usul hukukunu bulabilmek için tek bir yol kalmaktadır: devletler hususî hukuku kaidelerine rücu, ya-

302) Gerçi, millî hukuklar dışında, milletlerarası ticaret alanında yeni bir milletlerarası hukukun doğmuş ve gelişmekte olduğu (lex mercatoria) fikrinden hareketle, tarafların iradelerine bağlı olarak bu hukuka tâbi şekilde yürütülmüş ve sonuçlandırılmış hakem kararlarına "milletlerarası" hakem kararları vasfını veren bir anlayış mevcuttur. Ancak bu anlayış, milletlerarası ticaret camiasının kendi hukukunu yaratacak derecede teşkilâtlanmış bulunması varsayımına dayanmaktadır. Ki böyle bir varsayım bugün için sadece teorik bir iddiadan daha ileri gidememiştir. Bu anlamda: Avusturya OGH, 18.11.1982 (ve bkz. IPRax 2/1984 106 vd.). Buna mukabil, "milletlerarası"" hakem kararlarını yerli hakem kararları dışında kalan ve milletlerarası ticarî uyuşmazlıklarla ilgili hakem kararları şeklinde anlayan görüş çerçevesinde, "milletlerarası" hakem kararlarının varlığı ve tenfize konu olabileceği kabul edilmelidir; bkz. AKINCI Milletlerarası Ticarî Hakem Kararları ve Tenfizi 1994, 36 vd., 114 vd. Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların 'milletlerarası tahkim' yoluyla çözülebilmesini, uyuşmazlığın 'yabancılık unsuru' taşıması şartına bağlayan Anayasa hükmü (m.125 I) de aynı anlayıştan harekat etmiş gözükmektedir.

303) Bu bakımdan hakem kararlarının yabancılık vasfının, tenfiz devletinin hukuk nizamına yabancı olmayı ifade ettiği de söylenebilir; SAKMAR Yabancı İlâmlar 42.

304) Burada, hakem mahkemesinin teşekkülü ile başlayan ve esasa ait olmak üzere hakem mahkemesinin icra ettiği muameleler kastedilmektedir. Bu muamelelere hâkim olan hukuk (usul hukuku) söz konusudur.

305) RIEZLER 618; ROSENBERG Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts 1961 § 166 1/4, s. 849; BAUMBACH-SCHWAB Schiedsgerichtsbarkeit 1960 125; ve ayrıca bkz. NOMER Hakemlik 501 vd.; DAYINLARLI Milletlerarası Tahkim Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk (YD 4/1988 447).

306) 24.9.1923 tarihli Hakem Kaydı Hakkındaki Cenevre Protokolü m. 2/I; Birleşmiş Milletler Sözleşmesi m. V 1 d.

ni locus regit actum prensibi[307]. Hakemliğin cereyan ettiği mahal devletinin hakemliğe ait usul hukuku tatbik edilecek ve hakem kararının yabancılık vasfı buna göre tahakkuk edecektir[308].

Türk hukukunda, 7.11.1951 tarihli Yargıtay Hukuk Genel Kurul kararı[309], "hakemlerin tabiiyeti ve hakem kararının verildiği yer bakımından" hakem kararına yabancılık vasfının verilemiyeceğini, *"yabancı bir kanun otoritesi altında verilmiş"* kararların yabancı hakem kararı sayılacağını belirtmiştir. Yargıtay kararının getirdiği bu genel prensipten anlaşıldığına göre, usul yönünden tahkim hangi hukuk nizamına tâbi olarak yürütülmüş ise bu hukuk nizamı hakem kararına milliyetini verecektir.

Yabancı hakem kararlarının tenfizini düzenleyen Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkındaki Kanun "yabancı hakem kararını" tarif etmemiştir. İlgili tenfiz hükümlerinin (m. 45 f, g ve i) öncelikle taraflarca "tahkimin tâbi tutulduğu kanun" prensibinden hareket ettiği anlaşılmaktadır. Bu bakımdan Kanunun hakem kararının milliyetini tayinde irade muhtariyetine ağırlık verdiği kolayca söylenebilir.

Şu halde, *Türk hukukunda* hakem kararlarının milliyeti "tarafların tahkim usulünü tâbi kıldıkları hukuka" göre tayin edilecektir[310]. Buna göre Türk hakem kararı tahkim usulüne Türk hukukunun uygulanmasıyla verilmiş olan karardır. Diğer bir söyleyişle, tahkim usulüne Türk hukukunun uygulanmadığı hakem kararları, yabancı hakem kararlarıdır. Tahkim usulüne uygulanacak hukuk taraflarca tayin edilmemiş veya bu husus hakemlere bırakılmış olabilir. Bu durumda tahkim usulüne hakemlerce Türk hukukunun uygulanması o hakem kararına yine Türk hakem kararı vasfını verir; Türk hukukunun uygulanmaması halinde de hakem kararı "yabancı" bir hakem kararı olur.

Bir hakem kararının şu veya bu sebeple kamu düzenine aykırı oluşu[311] veya Türk usul hukukunun tefsiri hükümlerinin uygulanmaması, tarafların veya ha-

307) Prensip itibariyle usul kaideleri için onu tatbik eden makamın kanunu (lex fori) söz konusudur. Ancak tahkimde usulü tatbik edilecek tek bir makamın mevcudiyeti söz konusu olmayıp, muhtelif devletlerde dahi cereyan etmesi ihtimal dahilinde olan muameleler nazara alındığından makam değil, fakat usulün cereyan ettiği mahal bağlantı unsuru olabilir.

308) Bu netice milletlerarası sözleşme hükümleri ile de uygunluk gösterir. Bkz. Cenevre Protokolu m. 2 I, Birleşmiş Milletler Sözleşmesi m. V 1 d.

309) TYK 1952/34, s. 890/893.

310) Yar. 11. HD., 19.12.1985 tarihli (E.7355/K.7099) bir kararında, ihtilaf konusu hakem kararının, "hakem kararına göre Türk hukuku uygulanmış ve hakem mahkemesi de Türkiye'de karar vermiş olmakla gerek 'otoritesi altında verilen hukuk' kriteri, gerekse 'hakem mahkemesinin toplandığı yer hukuku' kriterine göre" bir Türk hakem kararı olarak kabul edilmesi lazım geldiği sonucuna varmış, ayrıca Paris Ticaret Odasının sadece hakemi seçen merci ve sekreterya görevi yapmış bulunmasının, hakem kararının Türk hakem kararı olmasını engellemiyeceğini de belirtmiştir.

311) KORAL Hakemliğin Milliyeti ve Yargıtay XV. Hukuk Dairesinin 1976 (tarihli) Kararının Eleştirisi, Hıfzı Timur'un Anısına Armağan 1979 469.

kemlerin yabancı olması, tahkim anlaşmasının yapıldığı veya hakemlerin toplandığı veya hakem kararının tefhim, tebliğ veya tevdi olunduğu yerin yabancı bir ülkede bulunması bu karara "yabancı" vasfının verilmesi için yeterli değildir. Keza tahkim konusunu teşkil eden hukukî ihtilafa uygulanan maddî hukuk da hakem kararının millîliği veya yabancılığı üzerinde herhangi bir role sahip değildir. Türk mahkemelerinin tahkime konu olan ihtilafı görmeye milletlerarası yetkisinin bulunması da önem taşımaz.

Bir hakem kararının birden çok hukuk nizamının usul hükümlerine uygun düşecek tarzda neticelendirilmiş olması mümkündür. Böyle bir durumda tahkime hangi hukuk nizamının uygulandığı taraf iradelerinden çıkarılabilir. Veya hangi usul hukukunun "gerçekten" uygulandığının tayini gerekir. Bu konuda son ölçü olarak hakem kararının verildiği yer dikkate alınabilir (m. 45 f, g ve l)[312]. Nitekim, taraf iradelerine göre hakem kararının "milliyetinin" tayin edilemediği hallerde, tenfize ilişkin hükümler hakem kararının verildiği yer kriterinden ("ülkesellik prensibi") hareket etmektedir. 45 inci maddenin (f), (g) ve (l) bendlerinde yer alan hükümler, hakem kararının belirli bir hukuka bağlanması[313] esasından hareket edildiğini ve bu sebeple tarafların iradelerinin bulunmaması halinde hakem kararının verildiği mahallin[314] tercih edildiğini göstermektedir.

V. TENFİZ

1. Yabancı hakem kararlarının Türkiye'de tenfizi ilk, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun ile düzenlenmiştir (m. 43-45).

Yabancı hakem kararlarının, Türkiye'de tenfizi değil de, sadece kesin hüküm veya kesin delil olarak ileri sürülmesi, yani "tanınması" da söz konusu olabilir. Mahkeme kararlarının aksine, hakem kararlarının tanınma ve tenfizinde, tanımayı tenfizden farklı hükümlere tâbi tutmayı gerektirecek bir nitelik farkı mevcut değildir. Bu bakımdan hakem kararlarının sadece tanınması da aynen tenfiz şartlarına tâbi olarak gerçekleştirilir.

Daha önce yabancı hakem kararları konusunda Türk hukukunda herhangi bir hüküm yoktu. Yargıtay sözü edilen 1951 tarihli kararıyla, yabancı hakem kararlarının yabancı mahkeme kararları gibi Türkiye'de tenfiz edilebileceği prensibini benimsemişti. Yargıtay yabancı hakem kararlarının, yabancı bir devlet

312) Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, 10.3.1976 tarihli bir kararında, yabancılık vasfının tayininde hakem kararının verildiği "mahal" kriterine de yer vermiş gözükmektedir. Bu kararın ve getirmiş olduğu mahal kriterinin eleştirisi için bkz. KORAL (yukarıda dip n. 311) 419 vd..

313) Yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin hükümler "bir hakem mahkemesinin yer yüzünün üzerinde taht kuramıyacağı, havada asılı kalmıyacağı, yeryüzünün herhangi bir yerine inmek mecburiyetinde olduğu" (RAAPE IPR 557) esasından hareket etmektedirler. Bu esas, aynı zamanda "milletlerarası" nitelikteki hakem kararlarının düşünülmediği ve dikkate alınmadığını da göstermektedir.

314) Hakem kararının verildiği "yer", hakemliğin cereyan ettiği veya usulün cereyan ettiği mahal olarak anlaşılmalıdır; bkz. NOMER Hakemlik 503.

mahkemesinden verilmiş kararlar gibi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun mülga 537 ilâ 545 inci madde hükümlerine göre Türkiye'de tenfiz kararı alındıktan sonra Türkiye'de icra edilebileceği görüşünü muhafaza etmiş idi[315].

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkındaki Kanuna göre, "kesinleşmiş" ve "icra kabiliyeti kazanmış" yabancı hakem kararları Türkiye'de tenfiz edilebilir (m. 43 I).

Yabancı hakem kararının tenfizi için yetkili mahkemenin (m. 43 II), yabancı mahkeme kararlarının tenfizi usulünde olduğu gibi, yabancı hakem kararının tenfizine karar vermesi gerekir.

Yabancı hakem mahkemesi kararına yabancı bir devlet mahkemesi tarafından verilen icra edilebilirlik gücü (tenfiz kararı), ülkede hukukî bir etkiye sahip değildir, yani bu güç ülkeye teşmil edilemez. Sadece, ülkede verilen tenfiz kararı, yabancı hakem kararına ülkede icra edilebilirlik imkânı verir. Tenfiz şartlarının incelenmesinde, tenfiz mahkemesi hâkimi hakem mahkemesinin hukukî ve maddî tesbitleriyle de bağlı değildir.

Yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde olduğu gibi, yabancı hakem kararlarının, maddî içerik yönünden "doğruluğu" inceleme konusu yapılamaz. Burada da "révision au fond" yasağı prensip olarak geçerlidir. Bu prensibin istisnası, yabancı mahkeme kararlarının tanınma ve tenfizinde de olduğu üzere, hakem kararının kamu düzenine aykırılığının söz konusu olması hâlinde ortaya çıkar.

Yetkili mahkeme, gerek tenfiz şartları bakımından gerekse yabancı hakem kararının karşılaştığı itirazlar bakımından yabancı hakem kararının "tamamen" veya "kısmen" tenfizine karar verebileceği gibi, tamamen "reddine" de hükmedebilir (m. 44 II). Ancak, yabancı hakem kararının Türk mahkemesince "iptal" edilmesi söz konusu değildir.

Kanun, yabancı hakem kararlarının *tenfiz şartlarını*, yabancı mahkeme kararlarının tenfiz şartlarından tamamen farklı olarak mütalaa etmiş ve teferruatlı bir şekilde düzenlemiştir.

Yabancı hakem kararlarının tenfizi talebi aşağıda sıralanan *hallerde*, reddedilmek mecburiyetindedir (m. 45) :

a) Tahkim sözleşmesinin yapılmamış veya esas sözleşmeye tahkim şartının konulmamış olması.

315) Mahkeme kararlarının tenfizinde yer alan Türkiye ile kararı veren Devlet arasında karşılıklı olma esasına dayanan bir sözleşmenin bulunması şartı, yabancı hakem kararlarının Türkiye'de icrası imkânını geniş ölçüde kaldırmakta, böylece milletlerarası tahkimi Türk hukuku bakımından işleyemez bir duruma getirmekteydi. Zira sadece İtalya (RG. 3.3.1929-1133) ve Avusturya (RG. 4.8.1931-1864) ile bu konuda sözleşme mevcut idi.

Tahkim sözleşmesinin yapılmamış olması veya esas sözleşmede tahkim şartına yer verilmemiş bulunması veya yapılan tahkim anlaşmasının geçersiz olması hakem kararının tenfizi talebinin reddini gerektirir. Bu, hiç kimsenin rızası hilafına, tâbi olduğu devlet mahkemelerinden başka bir makam veya merci önüne çıkarılamayacağı şeklindeki Anayasa hukuku ilkesinin (Anayasa m.37) bir gereği olmaktadır. Tahkim anlaşması esas akdin geçerliliğinden bağımsız olarak değerlendirilir. Esas akit geçerli olsa bile, tahkim anlaşması geçerli olmayabilir. Bu bakımdan her iki anlaşmanın geçerli olup olmadığı ayrı ayrı araştırlacaktır[316]. Ancak, yabancı hakem kararlarının tenfizi usulünde, tenfiz hâkiminin, geniş anlamda usul hukuku görüş açısıyla yetkilendirilmiş olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Tenfiz hâkiminin, yapılmış anlaşmaları maddî hukuk bakımından yeniden inceleme yetkisi yoktur. Maddî hukuka ait bir ihtilaf hakkında karar veremeyecektir. Meselâ, maddî hukuka ait bir ihtilaf niteliğinde olduğundan, bir tahkim anlaşmasının muvazaa olup olmadığı hakkında tenfiz hâkimi inceleme yapmak ve karar vermek yetkisine sahip değildir.

b) Hakem kararının genel ahlâka veya kamu düzenine aykırı olması.

Hakem kararının kamu düzenine aykırılığı, kararın tenfizi safhasında inceleme konusu yapılabilir[317]. Tahkim sözleşmesinde bir tarafın diğeri üzerinde ekonomik üstünlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesi yaptırması veya tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozacak hükümler kabul ettirmesi, ahlâka aykırılığı sebebiyle yapılan tahkim sözleşmesinin geçersizliğine sebebiyet verebileceği gibi[318], hakem kararını da kamu düzenine aykırı hâle getirir. Ayrıca, hakem kararının esasına ilişkin hususlarda iyi niyet kuralını, hakkın kötüye kullanılması ve taraflar arasında ayırım yapma yasağını ihlâl eden hakem kararları da kamu düzenine aykırı kabul edilir.

Hakem kararının kesinleşmiş bir Türk mahkemesi kararı ile bağdaşmayan hükümleri kamu düzenine aykırılık sebebiyle Türkiye'de tenfiz imkânına sahip değildir. Yabancı hakem kararlarının genel ahlâka veya kamu düzenine aykırılığı özellikle taraflardan birini Türk kanunlarına göre yasaklanmış bulunan bir fiile mahkûm etmiş olması veya toplumun ahlak anlayışına ters düşen bir hükme sahip bulunması halinde ortaya çıkabilir.

Kararı vermiş bulunan hakem veya hakemlerin bağımsızlığına ilişkin şüpheler, hakem kararında hakemlerin bağımlılıklarının etki ve belirtilerini taşıması halinde kamu düzeninin müdahalesine sebep teşkil edebilir[319]. Şüphesiz, ha-

316) Yar. 19.HD., 15.11.1995 (E.9108/K.9685). Ve bkz. GEIMER Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Deutschland 1995, 203. Buna mukabil, geçerli bir esas akit bulunmuyorsa, tahkim şartının da geçersiz olacağı hakkında yanlış bir karar: Yar. 15.HD., 19.2.1990 (E.5255/K.679).

317) Bkz. NOMER Hakem Kararının Kamu Düzenine Aykırılığı ve Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği: MHB 1-2/1990 129 vd..

318) Bkz. Yar. 13. HD., 25.4.1991 (YKD 8/1991 1222 vd.).

319) NOMER Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı: MHB 1/1984 29-31; NOMER Die Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche nach türkischem Recht: DIS MITTEILUNGEN 1/91, s. 15. Alman Federal mahkemesi, hakemlerin bağımsızlıklarının konu edildiği bir kararında (BGZ 52, 184), bir Doğu Avrupası Devletinin (olayda Yugoslavya) Ticaret Odası nezdindeki daimî hakem mahkemesinden Doğu Avrupa ülkelerinde mevcut devletçi ekono-

kemin "tarafsızlığı" hakkında şüphe yaratacak unsurların bulunması da, genel ahlaka ve kamu düzenine aykırılık sebebiyle hakem kararının tenfizini engelleyebilir. Ancak burada, özellikle hakem ile taraflar arasındaki ilişkiler, bir hâkimin taraflarla olan ilişkisine oranla çok daha anlayışla karşılanacaktır. Hakem ile taraflar arasındaki ilişkilerin taşıdığı "özellik", hakemin tarafsızlığını belirlemede ölçü olarak nazara alınacaktır. Meselâ, taraflardan birinin avukatlığını yapan ve taraflar arasındaki sözleşmeyi hazırlamış bulunan bir şahsın, bu sözleşmenin yorumuna bağlı bir ihtilaf için hakemlik yapmasında, hakemin tarafsızlığından söz etmek mümkün olamaz.

Hakem kararında **keyfiliğin** hâkim olması da kamu düzeninin müdahalesini gerektirebilir. Şüphesiz, tâbi oldukları hukukun kendilerine tanımış bulunduğu yetki çerçevesinde, taraflar hakemlerin "hak ve nesafete göre" hüküm vermelerini isteyebilirler. Ancak böyle bir yetkiye dayanılarak, hakemlerin kararlarında keyfiliği benimsemeleri mümkün değildir. Hakem kararında keyfilik hâkim ise bu ahlâka ve kamu düzenine aykırılık teşkil eder. Burada, hakem kararında keyfiliğin hâkim olduğu sonucuna varabilmek için, hakem kararının hak ve nesafet ilkelerine açıkca aykırı olması, yani açık ve belirli bir haksızlığı ifade etmesi gerekir[320]. Buna mukabil hakem kararında gerekçenin bulunmaması keyfiliği ifade etmez. Milletlerarası ticarî tahkim alanında, hakem kararlarının gerekçesiz olması, hakem kararının tenfizinin reddi için yeterli bir sebep olarak görülmemektedir. Ancak tamamen çelişkili ve tutarsız gerekçelere dayanan bir hakem kararı kamu düzeni gerekçesiyle redde uğrayabilir.

HUMK m. 445-454 anlamında yargılamanın iadesi sebeplerinin mevcut olması (HUMK m. 534), Türk kamu düzenine aykırılık olarak görülemez. Meğerki, davalı taraf kendi kusuru olmaksızın tahkim davasında bulunmak, dinlenmek ve delil ikame etmek imkânından mahrum kılınmış olsun (m. 45/e).

c) Hakem kararına konu olan uyuşmazlığın Türk kanunlarına göre tahkim yoluyla çözümünün mümkün olmaması.

---

mik sistem sebebiyle ihtilaflı konularda tarafsız karar vermesinin beklenememesini kamu düzenini ihlâl olarak kabul etmemiştir. Bununla beraber, hakem mahkemesinin statüsünde ve oluşumunda, usul hukukunun hakemlerin bağımsızlığını temin edici genel ilkelerine aykırılık bulunuyorsa, bu durumun da, hakem kararına yansımasına bağlı olmaksızın, hakem kararını kamu düzenine aykırı hâle getirebilmesi mümkündür; bkz. ŞANLI Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları 1977, 322 vd.

Genel ahlâka veya kamu düzenine aykırılığın, hakemlerin verdiği "kararda" ortaya çıkması prensibi, Paris Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Tüzüğünün 27. maddesi bakımından da önem taşır. Bu madde, hakem kararının imzalanmasından önce, kararın şeklen Tahkim Divanınca kontrol edileceği hükmünü getirmiştir. Ancak bu kontrol kararın şekline ilişkin olduğu ve "hakemin karar özgürlüğü" saklı tutulduğu için, bu Tüzüğe göre verilmiş olan hakem kararlarının Türk kamu düzenine aykırılığından söz edilemez: Yar. 15.HD., 10.7.1991 (E.2383/K.3667) ve 1.10.1992 (E.1736/K.4425); farklı anlamda: Yar. 15. HD., 10.3.1976 (bkz. yukarıda s. 410, dip n. 252); KURU Hukuk Muhakemeleri Usulü IV 1991 4138. Ve ayrıca bkz. ÜSTÜNDAĞ Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, II. Tahkim Haftası, Ankara 1984, 258/259; "Hakem Mahkemelerinin Maddi Bağımsızlığı" (terc. Üstündağ/Tanverdi): İBD 1-2-3/1987 5 vd. [16]; ALANGOYA Die Vollstreckung auslaendischer Schiedssprüche nach türkischem Recht: Fschr Karl Heinz Schwab 1990, Sonderausdruck s. 8.

320) Aynı anlamda bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. Journal des Tribunaux, 30.4.1983 gün, Sayı: 8, Yıl 131 (terc. DAYINLARLI: YD 4/1984 537-540).

d) Taraflardan birinin hakemler önünde usulüne göre temsil edilmemiş ve yapılan işlemleri sonradan açıkça kabul etmemiş olması.

e) Hakkında hakem kararının tenfizi istenen tarafın hakem seçiminde usulen haberdar edilmemiş olması veya iddia ve savunma imkânından mahrum bırakılmış olması.

İddia ve savunma imkânından mahrum bırakılmamış olmak, ilgili tarafın, öncelikle tahkimden zamanında haberdar edilmesi, yeterince süre verilmek suretiyle duruşmaya davet edilmesi yanında, seçtiği yetkili kişi tarafından temsil edilebilmesi, delillerini ileri sürebilmesi ve dosyadaki belgeleri inceleyebilmesi imkânının verilmesi ile gerçekleşmiş olur.

Bu bend hükmünde yer alan red sebebi, genel olarak hakkında tenfiz istenilen tarafın hakem mahkemesince davada **hukuken dinlenmemiş olması** halini de kapsar. Ancak ilgili tarafın kendi kusuru ile hakem mahkemesinde bulunma ve dinlenme imkanını kaçırmış olması, hakem kararının reddi için bir sebep olamaz. Bu benddeki red sebebleri, kamu düzeni ile de sıkı bir ilişki içerisindedir. Ancak kamu düzeninin müdahalesi de ilgili tarafın kendi kusuru olmaksızın hakem seçiminden haberdar olmaması veya iddia ve savunma imkânından mahrum bırakılmış olması durumlarında söz konusu olabilir (m. 45/b).

İddia ve savunma hakkının ihlâl edilmesi, hakem mahkemesinin uygulamasından olabileceği gibi, onun tâbi olduğu kanun veya kurallarından da ileri gelebilir. Burada kamu düzenin müdahalesini gerektirecek olan husus, hakem mahkemesince uygulanan usul kurallarının savunma hakkının kullanımını önlemesi veya özellikle sürelere ilişkin hükümlerin savunma hakkının tam olarak kullanılmasını engelleyici ölçüde olmasıdır.

f) Tahkim sözleşmesinin veya tahkim şartının taraflarca tâbi kılındığı kanuna, bu konuda bir anlaşma yoksa hakem hükmünün verildiği yer hukukuna göre hükümsüz olması.

g) Hakemlerin seçimi veya hakemlerin uyguladığı usulün tarafların anlaşmasına, böyle bir anlaşma yok ise hakem hükmünün verildiği yer hukukuna aykırı olması.

h) Hakem kararının, hakem sözleşmesinde veya şartında yer almayan bir hususa ilişkin olması veya sözleşme veya şartın sınırlarını aşmış olması halinde, (sadece bu kısımlar hakkında).

i) Hakem kararının, tâbi olduğu veya verildiği yer hukuku hükümlerine göre kesinleşmemiş veya icra kabiliyeti kazanmamış olması veya verildiği yerin yetkili makamınca iptal edilmiş bulunması.

Bu bendde yer alan red sebebi ile, hukuken geçerli ve hüküm ifade eden bir hakem kararının mevcudiyeti aranmış olmaktadır. Hukuken geçerli bir kararın mevcut olup olmadığı, hakem kararının tâbi olduğu yabancı usul hukukuna göre tetkik edilecektir. Ayrıca bu bend hükmüne göre, kanun yollarına başvurulması sebebiyle yabancı hakem kararının herhangi bir hakem mahkemesinin veya adlî bir mahkemenin müdahalesi altında bulunmaması şarttır. Eğer

yabancı hakem kararının hukukî geçerliliği ve hüküm ifade etmesi için ilgili usul hukukuna göre bir icra (tenfiz) kararı gerekli ise, bu gereklilik de Türkiye'de hakem kararının tenfizi istenmeden önce yerine gelmiş olmalıdır. Bunun anlamı bir çifte tenfiz ("Exequatur") usulünün uygulanmasıdır. Kısaca, Türk mahkemesine tenfiz için müracaat edildiğinde[321], yabancı hakem kararı, tâbi olduğu usul hukukuna göre geçerli ve hüküm ifade eden bir karar olmalıdır.

Yukarıdaki d, e, f, g, h ve i bendlerinde yer alan red sebeplerinde isbat yükü, hakkında tenfiz istenen tarafa aittir.

Kanun yabancı hakem kararlarının Türkiye'de tenfiz edilebilmeleri için, yabancı mahkeme ilâmlarının tenfiz şartlarından biri olan "mütekabiliyetin" gerçekleşmesini de aramaktadır (m. 44 II). Milletlerarası alanda bir hakem kararının belirli bir ülkeye aidiyetini tesbit etmekteki zorluk ve bazan imkânsızlık bir yana, yetkisini tamamen taraf iradelerine bağlı olarak kullanan bir hakem mahkemesinin kararının tenfizini mütekabiliyete bağlamak müessesenin niteliğiyle de bağdaşmamaktadır.

Yabancı bir hakem kararı, red sebepleri bulunmuyor ve mütekabiliyet de gerçekleşmiş ise, Türkiye'de tenfiz imkânına sahip olabilir. Yetkili mahkemece verilecek tenfiz kararı (m. 40) ile yabancı hakem kararı Türk mahkemesinden verilmiş bir ilâm gibi (m. 41) icra olunma niteliğini kazanır (m. 44 II).

2. Türkiye'nin de katılmış olduğu **Yabancı hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki 10.6.1958 tarihli New York Sözleşmesi**[322], tanınma ve tenfiz talebinin yapıldığı devletten başka bir devlet ülkesinde verilen hakem kararlarına uygulanır. Bu hüküm ile, Sözleşmede, tanınma ve tenfize konu olabilecek yabancı hakem kararları için temel kriter "ülke" (devlet arazisi) olmuştur. Ayrıca, Sözleşmenin, tanıma ve tenfiz talebinin ileri sürüldüğü devlette "yerli" (millî) sayılmayan hakem kararlarına da uygulanacağı kabul edilmiştir (m. 1)[323].

Sözleşme'nin getirmiş olduğu düzenleme, aynı zamanda 2675 sayılı Kanunda yer alan hükümlere de temel teşkil ettiğinden, Sözleşme hükümleri ile Kanunda yer alan hükümler arasında, hemen hemen sadece tanınma ve tenfiz şartlarına ilişkin isbat külfeti bakımından bazı farklılıklar bulunmaktadır[324]. Diğer yandan, Sözleşme (m. 7 I), Kanunda yer alan tanıma ve tenfiz hükümlerinin "en bloc" uygulama imkânını da açık bırakmıştır.

---

321) Bu bakımdan, hakem kararı, tâbi olduğu usul hukukuna göre herhangi bir sebeple "iptal edilebilir" olsa dahi, aleyhine karar alınmış tarafca usulûne uygun olarak süresi içerisinde gerekli hukukî yollara başvurulmamış ise, artık Türk mahkemesinde hakem kararının tenfiz talebine karşı bu yöndeki bir itiraz dinlenemez. Alman Federal Mahkemesinin uygulaması da bu yöndedir; bkz. 26.6.1969 (BGHZ 52, 184) ve 7.1.1971 tarihli (BGHZ 55, 162) tarihli kararlar.

322) RG. 25 Eylül 1991-21002.

323) Türkiye, Sözleşme'nin tanıdığı imkânı kullanarak (m. 1/3), mütekabiliyet prensibi çerçevesinde, Sözleşmeyi sadece diğer bir âkit ülkesinde verilmiş bulunan hakem kararlarının tanınması ve tenfizi hakkında uygulayacağını; ayrıca Sözleşmeyi yalnız akdî veya akit dışı hukukî münasebetlerden kaynaklanan ve Türk hukukuna göre ticarî mahiyette sayılan uyuşmazlıklar hakkında tatbik edeceğini beyan etmiştir (RG. 21 Mayıs 1991-20877).

324) Bkz. NOMER: Avrupa (Cenevre) - New York Sözleşmeleri ve Türk Tahkim Hukuku Sempozyumu, Ankara 1991, s. 83 vd.; Hakem kararının kesinleşme sorunu için bkz. ŞANLI New York Konvansiyonu 95 vd.

VI. HAKEM MÜTALAALARI

Milletlerarası alanda tahkim anlaşmaları gibi muamele gören hakem mütalaaları tahkimden farklı olarak hukukî bir ihtilaf hakkında değil, hukukî bir ihtilafın karara bağlanmasında önemli olan vakıalar hakkında bağlayıcı nitelikteki kararlardır. Tahkim usulünden farklı, daha basit usullere tâbidir. Hakem mütalaası anlaşması hususî hukuka ait bir müessesedir. Tatbikatta özellikle bir malın kalitesine ve değerine ilişkin olarak hakem mütalaasına (kalite hakemliği) başvurulmaktadır[325].

325) GLOSSNER Das Schiedsgericht in der Praxis 1978 117 vd..

§ 26. MİLLETLERARASI ADLÎ YARDIM

I. İSTİNABE

Bir mahkeme prensip olarak sadece kendi yargı alanında faaliyette bulunabilir ve resmî fiillere teşebbüs edebilir. Bu sebeple bir mahkemenin iş alanına dahil bulunan, fakat yargı alanı dışında yapılması gereken resmî fiillerin yapılabilmesi için diğer mahkemelerin yardımından istifade edilir. Buna *istinabe* adı verilir. Bu prensip yabancı ülke ile olan ilişkilerde de geçerlidir. Milletlerarası ilişkilerde "istinabe" *milletlerarası adlî yardım* kavramı içinde yer almaktadır.

Milletlerarası adlî yardımın **konusu** çeşitli ülkelerde farklı olarak belirtilmektedir[326]. Ancak genellikle milletlerarası adlî yardımın konusuna **yabancı ülkelerde yapılacak tebliğat** ile yabancı ülkelerde **delil ikamesi** (istinabe) meselelerinin girdiğinde ittifak görülmektedir. **Mahallî hukuk hakkında** yabancı mahkemelere **bilgi verilmesi de** milletlerarası adlî yardıma giren bir konu olarak kabul edilmektedir[327]. Buna mukabil **yabancı mahkeme kararlarının tanınma ve tenfizi** niteliği itibariyle milletlerarası adlî yardımın konusu dışında kalır.

İkili ve çok taraflı sözleşmeler dışında milletlerarası adlî yardım (istinabe) yapılmasını temin eden bir devletler hukuku mükellefiyeti yoktur. Yargı yetkisinin ülkeyle sınırlı olması, **hiçbir devletin diğer bir devlet ülkesinde** onun izni olmaksızın yargısal **(kazaî) fiillere teşebbüs edemiyeceği** şeklinde, milletlerarası menfî bir teamül kaidesinin oluşmasına sebep olmuştur. Bu kaide, yabancı ülkede tebliğat yapılmasına, davette bulunulmasına ve delil ikame edilmesine ilişkindir. Bu prensibin katı şekilde tatbiki halinde, dava mahkemesinin yabancı ülkedeki kendi vatandaşlarına dahi adî veya taahhütlü mektubla tebliğat yapamıyacağı veya davetiye çıkaramıyacağı sonucuna ulaşılır[328].

---

326) **İngiliz** hukukunda "international legal assistance" veya "service and evidence abroad" kullanılan terimlerdir. **İtalyan** hukukunda "assistenza giudiciaria internazionale", **Alman** hukukunda "internationale Rechtshilfe" denmektedir. **Fransız** hukukunda "assistance judiciaire internationale" kavramında özellikle milletlerarası hukukî ilişkilerde adlî müzaharet meselesine yer verilmektedir.

327) Bu konuda bkz. yukarıda s. 166 ("Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi").

328) Nitekim 1 Mart 1954 tarihli **Usul Hukukuna Dair La Haye Sözleşmesi**, evrakın yabancı ülkede bulunan ilgiliye doğrudan doğruya posta ile gönderilmesini, ülkesi üzerinde tebliğat yapılacak devletin buna itiraz etmemesi şartına bağlamak mecburiyetinde kalmıştır (m. 6 II).

Bununla beraber milletlerarası adlî yardım alanında yabancı mahkeme fiillerine **tahammül** önemli bir rol oynamaktadır. Hemen tekmil devletler, yabancı bir dava mahkemesinin kendi ülkesindeki taraflara, şahitlere veya bilirkişilere doğrudan doğruya posta ile mektup göndermesine tahammül etmektedirler.

Milletlerarası adlî yardım, milletlerarası sözleşmelerle teminat altına alınmadığı sürece, genellikle mütekabiliyet halinde bahşedilen ve **comitas**'a istinad eden karşılıklı nezaket kaideleri **(courtoisie internationale)** olarak nitelendirilmektedir. Bu itibarla milletlerarası adlî yardım prensip olarak konsüler veya diplomatik yolla temin edilir. Yabancı ülkelerin mahkemeleriyle doğrudan temas ancak bu konuda sarih bir yetkinin bulunması halinde mümkün olur. Kendisinden yardım istenen mahkeme kendi hukukuna göre faaliyette bulunur.

Misal : Bir Türk mahkemesinde şahit olarak gösterilen bir Türk (veya yabancı), Türkiye dışında ve meselâ Almanya'nın Stuttgart şehrinde oturmaktadır. Türk mahkemesinin bu kişiyi Almanya'da dinlemesi veya o kişinin Türkiye'ye getirtilerek Türk mahkemesi önüne çıkarılması hukuken mümkün değildir veya çok masraflı ve zordur. Yapılacak şey Stuttgart mahkemesinden adlî yardım talebinde bulunmaktır. Türkiye ile Almanya arasında bir adlî yardım sözleşmesi varsa bu sözleşme hükümlerine göre hareket edilir[329]. Yoksa, Türk mahkemesi şahidin bulunduğu Stuttgart mahkemesini istinabe eder; şahide sorulması gereken soruları bir istinabe talebine yazar ve bunu Cumhuriyet Savcılığı, Adalet Bakanlığı, Dışişleri Bakanlığı ve yetkili Alman makamları aracılığı ile Stuttgart mahkemesine gönderir. Bu mahkeme ilgili kişiyi şahit olarak dinler ve düzenlediği tutanağı aynı yoldan Türk mahkemesine gönderir.

Milletlerarası adlî yardım iki veya çok taraflı sözleşmelerle düzenlenmektedir.

Türkiye yapmış olduğu iki taraflı sözleşmeler yanında, 1 Mart 1954 tarihli Usul Hukukuna Dair La Haye Sözleşmesi[330] ile 15 Kasım 1965 tarihli Hukukî ve Ticarî Konularda Adlî ve Gayri Adlî Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair La Haye Sözleşmesine[331] de katılmıştır[332].

---

329) Türkiye ile Federal Almanya Arasındaki Hukukî ve Ticarî Mevaddı Adliyeye Müteallik Münasebatı Mütekabilliyeye Dair Mukavelename (RG. 4 Haziran 1930-1511). Ayrıca gerek Türkiye, gerekse Almanya 1 Mart 1954 tarihli **Usul Hukukuna Dair La Haye Sözleşmesi** (RG. 23 Mayıs 1972-14119) ile 15 Kasım 1965 tarihli **Hukukî ve Ticarî Konularda Adlî ve Gayrî Adlî Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair La Haye Sözleşmesine** (RG. 17 Haziran 1972-14218 ve ilgili Adalet Bakanlığı Tebliği: RG. 20 Şubat 1973-14454) taraftırlar.

330) RG. 23 Mayıs 1972-14194.

331) RG. 17 Haziran 1972-14218.

332) Adalet Bakanlığı'nın Yabancı Memleketlere Gönderilecek Tebliğ Evrakı ve Masrafı ile Kendilerine Tebligat Yapılamıyacak Şahıslara ilişkin 17 Mart 1980 tarihli **Tebliğ**'inde (RG. 17 Mart 1980-16902) Türkiye'nin akdettiği iki taraflı sözleşmeler ile katılmış bulunduğu yukarıda sözü edilen çok taraflı sözleşmeler dahil olmak üzere, yabancı ülkelere gönderilecek istinabe talepleri ve tebliğler hakkında ayrıntılı bilgi verilmektedir. Bu Tebliği tamamlayan diğer tebliğler ve bu konuda geniş bilgi için bkz. KURU 4 1991 4323 vd.; ERDEM Türk Milletlerarası Usul Hukukunda Tebligat, 1992.

Türkiye ayrıca 27 Ocak 1977 tarihli **"Adlî Yardım Taleplerinin İletilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesini"** de onaylamış bulunmaktadır (RG. 4 Ocak 1983 - 17918). Bu Sözleşmeyle, her âkit devlet kendi ülkesinde mutaden oturan her şahsın, diğer âkit devlet ülkesinde yerine getirilecek olan hukukî, ticarî ve idarî konulardaki adlî yardım taleplerini bu âkit devlete iletmek (m. 1) ve kendisine adlî yardım talebi iletilen devlet de bunları kabul ve işleme koymakla yükümlü tutulmaktadır (m. 2).

II. TEBLİGAT

Yabancı ülkelerde *kişilere* yapılacak *tebligat* da milletlerarası adlî yardıma dahildir.

Yabancı ülkelerde yapılacak tebligat, Tebligat Kanunu (m. 25-27)[333] ile Tebligat Tüzüğünde (m. 36-43)[334] düzenlenmiştir. Türkiye ayrıca bir çok devletle iki taraflı adlî yardımlaşma anlaşması yapmış ve yukarıda sözü edilen konuyla ilgili en önemli iki milletlerarası çok taraflı sözleşmeye katılmıştır. Bu duruma göre;

1. Türkiye ile tebligatın yapılacağı yabancı ülke arasında milletlerarası bir sözleşme mevcut değil ise, Tebligat Kanununun ilgili hükümleri (m. 25 vd.) uyarınca hareket edilecektir. Buna göre, esas prensip tebligatı çıkaran makamın tebliğ edilecek evrakı bağlı bulunduğu Bakanlık vasıtasıyla Dışişleri Bakanlığına göndermesi, evrakın görev bölgesi gözönünde bulundurularak ilgili Türkiye Elçiliğine veya Konsolosluğuna intikal ettirilmesi ve bunların bulundukları yer hukukuna uygun şekilde yetkili makamlardan tebligat yapılmasını istemeleridir. Diplomatik usullere tâbi olan bu yol uzun zamana ihtiyaç göstermektedir.

2. Türkiye ile tebligatın yapılacağı yabancı ülke arasında tek bir milletlerarası sözleşmenin bulunması halinde[335], tebligatın tarafları bağlayan bu sözleşme hükümlerine göre yapılacağı hususunda tereddüt yoktur.

3. Türkiye'nin tebligatın yapılacağı yabancı ülke ile birlikte birden çok milletlerarası sözleşmeye taraf olması halinde, bu sözleşmelerden hangisinin diğerine veya diğerlerine tercih edileceği tesbit edilmek gerekir.

a) Hukuk Usulüne Dair La Haye Sözleşmesi ile Hukukî ve Ticarî Konularda Adlî ve Gayrî Adlî Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair La Haye Sözleşmeleri arasındaki ilişkide, Hukuk Usulüne dair Sözleşme, Tebligat Sözleşmesinden daha geniş kapsamlıdır. Ayrıca tebligatla ilgili hükümler bakımından da aralarında farklılıklar mevcuttur. Ancak Tebligat Sözleşmesi konuya açıklık getirerek (m. 22), her iki Sözleşmeye taraf olan ülkeler açısından, tebligatın Tebligat Sözleşmesine göre yapılacağı, diğer konularda Hukuk Usulüne dair Sözleşme hükümlerinin uygulanacağı esasını kabul etmiştir.

b) Türkiye'nin iki taraflı adlî yardım anlaşması yaptığı ülkelerle birlikte, aynı zamanda Hukuk Usulüne dair Sözleşmeye ve (veya) Tebligat Sözleşmesine taraf olması ihtimalinde, tebligat konusunda iki taraflı sözleşmenin mi yoksa çok taraflı sözleşmelerin mi tercih edileceği konusu, yine Tebligat Sözleşmesinin bir hükmü (m. 25) ile halledilmiştir. Buna göre, iki taraflı adlî yardım söz-

333) RG. 19 Şubat 1959-10139.

334) RG. 11 Eylül 1959-10303; RG. 5 Aralık 1987-19655.

335) Türkiye'nin taraf olduğu adlî yardım konulu sözleşmelerin listesi için bkz. ÇELİKEL / ŞANLI 56.

leşmelerinin uygulanması La Haye Sözleşmeleri ile engellenmiş değildir[336]. Bu duruma göre, tebliğ evrakının gönderileceği ülke ile Türkiye arasında adlî yardım konusunda iki taraflı ve aynı zamanda çok taraflı sözleşme mevcut ise, mahkeme bu iki sözleşmenin getirdiği hükümlerden hangisi tebligatın daha kolay ve süratle yapılmasına imkân veriyorsa onu tatbikte serbest olacaktır[337].

336) Gerçi Hukuk Usulüne dair Sözleşmede, Tebligat Sözleşmesinde yer alan 25 inci maddedekine benzer bir hüküm mevcut değildir. Ancak Hukuk Usulüne dair Sözleşmenin de iki taraflı adlî yardım sözleşmelerinin tebligatla ilgili hükümlerini yürürlükten kaldırmadığı muhakkaktır.

337) Bu bakımdan, Adalet Bakanlığının 17.3.1980 tarihli Tebliğinin (bkz. yukarıda n. 332) 3. Kısmının 1. fıkrasında yer alan ve iki taraflı sözleşmeler karşısında çok taraflı sözleşme hükümlerinin tercihen uygulanacağını belirten prensip doğru olmadığı gibi, maksada da uygun değildir; bkz. SAKMAR Hukukî ve Ticarî Konularda Yabancı Ülkelere Tebligat: MHB 2/1982 25; aksi fikir: MOROĞLU / MUŞUL Tebligat Hukuku I 1990, s. 118 m. 174.

Kanunlar

TÜRKİYE'DE BULUNAN YABANCILARIN HUKUK VE VAZİFELERİ HAKKINDA MUVAKKAT KANUN*

23 Şubat 1330

MADDE 4 — Ecnebi teb'aya müteallik ve gayrimenkul mallara ait bilcümle davalar ile sair hukuk ve ticaret ve ceza işlerine ait davalar Türk teb'ası alakadar olmasa dahi Türk Devletinin mahkemelerinde Türk kanun, nizam ve usulüne tevfikan rûyet olunur. Şu kadar ki, ecnebi teb'aya müteallik olup da nikâh akdi ve feshi nikâh ve ayrılık ve babalık ve nesep ve evlâd edinme gibi aile hukukuna ve rüşt ve mezuniyet ve hacir ve vesâyet gibi ehliyete ve menkul mallara ait vasiyet ve terekelere müteallik bulunan davaların Türk mahkemelerinde rûyet edilebilmesi tarafların birrıza müracaatına veya Türk teb'asının alâkadar bulunmasına veyahut Türk mahkemelerinde derdesti rûyet davalara müteferri olmasına mütevakkıftır. Ve bu suretle Devletin âmme intizamına mugayir olmamak şartiyle alâkadarın tâbi oldukları Hükûmetin kanunlarına ve kanunlar ihtilâfı halinde Devletler Hususî Hukuku kaidelerine tevfikan muamele olunur.

(*) Neşri: 1 Mart 1331 - Takvimi Vakayi, No. 2111; Düstur, Tertip II, Cilt 7, s. 458; Sicilli Kavanin: Cilt 1, s. 658/659. Yürürlükten kalkış tarihi: 22 Kasım 1982.

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK VE USUL HUKUKU HAKKINDA KANUN*

Kanun No. 2675 Kabul Tarihi : 20/5/1982

1. Kısım
MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK

I. Bölüm
GENEL HÜKÜMLER

Kapsam :

MADDE 1. — Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizi bu Kanunla düzenlenmiştir.

Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır.

Yabancı Hukukun Uygulanması :

MADDE 2. — Hâkim, Türk kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku resen uygular. Hâkim, yetkili yabancı hukukun muhtevasının tesbitinde tarafların yardımını isteyebilir.

(*) RG. 22 Mayıs 1982 - 17701.

Yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin tüm araştırmalara rağmen tesbit edilememesi halinde, Türk hukuku uygulanır.

Uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının bir başka hukuku yetkili kılması halinde bu hukukun maddî hükümleri uygulanır.

Değişken İhtilaflar :

MADDE 3. — Yetkili hukukun vatandaşlık, ikametgâh veya mutad mesken esaslarına göre tayin edildiği hallerde, aksine hüküm olmadıkça, dava tarihindeki vatandaşlık, ikametgâh veya mutad mesken esas alınır.

Vatandaşlık Esasına Göre Yetkili Hukuk :

MADDE 4. — Bu Kanun hükümleri uyarınca yetkili olan hukukun vatandaşlık esasına göre tayin edildiği hallerde, bu Kanunda aksi öngörülmedikçe:

a) Vatansızlar hakkında ikametgâh, bulunmadığı hallerde mutad mesken, o da yoksa dava tarihinde bulunduğu devlet hukuku,

b) Birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanlar hakkında, bunların aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları halinde Türk hukuku,

c) Birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olup, aynı zamanda Türk vatandaşı olmayanlar hakkında, daha sıkı ilişki halinde bulundukları devlet hukuku uygulanır.

Kamu Düzenine Aykırılık :

MADDE 5. — Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hallerde, Türk hukuku uygulanır.

Hukukî İşlemlerde Şekil :

MADDE 6. — Hukukî işlemler, yapıldıkları yer hukukunun veya o hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir.

Zamanaşımı :

MADDE 7. — Zamanaşımı, hukukî işlem ve ilişkinin esasına uygulanan hukuka tâbidir.

II. Bölüm

KANUNLAR İHTİLAFI KURALLARI

Ehliyet :

MADDE 8. — Hak ve fiil ehliyeti ilgilinin millî hukukuna tâbidir.

Millî hukukuna göre ehliyetsiz olan bir yabancı Türk hukukuna göre ehil ise, Türkiye'de yaptığı hukukî işlemle bağlıdır. Aile ve miras hukuku ile yabancı ülkedeki taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklara ilişkin işlemler bu hükmün dışındadır.

Kişinin millî kanunu ile kazandığı rüşt hali vatandaşlığının değişmesi ile sona ermez.

Tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri, statülerindeki idare merkezi hukukuna tâbidir. Ancak fiilî idare merkezinin Türkiye'de olması halinde Türk hukuku uygulanabilir.

Vesâyet, Hacir ve Kayyımlık :

MADDE 9. — Vesâyet veya hacir kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebepleri, hakkında vesâyet veya hacir kararının verilmesi veya sona erdirilmesi istenen kişinin millî hukukuna tâbidir.

Yabancının millî hukukuna göre vesâyet veya hacir kararı alınması mümkün olmayan hallerde bu kişinin mutad meskeni Türkiye'de ise Türk hukukuna göre vesâyet veya hacir kararı verilebilir veya kaldırılabilir.

Vesâyet veya hacir kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebepleri dışında kalan bütün hacir veya vesâyete ilişkin hususlar ve kayyımlık Türk hukukuna tâbidir.

Gaiplik veya Ölmüş Sayılma :

MADDE 10. — Gaiplik veya ölmüş sayılma kararı, hakkında karar verilecek kişinin millî hukukuna tâbidir. Millî hukukuna göre hakkında gaiplik veya ölmüş sayılma kararı verilemeyen kişinin mallarının Türkiye'de bulunması veya eşinin veya mirasçılardan birinin Türk vatandaşı olması halinde Türk hukukuna göre gaiplik veya ölmüş sayılma kararı verilir.

Nişanlanma :

MADDE 11. — Nişanlanma ehliyeti ve şartları taraflardan her birinin kendi millî hukukuna tâbidir.

Nişanlanmanın hükümlerine ve sonuçlarına müşterek millî hukuk, taraflar ayrı vatandaşlıkta iseler Türk hukuku uygulanır.

Evlenme :

MADDE 12. — Evlenme ehliyetine ve şartlarına taraflardan her birinin evlenme anındaki millî hukuku uygulanır. Evlenmenin şekli, yapıldığı yer hukukuna tâbidir. Milletlerarası sözleşmeler hükümlerine göre konsolosluklarda yapılan evlenmeler geçerlidir.

Evlenmenin genel hükümleri, eşlerin müşterek millî hukukuna tâbidir. Tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları halinde müşterek ikametgâh hukuku, bulunmadığı takdirde müşterek mutad meskenleri hukuku, bunun da bulunmaması halinde Türk hukuku uygulanır.

Boşanma ve Ayrılık :

MADDE 13. — Boşanma ve ayrılık sebepleri ve hükümleri eşlerin müşterek millî hukukuna tâbidir.

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

Geçici tedbir niteliğinde olmayan boşanma ve ayrılıkla ilgili nafaka talepleri, boşanma ve ayrılık hakkında yetkili olan hukuka tâbidir.

Evlilik Malları :

MADDE 14. — Evlilik malları hakkında eşler ikametgâh veya evlenme anındaki millî hukuklarından birini seçebilirler; böyle bir seçim yapılmamış olan hallerde evlilik malları hakkında evlenme anındaki müşterek millî hukuk, müşterek bir millî hukukun bulunmadığı hallerde, evlenme anındaki müşterek ikametgâh hukuku, bu da bulunmadığı takdirde, malların bulunduğu yer hukuku uygulanır.

Evlenmeden sonra yeni bir müşterek hukuka sahip olan eşler, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak üzere, bu yeni hukuka tâbi olabilirler.

Evlilik İçi Nesep :

MADDE 15. — Evlilik içi nesep ilişkileri, doğum anındaki evlenmenin genel hükümlerini düzenleyen hukuka tâbidir.

Nesebin Düzeltilmesi :

MADDE 16. — Nesebin düzeltilmesi, babanın düzeltme anındaki millî hukukuna, nesebin bu hukuka göre düzeltilememesi halinde ananın millî hukukuna, buna göre dahi düzeltmenin mümkün olmaması halinde, çocuğun millî hukukuna tâbidir.

Evlilik Dışı Nesep :

MADDE 17. — Evlilik dışı çocuk ile ana arasındaki kişisel ve malî ilişkilere ananın millî hukuku, çocuk ile baba arasındaki kişisel ve malî ilişkilere ise babanın millî hukuku uygulanır.

Evlât Edinme :

MADDE 18. — Evlât edinme ehliyeti ve şartları hakkında, taraflardan her birinin evlât edinme anındaki millî hukuku uygulanır.

Evlât edinmenin hükümleri evlât edinenin millî hukukuna, birlikte evlât edinme halinde ise evlenmenin genel hükümlerini düzenleyen hukuka tâbidir.

Evlât edinmeye diğer eşin rızası konusunda eşlerin millî hukukları birlikte uygulanır.

Velâyet :

MADDE 19. — Velâyet, nesebi düzenleyen hukuka tâbidir.

Boşanmada Velâyet :

MADDE 20. — Boşanmada velâyet ve velâyete ilişkin sorunlar hakkında boşanmanın tâbi olduğu hukuk uygulanır.

Yardım Nafakası :

MADDE 21. — Yardım nafakası borçlunun millî hukukuna tâbidir.

Miras :

MADDE 22. — Miras ölenin millî hukukuna tâbidir. Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar hakkında Türk hukuku uygulanır.

Mirasın açılmasına, iktisabına ve taksimine ilişkin hükümler terekenin bulunduğu yer hukukuna tâbidir.

Türkiye'de bulunan mirasçısız tereke Devlete kalır.

Ölüme bağlı tasarrufun şekli 6 ncı madde hükmüne bağlıdır. Ölenin millî hukukuna uygun şekilde yapılan ölüme bağlı tasarruflar da geçerlidir.

Ölüme bağlı tasarruf ehliyeti, tasarrufta bulunanın, tasarrufun yapıldığı andaki millî hukukuna tâbidir.

Aynî Haklar:

MADDE 23. — Taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet hakkı ve diğer aynî haklar malların bulunduğu yer hukukuna tâbidir.

Taşınmakta olan mallar üzerindeki aynî haklara varma yeri hukuku uygulanır.

Yer değişikliği halinde henüz kazanılmamış aynî haklar malın son bulunduğu yer hukukuna tâbidir.

Taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklara ilişkin hukukî işlemler şekil yönünden bu malların bulundukları yer hukukuna tâbidir.

Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri :

MADDE 24. — Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri kanuna tâbidir.

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

Haksız Fiiller :

MADDE 25. — Haksız fiilden doğan borçlar haksız fiilin işlendiği yer hukukuna tâbidir.

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.

Sebepsiz İktisap :

MADDE 26. — Sebepsiz iktisap hukukî bir ilişkiye dayanıyorsa bu ilişkinin tâbi olduğu hukuk, diğer hallerde sebepsiz iktisabın gerçekleştiği yer hukuku uygulanır.

II. Kısım

MİLLETLERARASI USUL HUKUKU

I. Bölüm

TÜRK MAHKEMELERİNİN MİLLETLERARASI YETKİSİ

Milletlerarası Yetki :

MADDE 27. — Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları tayin eder.

Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalar :

MADDE 28. — Türkiye'de ikametgâhı bulunmayan Türk vatandaşlarının, kişi hallerine ilişkin davaları, ikamet ettikleri ülke mahkemesinde açılmadığı veya açılamadığı takdirde Türkiye'de yer itibariyle yetkili mahkemede, bulunmaması halinde ilgilinin sakin olduğu yer, Türkiye'de sakin değilse Türkiye'deki son ikametgâhı mahkemesinde, o da bulunmadığı takdirde Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birinde görülür.

Yabancıların Kişi Hallerine İlişkin Bazı Davalar :

MADDE 29. — Türkiye'de ikametgâhı bulunmayan yabancı hakkında vesâyet, kayyımlık, hacir, gaiplik ve ölmüş sayılma kararları ilgilinin Türkiye'de sakin olduğu yer, sakin değilse mallarının bulunduğu yer mahkemesince verilir.

Miras Davaları :

MADDE 30. — Mirasa ilişkin davalar ölenin Türkiye'deki son ikametgâhı mahkemesinde, son ikametgâhının Türkiye'de olmaması halinde tereke-ye dahil malların bulunduğu yer mahkemesinde görülür.

Yetki Anlaşması :

MADDE 31. — Yer itibariyle yetkinin kamu düzeni veya münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hallerde, taraflar aralarındaki yabancılık unsuru taşıyan ve borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlığın yabancı bir devlet mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabilirler. Yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması halinde dava yetkili Türk mahkemesinde görülür.

Teminat :

MADDE 32. — Türk mahkemesinde dava açan, davaya katılan veya icra takibinde bulunan yabancı gerçek ve tüzel kişiler, yargılama ve takip giderleriyle karşı tarafın zarar ve ziyanını karşılamak üzere mahkemenin belirleyeceği teminatı göstermek zorundadırlar.

Mahkeme, dava veya takibin niteliğine ve duruma göre davacıyı, davaya katılanı veya takip isteğinde bulunanı karşılıklılık esasına göre teminat göstermekten muaf tutabilir.

Yabancı Devletin Yargı Muafiyetinden Yararlanamayacağı Haller :

MADDE 33. — Yabancı devlete, özel hukuk ilişkilerinden doğan hukukî uyuşmazlıklarda yargı muafiyeti tanınmaz.

Bu gibi uyuşmazlıklarda yabancı devletin diplomatik temsilcilerine tebligat yapılabilir.

II. Bölüm

YABANCI MAHKEME VE HAKEM KARARLARININ TENFİZİ VE TANINMASI

Tenfiz Kararı :

MADDE 34. — Yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilâmların Türkiye'de icra olunabilmesi yetkili Türk Mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlıdır.

Yabancı mahkemelerin ceza ilâmlarında yer alan kişisel haklarla ilgili hükümler hakkında da tenfiz kararı istenebilir.

Görev ve Yetki :

MADDE 35. — Tenfiz kararları hakkında görevli mahkeme asliye mahkemesidir.

Bu kararlar kendisine karşı tenfiz istenen kişinin Türkiye'deki ikametgâhı, yoksa sakin olduğu yer mahkemesinden, Türkiye'de ikametgâhı veya sakin olduğu bir yer mevcut değilse, Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birinden istenebilir.

Tenfiz İstemi :

MADDE 36. — Tenfiz istemi dilekçe ile olur. Dilekçeye, karşı tarafın sayısı kadar örnek eklenir. Dilekçede aşağıdaki hususlar yer alır:

a) Tenfiz isteyenle, karşı tarafın ve varsa kanunî temsilci ve vekillerinin ad, soyad ve adresleri,

b) Tenfiz konusu hükmün hangi devlet mahkemesinden verilmiş olduğu ve mahkemenin adı ile ilâmın tarih ve numarası ve hükmün özeti,

c) Tenfiz, hükmün bir kısmı hakkında isteniyorsa bunun hangi kısım olduğu.

Dilekçeye Eklenecek Belgeler :

MADDE 37. — Tenfiz dilekçesine aşağıdaki belgeler eklenir :

a) Yabancı mahkeme ilâmının o ülke makamlarınca usulen onanmış aslı ve onanmış tercümesi,

b) İlâmın kesinleştiğini gösteren ve o ülke makamlarınca usulen onanmış yazı veya belge ile onanmış tercümesi.

Tenfiz Şartları :

MADDE 38. — Yetkili mahkeme tenfiz kararını aşağıdaki şartlar dahilinde verir:

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

b) İlâmın 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 ilâmda Türk kanunlar ihtilafı kuralları gereğince yetkili kılınan hukukun uygulanmamış ve Türk vatandaşı olan davalının tenfize bu yönden itiraz etmemiş olması.

Tebliğ ve İtiraz :

MADDE 39. — Tenfiz istemine ilişkin dilekçe, duruşma günü ile birlikte karşı tarafa tebliğ edilir. İstem, basit yargılama usulü hükümlerine göre incelenerek karara bağlanır.

Karşı taraf ancak bu bölüm hükümlerine göre tenfiz şartlarının bulunmadığını veya yabancı mahkeme ilâmının kısmen veya tamamen yerine getirilmiş yahut yerine getirilmesine engel bir sebep ortaya çıkmış olduğunu öne sürerek itiraz edebilir.

Karar :

MADDE 40. — Mahkemece ilâmın kısmen veya tamamen tenfizine veya istemin reddine karar verilebilir. Bu karar yabancı mahkeme ilâmının altına yazılır ve hâkim tarafından mühürlenip imzalanır.

Yerine Getirme ve Temyiz Yolu :

MADDE 41. — Tenfizine karar verilen yabancı ilâmlar, Türk mahkemelerinden verilmiş ilâmlar gibi icra olunur.

Tenfiz isteminin kabul veya reddi hususunda verilen kararların temyizi genel hükümlere tâbidir. Temyiz, yerine getirmeyi durdurur.

Tanıma :

MADDE 42. — Yabancı mahkeme ilâmının kesin delil veya kesin hüküm olarak kabul edilebilmesi yabancı ilâmın tenfiz şartlarını taşıdığının mahkemece tespitine bağlıdır. Tanımada 38 inci maddenin (a) ve (d) bentleri uygulanmaz.

İhtilafsız kaza kararlarının tanınması da aynı hükme tâbidir.

Yabancı mahkeme ilâmına dayanılarak Türkiye'de idarî bir işlemin yapılmasında da aynı usul uygulanır.

Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi :

MADDE 43. — Kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış yabancı hakem kararları tenfiz edilebilir.

Yabancı hakem kararlarının tenfizi, tarafların yazılı olarak kararlaştırdıkları yer asliye mahkemesinden dilekçeyle istenir. Taraflar arasında böyle bir anlaşma olmadığı takdirde, aleyhine karar verilen tarafın Türkiye'deki ika-

metgâhı, yoksa sakin olduğu, bu da yoksa icraya konu teşkil edebilecek malların bulunduğu yer mahkemesi yetkili sayılır.

Dilekçe ve İnceleme Usulü :

MADDE 44. — Yabancı bir hakem kararının tenfizini isteyen taraf, dilekçesine aşağıda yazılı belgelerin karşı tarafın sayısı kadar örnekleriyle birlikte ekler:

a) Tahkim sözleşmesi veya şartının aslı yahut usulüne göre onanmış örneği,

b) Hakem kararının usulen kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış aslı ve onanmış örneği,

c) (a) ve (b) bentlerinde sayılan belgelerin tercüme edilmiş ve usulen onanmış örnekleri.

Mahkemece hakem kararlarının tenfizinde 38/a, 39, 40 ve 41 inci madde hükümleri kıyas yoluyla uygulanır.

Ret Sebepleri :

MADDE 45. — Mahkeme,

a) Tahkim sözleşmesi yapılmamış veya esas sözleşmeye tahkim şartı konulmamış ise,

b) Hakem kararı genel ahlâka veya kamu düzenine aykırı ise,

c) Hakem kararına konu olan uyuşmazlığın Türk kanunlarına göre tahkim yoluyla çözümü mümkün değilse,

d) Taraflardan biri hakemler önünde usulüne göre temsil edilmemiş ve yapılan işlemleri sonradan açıkça kabul etmemiş ise,

e) Hakkında hakem kararının tenfizi istenen taraf hakem seçiminde usulen haberdar edilmemiş yahut iddia ve savunma imkânından yoksun bırakılmış ise,

f) Tahkim sözleşmesi veya şartı taraflarca tâbi kılındığı kanuna, bu konuda bir anlaşma yoksa hakem hükmünün verildiği yer hukukuna göre hükümsüz ise,

g) Hakemlerin seçimi veya hakemlerin uyguladıkları usul, tarafların anlaşmasına, böyle bir anlaşma yok ise hakem hükmünün verildiği yer hukukuna aykırı ise,

h) Hakem kararı, hakem sözleşmesinde veya şartında yer almayan bir hususa ilişkin ise veya sözleşme veya şartın sınırlarını aşıyor ise (bu kısım hakkında),

i) Hakem kararı tâbi olduğu veya verildiği yer hukuku hükümlerine göre kesinleşmemiş yahut icra kabiliyeti kazanmamış veya verildiği yerin yetkili mercii tarafından iptal edilmiş ise

yabancı hakem kararının tenfizi istemini reddeder.

Yukarıdaki (d), (e), (f), (g), (h) ve (i) bentlerinde yazılı hususların ispat yükü, hakkında tenfiz istenen tarafa aittir.

III. Kısım

SON HÜKÜMLER

Kaldırılan Hükümler :

MADDE 46. — 23 Şubat 1330 tarihli "Memaliki Osmaniyede Bulunan Ecnebilerin Hukuk ve Vezaifi Hakkında Kanunu Muvakkat" ile 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 18 inci maddesi ve aynı Kanunun yabancı ilâmların tanınması ve tenfizine ilişkin Dokuzuncu Babının Birinci Fasıl hükümleri yürürlükten kaldırılmıştır.

Yürürlük :

MADDE 47. — Bu Kanun hükümleri yayımı tarihinden altı ay sonra yürürlüğe girer.

Yürütme :

MADDE 48. — Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

21/5/1982

BİBLİYOGRAFYA

Aşağıda gösterilen bibliyografya, Kitapta, yazarın ismi ile veya yazar ismi yanında köşeli parantez içindeki kısa ifadelerle belirtilmiş, diğerleri metin içinde yer almıştır.

AKINCI Hakemlerin Esasa Uyguladıkları Hukukun Devlet Yargısınca Deenetlenmesi: Batider 3/1994

AKINCI Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri 1996

AKINCI Milletlerarası Ticarî Hakem Kararları ve Tenfizi 1984

AKINCI Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk 1992

AKINCI The Public Policy Concept In Conflict of Laws: Argumentum 27/1992

ALANGOYA Die Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche nach türkischem Recht: Fschr Karl Heinz Schwab 1990 (Sonderausdruck)

ALANGOYA Medenî Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi 1973

ALTUĞ Devlet Hususî Hukuku Bakımından Mülteciler 1967

ALTUĞ Devletler Hususî Hukukunda Yargı Yetkisi 1979

ALTUĞ Türk Milletlerarası Usul Hukuku 1983

ALTUĞ Vatansızlar Hakkında İki Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: İHFM 1-2/1963

ALTUĞ/ÖZEL Milletlerarası Özel Hukuk Mevzuatı 1998

ANSAY American-Turkish International Law 1966

ANZILOTTI Ctudi critici di diritto internazionale privato 1897

ARAT Yabancı İlâmların Tanınması ve Tenfizi: AHFD 1-4/1964

ARMINJON Précis de droit international privé I 1947

ATAMER,Y. Birleşmiş Milletler Satım Hukukunun Uluslararası Uygulama Alanı: İBD 10-11-12/1995

ATAMER,Y. Devletler Özel Hukukunda Tüketicinin Korunması: IHFM 1-2/95-96

BADIALI Ordine pubblico e diritto staniero 1963

BAETGE Anknüpfung der Rechtsfolge bei fehlender Geschäftsfähigkeit: IPRax 3/96

BAETGE Der gewöhnliche Aufenthalt im internationalen Privatrecht 1994

von BAR, Internationales Privatrecht I: Allgemeine Lehren 1987, II: Besonderer Teil 1991

BARTIN Etudes de droit international privé 1899

BARTIN Les conflits entre dispositions législatives de droit international privé. Théorie du renvoi: Revue de droit international et de législation comparé 30 (1898)

BARTIN Principles de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises I 1930

BATIFFOL/LAGARDE Droit international privé I 1974, II 1976

BAUMBACH/HEFERMEHL Wechselgesetz und Scheckgesetz[17] 1990

BAUMBACH-SCHWAB Schiedsgerichtsbarkeit 1960

BEITZKE Betrachtungen zur Methodik im Internationalprivatrecht. Rechtsprobleme in Staat und Kirsche: Fschr Rudolf Smend 1952

BEITZKE Französische postmortale Eheschliessung und Legitimation: IPRax 4/91

BEITZKE-COING/WEICK-FIRSCHING-KORKISCH Internationales Privatrecht I/1

BERKİ Devletler Hususî Hukuku II 1966

BERKİ Türk Hukukunda Kanun İhtilafları 1971 [BERKİ]

BERKİ/ANSAY/ARAT Devletler Hususî Hukuku ile İlgili Danıştay ve Yargıtay Kararları I: Tabiiyet Hukuku (1963-1975)

BERKİ/ERGÜNEY Kanun İhtilafları 1954

BERKİ/ERGÜNEY Yabancılar Hukuku ve Kanun İhtilafları ile İlgili Kararların Tahlil ve İzahları 1963 [BERKİ/ERGÜNEY]

BERTRAM Gesetzesumgehung im internationalen Privatrecht 1928

BOGUSLAVSKIJ Staatliche Immunität 1965

BUDAK İflâsın Belirli Uluslararası Yönleri Hakkında Avrupa Konseyi Konvansiyonu: İBD 10-11-12/1990

BUDAK Kara Avrupası ve Anglo-Amerikan Hukuklarında Kesin Hüküm: Türkiye ve İngiltere Örnekleri 1981 (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi)

BÜLOW/ARNOLD Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelsachen 1960

von CAEMMERER Rechtsvereinheitlichung und IPR: Fschr Hallstein 1966

CARABIBER Les juridictions internationales de droit privé 1947

CHESHIRE/NORTH Cheshire's Private International Law 1970

CHESHIRE/NORTH/FAWCETT Cheshire's Private International Law[12] 1992

COLOMBOS Internationales Seerecht 1963

COOK The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws 1949

CROSS Evidence 1963

ÇELİK Milletlerarası Hukuk I 1980 [I]

ÇELİK Milletlerarası Hukuk II/1 1977 [II/1]

ÇELİKEL Ahkâmı Şahsiye Konusundaki Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması 1963

ÇELİKEL Milletlerarası Özel Hukuk[4] 1995

ÇELİKEL Yabancılar Hukuku Dersleri 1974

ÇELİKEL/NOMER Devletler Hususî Hukuku: Örnek Olaylar-Mahkeme Kararları[6] 1997

ÇELİKEL/ŞANLI Milletlerarası Özel Hukuk Mevzuatı[8] 1998

DAHM Völkerrecht I 1958

DAHM/DELBRÜCK/WOLFRUM, Völkerrecht, I/1[2], 1989

DAYINLARLI Milletlerarası İhtira Hukuku ve Türkiye'nin Yeri: YD 3/1987

DAYINLARLI Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni: Yaşar Karayalçın'a 65 inci Yaş Armağanı 1988

DAYINLARLI Milletlerarası Tahkim Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk: YD 4/1988

DICEY/MORRIS On the Conflict of Laws I, II[12] 1993

DİZDAR Nafaka Alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsili Hakkında New York Sözleşmesi: MHAUM 16/1979-80-81

DOĞAN İş Aktinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tesbiti 1996

DOĞAN Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Akit Tarafın Korunması: MHB 1-2/1995

DÖLLE Über einige Kernprobleme des internationalen Rechts der freiwilligen Gerichtsbarkeit: RabelsZ 27 (1962/63)

DÖLLE Internationales Privatrecht. Eine Einführung in seine Grundlagen 1972 [IPR]

DURAL Die Judikatur des BGH zum anwendbaren Recht bei Verkehrsunfällen mit Fremdberührung und zur Geltung der "Grünen Karte" in der Türkei; Aktuelle Probleme des Unternehmensrechts: Fschr Gerhard Frotz 1993

EKŞİ Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi 1996 [Milletlerarası yetki]

EKŞİ Uluslararası Ticaret Hukukuna İlişkin Mevzuat ve Anlaşmalar 1999

EKŞİ Uluslararası Ticarete İlişkin Güncel İki Sorun: Sözleşme Bedelinin Yabancı Para Olarak Ödenmesi ve Yabancı Mahkemenin Yetkisinin tesisi: İBD 10-11-12/1998 [Yabancı Para]

EKŞİ Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk: K. Tunçomağ'a Armağan 1997 [İş Sözleşmeleri]

ERDEM Fikri Haklarda Ülkesellik Prensibi: Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, 1999

ERDEM Incoterm'in Uluslararası Satımlarda Uygulanacak Hukuka Etkisi ve Hukukî Niteliği: MHB 1-2/1990

ERDEM Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 38. Madde (E) Bendinin İncelenmesi ve bu Bendin Yarattığı Sorunlar: M. Belik'e Armağan 1993

ERDEM Türk Milletlerarası Usul Hukukunda Tebligat 1992

FERID Internationales Privatrecht. Juristische Arbeitsblätter-Sonderheft 13, 1974 [IPR]

FERID Zur Kollisionsrechtlichen Behandlung des Inländers mit zugleich ausländischer Staatsangehörigkeit: RabelsZ 23 (1958)

FİGANMEŞE Çocukların Uluslararası Kaçırılmasının Hukuki Yönlerine Dair 1980 Tarihli Lahey Sözleşmesi: Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, 1999

FIRSCHING Einführung in das internationale Privatrecht 1974 (1981) [Einführung]

FISCHER Die Methode der Rechtsfindung im internationalen Recht: Jherings Jahrbücher 65 (1915)

FİŞEK Gayrisahih Nesepten Doğan Kanun İhtilafları 1954

FORNI Die Gerichts- und Vollstreckungsimmunität fremder Staaten in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung: SchweizJahrbintR XLII-1986

FRANCESCAKIS La théorie du renvoi 1958

FRANKENSTEIN IPR I 1926

GAMILLSCHEG Der Einfluss Dumoulins auf die Entwicklung des Kollisionsrechts 1955

GEIMER Anerkennung ausländischer Entscheidungen in Deutschland 1995

GEIMER Internationales Zivilprozessrecht[3] 1997

GEIMER Verfassungsrechtliche Vorgaben bei der Normierung der internationalen Zuständigkeit: Europa im Aufbau. Fschr Schwind 1993

GLOSSNER Das Schiedsgericht in der Praxis 1978

GÖĞER Devletler Hususî Hukuku 1977 (1975) [GÖĞER]

GÖĞER Haksız Fiilden Doğan Borçların Tâbi Olduğu Kanun: AHFD 1-4/1965-1966

GÖĞER Kanunlar İhtilafı 1973

GRAVESON Conflict of Laws - Private International Law 1974

GROTHE "Exorbitante" Gerichtszuständigkeit im Rechtsverkehr zwischen Deutschland und den USA: RabelsZ 58 (1994)

GULDENER Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz 1951

GUTZWILLER Der Einfluss Savigny auf die Entwicklung des Internationalprivatrechts 1923

GUTZWILLER Internationalprivatrecht: Das gesamte deutsche Recht 1931, Teil: VI-II

GUTZWILLER Le développement historique du droit international privé: Rec. (des cours) 29 (1929 -IV)

GÜNDÜZ Devletin Bağışıklığına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin Avrupa Konseyi Üyesi Devletlerin Hukuklarına Etkisi: Mahmut R. Belik'e Armağan 1993

GÜNDÜZ Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı ve Milletlerarası Hukuk 1984

GÜNGÖR Milletlerarası Özel Hukukta İflas 1997

GÜNGÖR Milletlerarası Özel Hukukta İflas İçi Konkordato: AHFD 1-4/1995

GÜRZUMAR Türk Devletler Özel Hukuku Açısından Boşanma Davalarında Kamu

Düzeninin Etkisi: MHB 1-2/1994

HABSCHEID Die Immunität ausländischer Staaten nach deutschem Zivilprozess: Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht 2/1986

HAUSMANN Zur Prüfung der Gerichtsbarkeit der New Yorker Gerichte über ein iranisches Staatsunternehmen im inländischen Arrestverfahren: IPRax 1982

HAY Die Qualifikation der Verjährung im US-amerikanischen Kollisionsrecht: IPRax 4/1989

van HECKE Nochmals: Der ausländische Staat als Kläger: IPRax 4/1992

HEINI Neuere Strömungen im amerikanischen internationalen Privatrecht: Schweiz-JahrbintR XIX (1962)

HENRICH Der Domizilbegriff im englischen IPR: RabelsZ 25 (1960)

HEPTING Der letzte Schritt zur Vollwirksamkeit nichtstandesamtlicher Eheschliessungen: Kommt die Heilung mit Statusfolge: IPRax 5/94

HERMANN Johann Nikolaus Hert und die deutsche Statutenlehre 1963

HUBER Forum non conveniens - The Other Way Round (Irischer Supreme Court): IPRax 1/96

JAYME Rechtsspaltung im spanischen Privatrecht und deutsche Praxis: RabelsZ 55 (1991)

JAYME/HAUSMANN Internationales Privat- und Verfahrensrecht[7] 1994

JELLINEK Die zweiseitge Staatsverträge über Anerkennung ausländischer Zivilurteile I 1953

JELLINEK Die zweiseitigen Staatsveträge als Problem des Völkerrechts 1957

JOERGES Zum Funktionswandel des Kollisionsrecht 1971

JUENGER Zum Wandel des internationalen Privatrechts 1974

KAHN Gesetzeskollisionen: JherJb 30 (1891)

KAHN Gesetzeskollisonen: Abhandlunge zum internationalen Privatrecht I 1928

KALLMANN Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Zivilurteile und gerichtlichen Vergleiche 1946

KEGEL Begriffs und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht: Fschr Hans Lewald 1953

KEGEL Die Grenze von Qualifikation und Renvoi im internationalen Verjährungsrecht 1962

KEGEL Internationales Privatrecht 1977 (1985) (1987) (1995) [IPR]

KEGEL The Crisis of Conflict of Laws: Recueil des Cours 112 (1964-II)

KEGEL Zur Organisation der Ermittlung ausländischen Privatrechts: Fschr Nipperdey I 1965

KELLER/SIEHR Allgemeine Lehren des IPR 1986

KENDER Çatma Hukukunda Harp Gemileri: Batider 3-4/1986

KENDER Harb Gemilerinin Karıştığı Çatmalara İlişkin Hukuk Davalarında Görev ve Yargı Yetkisi: V. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu 1989

KERAMEUS/KOZYRIS Introduction to Greek Law 1988

KIPP Das Verbot der Diskriminierung im modernen Völkerrecht: Archiv des Völkerrechts 1961

KNAPP Essai sur la sauvegarde de l'orde public et la protection des faibles en droit international privé: Mélanges François Guisan 1950

KNICKENBERG Gretna Green: StAZ 1960

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Türk Hukukunda Transseksüeller Nüfus Kütüğündeki Cinsiyet Kaydının Düzeltilmesi İçin Dava Açabilirler mi? 1986

KORAL Hakemliğin Milliyeti ve Yargıtay XV. Hukuk Dairesinin 1976 (tarihli) Kararının Eleştirisi: Hıfzı Timur Armağanı 1979

KROPHOLLER Internationales Privatrecht[2] 1994; [3]1997

KRÜGER Gerichtsstandsvereinbarungen nach türkischem Recht: RIW 12/1998 ve Türkçe terc. [FİGANMEŞE]: İBD 3/1998

KRÜGER Türkisches internationales Verjährung: IPRax 6/1999

KRÜGER/NOMER Gerichtsstandsvereinbarungen nach türkischem Recht: RIW 1989 ve Türkçe terc. [UYANIK]: İBD 1-2-3/1990

KUNZ Internationales Privatrecht 1993

KURU Freiwillige Gerichtsbarkei im türkischen Recht: Fadıl H. Sur'un Anısına Armağan 1983

KURU Hukuk Muhakemeleri Usulü 1974

KURU Hukuk Muhakemeleri Usulü I 1979, II 1980, III 1991, 4 1991 [KURU]

KURU Nizasız Kaza 1961

KÜHNE IPR - Gesetz-Entwurf 1980

LAGARDE Recherches sur l'ordre public en droit international privé 1959

LEREBOURS-PIGEONNIERE (LOUSSOUARN) Droit international privé 1970

LEWALD Das deutsche IPR auf Grundlage des Rechtsprechung 1931

LUNZ Internationales Privarecht I-Allgemeiner Teil 1961

LUTHER Die Sogenannten Tondern-Ehen: RabelsZ 34 (1970)

LÜDERITZ Internationales Privatrecht 1987 [IPR]

MAKAROV Allgemeine Lehren des Staatsangehörigkeitsrechts 1962

MAKAROV Das interregionale Privatrecht des vorrevolutionären Russland: ZvglRW 44 (1941)

MAKAROV Die Haager internationalprivatrechlichen Abkommen und die Vorbehaltsklausel: Festgabe für Max Gutzwiller 1959

MAKAROV Grundriss des Internationalen Privatrechts 1970 [Grundriss]

MAKAROV Quellen des IPR I^2 1953 vd.; II^2 1960; 3.Aufl. 1978

MAKAROV Theorie und Praxis der Qualifikation: Fschr Hans Dölle II 1963

MANKOWSKI Das Internet im Internationalen Vertrags- und Deliktsrecht: RabelsZ 63 (1999)

MARTINY Probleme der Doppelstaatsangehörigkeit im deutschen Internationalen Privatrecht: JZ 23/1993

MAURY L'ordre public en droit international privé français et en droit international privé allemand: Revue Critique 1954

MELCHIOR Grundlagen des IPR 1932

MERAY Devletler Hukukuna Giriş II 1965

MONACO L'efficacai della legge nelli spazio (Diritto internazionale privato) 1964

MORAWITZ Das internationale Wechselrecht 1991

MORELLI Elementi di diritto internazionale privato 1959

MOROĞLU Özellikle Anonim ve Limited Ortaklıklarda Oy Sözleşmeleri 1978; ^{2}1996

MOROĞLU/MUŞUL Tebligat Hukuku I 1990

NAGEL Die Begrenzung des internationalen Zivilprozessrechts durch des Völkerrecht: ZZP 75 (1962)

NAGEL Internationales Zivilprozessrecht 1980 (1984) [NAGEL]

NEUHAUS Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts 1976 (1962) *[Grundbegriffe]*

NEUHAUS Gilt die Regel "Inlandsehe - Inlandsform" unerbittlich: FamRZ 1973

NEUHAUS Internationales Zivilprozessrecht und Internationales Privatrecht: RabelsZ 20 (1955)

NEUHAUS Neue Wege im europäischen Internationalen Privatrecht?: RabelsZ 35 (1971)

NEUHAUS Savigny und die Rechtsfindung aus der Natur der Sache: RabelsZ 15 (1949/50)

NEUMEYER Internationales Verwaltungsrecht IV 1936

NIBOYET Traité de droit international privé français III 1944

NIEDERER Einführung in den allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts 1961 [Einführung]

NOCES An Introduction to Evidence 1962

NOMER Anayasa ve Yabancı Kanun: Osman Fazıl Berki Armağanı 1977 [Anayasa]

NOMER Davada Yabancı Kanun 1972 [Yabancı Kanun]

NOMER Devletler Hususî Hukukunda "Milletlerarası Yetki" Mefhumu: İHFM 1-4/1974 [Yetki]

NOMER Devletler Hususî Hukukunda "Önmesele": IHFM 1-4/1961 [Önmesele]

NOMER Devletler Hususî Hukukunda Nafaka 1967 [Nafaka]

NOMER Devletlerin Kaza Muafiyeti: İHFM 1-4/1969 [Kaza Muafiyeti]

NOMER Die Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche nach türkischem Recht: Dis Mitteilungen 1/91

NOMER Hakem Kararının Kamu Düzenine Aykırılığı ve Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği: MHB 1-2/1990

NOMER İhtilafsız Kaza Alanında Milletlerarası Yetki: Hıfzı Timur Armağanı 1979 [İhtilafsız Kaza]

NOMER Mahkeme Kararlarına Göre Yabancıların Boşanma Davaları: İBD 1967 [Boşanma]

NOMER Milletlerarası Hakemlik Sözleşmelerinde Kanunlar İhtilafı, Tahkim: Ticaret ve Banka Hukuku Haftası 1965 [Hakemlik]

NOMER Milletlerarası Yetki Alanında Derdestlik İtirazı: İHFM 1-4/1969 [Derdestlik]

NOMER Rızaî Boşanma ve Kamu Düzeni: MHB 2/1984

NOMER "Talâk" ve Türk Kamu düzeni: İBD 7-8-9/1991

NOMER Türk Devletler Özel Hukuku Doktrininde Önemli Gelişmeler: Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, 1999 [Doktrin]

NOMER Türk Devletler Özel Hukukunda Çifte Vatandaşlık: MHB 1-2/1994

NOMER Türkisches Internationales Privatrecht und doppelte Staatsangehörigkeit: JZ 23/1993

NOMER Türkiye'de Boşanan Yabancıların Yeni Evlilikleri: İmran Öktem'e Armağan 1970 [Yeni Evlilik]

NOMER Vatandaşlık Hukuku[12] 1999 [Vatandaşlık]

NOMER Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Tanınmasında Kesinleşme Şartı: Prof. Dr. Erdogan Moroğlu'na 65. Yaşgünü Armağanı 1999 [Çekişmesiz Yargı]

NOMER Yabancı Devlet Vatandaşlığını Kazanan (Eski) Türk Vatandaşlarının Mirasçılığı: İHFM 3/1997 [Mirasçılık]

NOMER Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizinde Hakem Mahkemesinin Bağımsızlığı: MHB 1/1984

NOMER Yabancı Verâset İlâmlarının Tanınmasında Yargıtay Kararları: İBD 10-11-12/1991

NOMER Yabancılar Arasındaki Nafaka Davalarında Türk Mahkemelerinin Yetkisi: İHFM 1-4/1969 [Nafaka Davaları]

NOMER Yabancıların "Ahkâmı Şahsiyesi" (Statut Personnel) ve Terekesi İle İlgili İhtilaflarda Türk Kanunlar İhtilafı Sisteminin Gelişimi: İstanbul Hukuk Fakültesi 50.Yıl Armağanı 1973 [Ahkâmı Şahsiye]

NOMER Yargıtay Kararlarında Devletler Özel Hukuku Kanunu: Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan 1998 [Yargıtay Kararları]

NOMER Yargıtay Kararlarında Türk Asıllı Yabancılar ve Mütekabiliyet: Bülent Davran'a Armağan 1988 [Türk Asıllı]

NOMER Yetki Anlaşmaları ve Türk Uygulaması: YD 3/1998

NOMER/ESKİYURT Avrupa Sözleşmeleri 1975; II 1982

NUSSBAUM Deutsches Internationales Privatrecht 1932 [Deutsches IPR]

NUSSBAUM Grundzüge des internationalen Privatrechts 1952 [Grundzüge]

ODMAN Mülteci Hukuku 1995

OKUTAN Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Fikir ve Sanat Eserleri: Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, 1999

ÖKÇÜN Devletler Hususî Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni 1967

ÖKTEM Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İçtihatları 1943

ÖZBAKAN Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi 1987

ÖZDEMİR Kambiyo Taahhütlerinin Şekil Bakımımından Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk: Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, 1999

ÖZDEMİR Yabancı Mahkeme Boşanma Kararının Türkiye'de Tanınması: YD 1-2/1994

ÖZDEMİR Yargıtay Örnek Kararlarıyla Açıklamalı Gayrimenkul Miras Davaları ve Yabancıların Mülk Edinmeleri 1986

ÖZDEMİR Yurt Dışında Alınan Boşanma Kararının Türkiye'deki Etkisi: YD 1-2/1986

ÖZDEN Türkiye'nin Taraf Olduğu Milletlerarası Özel Hukuk Sözleşmeleri 1991

ÖZEL Akreditif ve Hukukî Niteliği 1991

ÖZEL Devletin Özel Kişilerle Yapmış Olduğu Tahkim Sözleşmesi ve Yargı Bağışıklığı: İBD 10-11-12/1991

ÖZEL Incoterms- FOB ve CIF Sözleşmeler: Argumentum 26/1992

ÖZEL Kültür Varlıkları Üzerinde Geniş Kapsamlı Kanunlarla Tesis Edilen Devlet Mülkiyeti ve Türk Hukukundaki Durum: İHFM 4/1997 [Devlet Mülkiyeti]

ÖZEL Kültür Varlıklarının İadesi Davalarında Davacı İçin Önemli Bir Engel: Zamanaşımı Meselesi: Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, 1999 [Zamanaşımı]

ÖZEL Uluslararası Alanda Kültür Varlıklarının Korunması 1998 [Kültür Varlıkları]

ÖZSUNAY Karşılaştırmalı Hukuka Giriş 1976

ÖZTEKİN İsbat Hukuku ve Delillere Uygulanacak Hukuk Hakkında Görüşler: MHB 1/1989

PAGENSTECHER Werden die Partei- und die Prozessfähigkeit eines Ausländers

nach seinem Personalstatut odar nach den Sachnormen der "lex fori" beurteilt?: ZZP (64)1951

PALANDT/HELDRICH Bürgerliches Gesetzbuch[33] 1974

PERETERSKI/KRLOW Lehrbuch des internationalen Privatrechts 1962

PIETSCH Berufliche Privilegien und Zeugnisverweigerungsrechte im englischen und deutschen Zivilprozess 1974

POSTACIOĞLU Medeni Usul Hukuku Dersleri 1975

RAAPE Internationales Privatrecht 1961 [IPR]

RAAPE/STURM Internationales Privatrecht I 1977

RABEL Das Problem der Qualifikation RabelsZ 5 (1931)

RABEL Privatrecht auf internationaler Ebene: Fschr Erich Kaufmann 1950

RABEL The Conflict of Laws I 1958, II 1960

REITMANN (-MARTINY) Internationales Vertragsrecht[3] 1980

RIEZLER Internationales Zivilprozessrecht und Prozessuales Fremdenrecht 1949 *[RIEZLER]*

ROSENBERG Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrecht[9] 1961

ROSENBERG/SCHWAB Zivilprozessrecht[12] 1977

ROTH Ausländische Rechtshängigkeit und perpetuatio fori im Umfeld des Haager Minderjährigenschutzabkommens: IPRax 1/94

RÖMER Gesetzesumgehung im deutschen internationalen Privatrecht 1955

RUMPF Zur internationalen Zuständigkeit türkischer Gerichte für Scheidungsverfahren im Ausland lebender Türken: IPRax 3/1995

RUNDSTEIN La structure, du droit international privé et ses rapports avec le droit des gens: Revue de droit international et de législation comparée 63 (1936)

SADRULEŞRAFİ Devletler Özel Hukukunda Yabancılık Ögesi İçeren Çekişmesiz Yargı (İhtilafsız Kaza) ve Buna İlişkin Bir Olay ve Kararlar: MHB 1-2/1994

SAKMAR Devletler Hususî Hukukunda Boşanma 1976 [Boşanma]

SAKMAR Hukukî ve Ticarî Konularda yabancı Ülkelere Tebligat: MHB 2/1982

SAKMAR Yabancı İlâmların Türkiye'de Sonuçları 1982 [Yabancı İlâmlar]

SAKMAR/EKŞİ/YILMAZ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Mahkeme Kararları[2] 1999

SARGIN Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları 1996

von SAVIGNY System des heutigen Römischen Rechts VIII 1949 (Yeni Baskı: 1956)

SAYMAN Türk Devletler Hususî Hukukunda Evlenmenin Kuruluşu 1982

SCHMITTHOF Das neue Recht des Welthandels: RabelsZ 28 (1964)

SCHNITZER Internationales Privatrecht I 1957, II 1958

SCHRÖDER Internationale Zuständigkeit: Entwurf eines Systemrechts von Zuständigkeitsinteressen in zwischenstaatlichen Privatverfahrensrecht aufgrund rechtshistorischer, rechtsvergleichender und politischer Betrachtungen 1971

SCHWAB Schiedsgerichtsbarkeit 1979

SCHWIMANN Grundriss des IPR 1982

SCHWIND Handbuch des Österreichischen Internationalen Privatrechts 1975

SELB Martin Wolf und die Lehre von der Qualifikation nach der lex causae im IPR: AcP 1957 (1958/59)

SEVİĞ Devletler Hususî Hukukunda Hile Teorisi 1950

SEVİĞ Kanunlar İhtilafı 1974 [SEVİĞ]

SEVİĞ Milletlerarası Özel Hukuk Alanında Yetki Anlaşmasının Ayrıcalığı: İHFM 3/1997 [Yetki Anlaşması]

SEVİĞ Türkiye'nin Yabancılar Hukuku 1971

SIEG Internationale Anerkennungszuständigkeit bei US-amerikanischen Urteilen: IPRax 2/96

SIEHR Joseph Beuys und das internationale Folgerecht; Eine Zwischenbilanz: IPRax 4/1992

SIEHR Recent European Developments in Private International Law: Elsa Law Review, Vol III, No.3, 1963

SOERGEL/KEGEL-SOERGEL/LÜDERITZ BGB VIII[11] 1984

SOERGEL-KEGEL Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7 1970, Band 8 1984: Einführungsgesetz [SOERGEL/KEGEL]

SOMUNCUOĞLU Bazı Denizaşırı Satım sözleşmeleri: IBD 7-8-9/1985

STALEV Der Fremde im Prozess: Studien des Instituts für Ostrecht, Band 24, 1972

STAUBACH Die Anwendung ausländischen Strafrecht durch den inländischen Richter 1964

STAUDINGER/..... (Staudingers Kommentar zum BGB; Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch[10/11] [1970-1981] ve [12] [1979 vd.])

STAUDINGER-GAMILLSCHEG Internationales Privatrecht II (Art.13-17 EGEBB) 1973 *[IPR II]*

STAUDINGER-KROPHOLLER Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Teil 4a: Haager Kindschaftsrecht, Art.18-19, 1979

von STEIGER Der Wohnsitz als Anknüpfungsbegriff im internationalen Privatrecht 1934

STEIN/JONAS Kommentar zur Zivilprozessordnung[18]

STEIN/JONAS Kommentar zur Zivilprozessordnung[19] 1972-1975

STEINDORFF Sachnormen im internationalen Privatrecht 1958

STEIN-JONAS-LEOPOLD Kommentar zur Zivilprozessordnung[19] 1972-1975, [20] 1977

STEIN-JONAS-SCHÖNKE (-POHLE) Kommentar zur Zivilprozessordnung[18]

STORY Commentaires of the Conflict of Laws 1934

SUNGURBEY Medenî Hukuk Sorunları II 1974

SUNGURTEKİN Banka Teminat Mektuplarına İlişkin Uluslararası Unsurlu İhtilâflara Uygulanacak Hukuk Hakkında Bir İnceleme: TBBD 4/1990

SZASZY International Civil Procedure, R. Comparative Study 1967

ŞANLI Milletlerarası Akitlerde Zamanaşımı: İBD 10-11-12/1989 [Zamanaşımı]

ŞANLI Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk 1986

ŞANLI New York Konvansiyonuna Göre Hakem Kararlarının Kesinleşmesi Sorunu: MHB 1-2/1994 [New York Konvansiyonu]

ŞANLI Uluslararası Sivil Havacılık Davalarında Mahkemelerin Yargı Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk 1992

ŞANLI Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları 1977

ŞANLI Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davalarında Tahsil Olunacak "Karar ve İlâm Harcı"na ve Ticaret Mahkemelerinin Bulunduğu Yerlerde "Görevli Mahkeme"ye İlişkin Bazı Sorunlar: İBD 10-11-12/1993

ŞANLI Yabancı Verâset İlâmlarının Türk Mahkemelerinde "Tanınması" veya "Delil" Olarak Kullanılması: Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan 1989 [Verâset İlâmları]

TEKİNALP, G., Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları[6] 1999

TEKİNALP, G., MÖHUK'un Nesepte Tanıma Statüsü ve Evlilik Dışı Çocukların Tanınması Hakkında Milletlerarası Sözleşme: MHB 1-2/1994 [Nesep]

TEKİNALP, G., Türk Devletler Hususî Hukukunda Temsil Yetkisi 1977

TEKİNALP, G. Türk Yabancılar Hukuku 1975

TEKİNALP, Ü. Hakem Sözleşmelerinin Hukukî Mahiyeti Konusundaki Düşünceler: IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası 1966

TEZİÇ Anayasa Hukuku[3] 1996

TİRYAKİOĞLU Çocukların Korunmasına İlişkin Milletlerarası Sözleşmeler ve Türk Hukuku 1991

TİRYAKİOĞLU Menkul Malların Milletlerarası Satışına Uygulanacak Hukuk Hakkında 22 Aralık 1986 Tarihli La Haye Sözleşmesi: MHB 1-2/1994 [Menkul Mallar]

TİRYAKİOĞLU Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı 1997

TİRYAKİOĞLU Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk 1996

TİRYAKİOĞLU Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunmasına İlişkin Önlemler Hakkında Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Sözleşme (La Haye, 19 Ekim 1996): Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, 1999 [Sözleşme]

TİRYAKİOĞLU Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi 1996

TOLUNER Milletlerarası Hukuk Dersleri 1989 *[TOLUNER]*

TOLUNER Millîleştirme ve Milletlerarası Hukuk 1968

TULUAY Milletlerarası Usul Hukuku: ABD 2/1984

TUNCAY Devletler Hususî Hukukunda Hizmet İlişkisine Uygulanacak Kanun: Onar Armağanı 1977

TURHAN Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında İka Yeri Hukuku 1989

TURHAN Milletlerarası Sözleşmelerde Yabancı Para Kayıtları 1996

ULUOCAK Kanunlar İhtilafı 1971

ULUOCAK Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri 1987 (1989) *[ULUOCAK]*

UMAR İsbat Yükü 1968

ÜLGEN Hava Taşıma Sözleşmesi 1987

ÜNAL Alman Federal Cumhuriyeti Mahkemelerinin Küçüklerin Korunması Hakkındaki 5 Ekim 1961 Tarihli Lahey Sözleşmesi Çerçevesinde Türk Çocukları Hakkındaki Kararları Üzerine Bir İnceleme: AD 2/87

ÜSTÜNDAĞ Medeni Yargılama Hukuku I-II[6] 1997 [I-II]

ÜSTÜNDAĞ Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi: II. Tahkim Haftası 1984

ÜSTÜNDAĞ/KARSLI Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul hukuku Hakkında Kanun[2] 1999

ÜSTÜNDAĞ/TANVERDİ "Hakem Mahkemelerinin Maddi Bağımsızlığı" [Terc.]: İBD 1-2-3/1987

VERDROSS Völkerrecht 1964

VISCHER Der ausländische Staat als Kläger: IPRax 4/1991

VISCHER Die Kritik an der herkömmlichen Methode des IPR: Fschr Germann 1969

VISCHER Praxis des Bundesgerichtes zum internationalen Obligationenrecht 1984-1985: SchweizJahrbintR XLII-1986

VOGEL Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm 1965

von WAECHTER Über die Kollision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten: Acp 24 (1841), 25 (1842)

WALTER Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz 1995

WEISSENSTEIN Anglo-amerikanisches Rechtswörterbuch I.Teil: Englisch-Deutsch 1950

WENGLER Die Vorfrage im Kollisionsrecht: RabelsZ 8 (1934)

WENGLER Diplomatenkinder mit mehrfacher Staatsangehörigkeit und ihr Familienname in Deutschland: IPRax 4/1992

WENGLER The General Principles of Private International Law: Rec. Des Cours 101 (1961-III)

WENGLER Völkerrecht II 1964

WIEGAND Das anwendbare materielle Recht bei internationalen Bauvertragen - Zur international-privatrechtlichen Anknüpfung Bauexportvertraegen und Streiterledigung in der Bauindustrie und im Anlagenbau 1984

WIETHÖLTER Einseitige Kollisonsnormen als Grundlage des internationalen Privatrechts 1956

WOLF Das Internationale Privatrecht Deutschlands 1954 [IPR]

WOLFF Private International Law 1950 [PIL]

YALÇIN/KALELİ Boşanma Hukuku II 1988

YAZICI/ATASOY Şahıs ve Aile Hukukunda Yargıtay Tatbikatı 1952-1970

YENİSEY Türk Ceza Hukukunda Yabancı Kanun-TCK 10a: MHB 1-2/1994

YÜCEL Milletlerarası Kişi Halleri Komisyonunun Sözleşmeleri 1974

ZITELMANN International Privatrecht I 1897, II 1898-1912

ZULEEG Das Recht der Europäischen Gemeinschaften Bereich 1969

ZWEIGERT Die Gestalt Joseph Storys: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 105 (1948/49)

MADDE İNDEKSİ

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun

Madde	Sahife	Madde	Sahife
1	62, 246, 361	23	251 vd.
2	77, 136, 139, 164, 171, 214	24	261 vd.
3	29, 221, 362	25	274 vd.
4	105 vd., 191, 193	26	281
5	144 vd., 394, 402	27	349, 355 vd.
6	180 vd., 203, 233	28	361 vd.
7	134, 185 vd.	29	366
8	187 vd., 191 vd.,	30	366, 392
9	195 vd., 241	31	370 vd.
10	190 vd.	32	378, vd.
11	202 vd.	33	334 vd.
12	213 vd., 219, 226, 238	34	385 vd., 403
13	220 vd., 222, 238	35	387, 399
14	228 vd.	36	388, 399
15	229 vd.	37	404, 406
16	231, 358	38	390 vd.
17	235 vd., 238	39	400
18	232 vd.	40	400
19	234 vd.	41	400 vd.
20	225 vd.	42	400 vd., 403
21	239	43	414 vd.
22	243 vd.	44	419
		45	413, 415 vd.

Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu

9	352, 357, 358, 363	17	357
9-12	356	18	(mülga)362, 363
10	358, 359	19	393
11	366	19-21	356
12	356	21	360
13	326, 351, 352, 392, 393	22	288, 370, 375
14-16	356	23	369
16	288, 357, 358		

Madde	Sahife
27	81, 370
38	188, 190, 300
59	304
70	304
71	304
73	336, 359
76	164 vd.
96	380
97	378, 381, 399, 404
99	380
101	227, 224
104	356
109	356
176	387
179	300
180	406
183	405
186	304
187	288, 353, 369, 375, 376,
193	186
238	313
240	309
245	311,312
254	312
275	169, 315
276	306
277	306
288	183
295	312, 320
296	183, 312, 313, 321, 385
326	313
327	313
328	313
334	313
367	314
377	167, 336, 380
381	167
409	380
428	172, 173
445	396
445-454	417
465	290, 382
534	417
537	(mülga) 387
537-545	(mülga) 415

Medenî Kanun

1	79
10	8
16	232
19	97, 357
20	357
21	108
27	188
28	189, 297
29	196, 212
30	189
32	190
42	189, 244
43	190
46	301
49	357
74	199
90	210
92	105, 208
94	190, 211
95	208
96	(mülga) 208
108	213
109	212, 213
112	211
116	207
117	207
118	207
121	208
124	206
128	363
134	394
136	81, 363

137	224	**300**	363
142	(mülga) 208	**312**	120
148	224, 395	**315**	238
150	224	**376**	242
151-169	226	**377**	242
152	227	**405**	31
155	227	**406**	31
161	227	**447**	234
161-163	363	**518**	366, 392
162	224	**526**	190
165	328	**526-530**	244
169	227	**531**	31
171	229	**531-538**	248
249	216	**611**	184
256	233	**634**	184
257	234	**688**	254
290	238	**701**	255
299	363		

Borçlar Kanunu

Madde	Sahife	Madde	Sahife
		125	318
19	261 vd., 373	**135**	388
20	261 vd.	**137**	186
48	361	**138**	327
62	327	**140**	327
73	97, 359	**213**	321
83	87, 151	**240**	245
118	327	**408**	327
		504	327

Türk Ticaret Kanunu

20	323	**690**	136, 184, 186, 195, 322
56	361	**730**	136, 186, 195, 322
119	357	**731**	195
678-687	61	**731-735**	61
678	136, 195, 322	**732**	184, 322
679	184, 322	**866**	61, 257
681	186, 322		

Tapu Kanunu

26	184, 321	**36**	35
35	245	**37**	249, 404

Noterlik Kanunu

60	321	**191-193**	321

Kat Mülkiyeti Kanunu

10	184

Anayasa

3	306	**41**	40
9	331, 355	**138**	41, 331
10	40		
36	358	**152**	41

Tatbikat Kanunu

		3	27
1	27	**4**	27

TÜRKİYE'NİN TARAF OLDUĞU MİLLETLERARASI ÇOK TARAFLI SÖZLEŞMELER

Sahife

12.10.1929 t. Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Varşova Sözleşmesi 276

28.7.1951 t. Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Sözleşme 107

1.3.1954 t. Usul Hukukuna Dair La Haye Sözleşmesi 293, 306, 381, 422

13.12.1955 t. Avrupa İkamet Sözleşmesi 381

19.5.1956 t. Eşyaların Karayolundan Uluslararası Nakliyatı İçin Mukavele Sözleşmesi (CMR) 358

20.6.1956 t. Nafaka Alacaklarının Yabancı Memleketlerde Tahsili ile İlgili New York Sözleşmesi 240

24.10.1956 t. Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme 157, 239

15.4.1958 t. Çocuklara Karşı Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizine Dair La Haye Sözleşmesi 239, 358, 390

10.6.1958 t. Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Sözleşmesi 358, 407, 419

4.9.1958 t. Adın ve Soyadın Değişmesi Hakkında İstanbul Sözleşmesi 197

18.4.1961 t. Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi 339

21.4.1961 t. Milletlerarası Ticarî Tahkim Hakkında Cenevre Sözleşmesi 407

14.9.1961 t. Evlilik Dışı Çocukların Tanınmalarını Kabule Yetkili Makamların Yetkilerinin Genişletilmesine Dair Sözleşme 236

5.10.1961 t. Ölüme Bağlı Tasarrufların Şekline İlişkin Devletler Hususî Hukuku Sözleşmesi 157, 247

5.10.1961 t. Küçüklerin Korunması Alanında Makamların Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk Hakkında Sözleşme 157, 241

5.10.1961 t. Yabancı Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılması Hakkında La Haye Sözleşmesi 313, 320

12.9.1962 t. Evlilik Dışı Çocukların Ana Bakımından Neseplerinin Tesbitine Dair Sözleşme 235

24.4.1963 t. Konsolosluk İlişkileri Hakkındaki Viyana Sözleşmesi 344

10.9.1964 t. Yabancı Memleketlerde Yapılan Evlenme Merasiminin Kolaylaştırılmasına Dair Sözleşme 218

18.3.1965 t. Devletler ile Diğer Devlet Vatandaşları Arasındaki Yatırım İhtilaflarının Giderilmesine Dair Washington Dünya Bankası Sözleşmesi 407

15.11.1965 t. Hukuk ve Ticarî Mevzularda Adlî ve Gayrî Adlî Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair La Haye Sözleşmesi 293, 306, 422

8.9.1967 t. Evlilik Bağına İlişkin Kararların Tanınması Hakkındaki Sözleşme 209

7.6.1968 t. Diplomatik ve Konsüler Temsilciler Tarafından Düzenlenmiş Senetlerin Tasdikten Muaf Olması Hakkında Avrupa Sözleşmesi 313, 321

7.6.1968 t. Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi 166, 421

10.9.1970 t. Evlenme ile Nesebin Düzeltilmesine Dair Sözleşme 231

2.10.1973 t. Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme 239

2.10.1973 t. Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınmasına ve Tenfizine İlişkin Sözleşme 239, 358, 381, 390

27.1.1977 t. Adlî Yardım Taleplerinin İletilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi 422

15.9.1977 t. Bazı İşlem ve Belgelerin Tasdikten Muaf Tutulmasına Dair Sözleşme 321

20.5.1980 t. Çocukların Velâyetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velâyetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi 402

5.9.1980 t. Evlilik Dışında Doğan Çocukların Tanınmasına İlişkin Sözleşme 236

5.9.1980 t. Evlenme Ehliyet Belgesi Verilmesine Dair CIEC-Sözleşmesi 205

KAVRAM İNDEKSİ

— A —

Acentalık 357
Actio negatoria 251
Ad 196
—— Korunması 197 vd.
Adaptation 119
Ad-hoc hakem mahkemesi 411
Adi senet 313
Adlî müzaharet 382, 421
Adli yardım 290, 421
Administrator 244
Ahkâmı şahsiye (bkz. kişi halleri) 99 vd., 326
Akit 259 vd.
Akit statüsü 258 vd.
Akreditif 273, 360
Alacağın temliki 267
Anayasa Hukuku 39 vd.
Ariyet 266
Asalet ünvanı 197
Aşırı yetki 358, 395
Aşikâr uyuşmazlık 157
Atıf 77, 129 vd.
—— iade atıf 129
—— devam eden atıf 129
—— genel atıf 129
—— küllî atıf 129
—— maddî norm atfı 129, 136
—— örtülü iade atıf 134
Aynî hak 253
Aynî kredi 266
Aynî mükellefiyet 253
Ayrılık 220 vd.

— B —

Bağımsız kavramlar 93
Bağımsızlık teorisi 93
Bağlanma 88 vd.
—— kavram 88
—— konusu 82, 88
—— noktası 82, 88
—— tefsiri (bkz. vasıflandırma) 95 vd.
—— sebepleri 95 vd.
—— vakıaları 95 vd.
—— kademeli bağlanma 83
—— seçmeli bağlanma 82
—— şartlı bağlanma 83
Bekletici mesele 354
Bilirkişi 314 vd.
Birlikte ölüm karinesi 189
Bono (bkz. Kambiyo senetleri)
Bono fides 264
Boşanma 219 vd.
—— adlî hüküm ile 222
—— hukukî işlem ile 222 vd., 402
—— idarî fiil ile 222
—— sebepleri 222 vd.
—— usul 223 vd.
—— özel boşanma 402
Borcun nakli 267
Bölgelerarası hususî hukuk 5, 20 vd.
Bölünme 83

— C —

Cautio judicatum solvi 380
Cebrî icra 338
Cessio legis 267
CIF Satış 359
Cinsiyet değişikliği 196, 212
Civil law 45
Clause compromissoire 409
Comitas 48, 422
Comitas gentium 295
Comity 295
Common law 45, 213, 226, 228, 308
Compromis 409
Conflit mobile 28 vd., 84, 253 vd.
Conflits d'annexion 23
Conseil de famille 170
Culpa in contrahendo 259
Curtoisie internationale 295, 422

— Ç —

Çatma 276
Çek (bkz. Kambiyo senetleri)

— D —

Dava ehliyeti 301 vd.
Davayı takip yetkisi 304
Declaration d'absénce 189
Delil 296 vd.
—— ibrazı 296
—— ikamesi 296, 307
—— değerlendirilmesi 296
—— kesin delil 312, 401, 404
Denization 104
Derogatoire 376
Devlet 332 vd.
—— başkanı 338 vd.
—— temsilcileri 338 vd.
—— yargı muafiyeti 332 vd.
Devletler hukuku 35 vd.
Devletler hususî hukuku 4
—— hakkaniyeti 13, 43
—— ismi 19 vd.
—— kaideleri 8
—— kavramı 4 vd.
—— kaynakları 60 vd.
Derdestlik (bkz. yabancı derdestlik)
Dış karar ahengi (bkz. milletlerarası karar ahengi) 16, 43
Diplomatik evlenme 216 vd.
Diplomatik misyon üyesi 310
Diplomatik temsilci 339 vd.
Doğrudan doğruya uygulanan hukuk 6, 35, 56 vd.
Doğum yeri 96
Domicile 96, 98, 133, 141
Domicile of origin 108, 141
Domicile of choice 108, 141
Domicile prensibi 59
Double renvoi 133
Düzen menfaati (bkz. menfaat) 15

— E —

Eksik borç 327 vd.
Emtia senedi 253
Esaret 187
Esas statü (bkz. lex causae)
Eşya hukuku 250 vd.
Etat et capacité 100
Evlad edinme 231 vd.
—— basit 234
—— ehliyet 232
—— hükümler 234
—— şartlar 233
—— şekil 233 vd.
—— tam 234
—— usul 233 vd.
Evlenme 204 vd.
Evlenmede maddî şartlar 205 vd.
—— akıl hastalığı 207
—— ilân 206
—— irade beyanı 207 vd.
—— izin 206
—— yaş 206
Evlenme şekil şartları 212 vd.
—— dinî merasim 213, 214 vd.
—— hükümler 218 vd.
—— irade beyanı 213
Evlenme ehliyet belgesi 205, 209
Evlenme engelleri 207vd.
—— akit hısımlığı 208
—— aktuell polygram 212
—— bekleme süresi 208
—— cinsiyet değişikliği 212
—— evlâdlık ilişkisi 208
—— hükümleri 210
—— iki taraflı evlenme engelleri 210 vd.
—— imperdimentum mixtae rellgionis 210
—— impedimentum ordinis 210
—— impedimentum voti 210
—— mevcut evlilik 208 vd.
—— potentiell poligam 212
—— sihrî hısımlık 207
—— tek taraflı evlenme engelleri 210 vd.
Evlilik 204 vd.
—— açık denizde 216
—— askıda 214
—— common law evlilik 213
—— diplomatik evlilik 216 vd.
—— in extremis evlilik 207
—— konsüler evlilik 216 vd.
—— latife beyanı evlilik 207

—— muvazaalı evlilik 207
—— post mortal evlilik 216
—— putativ evlilik 216
—— serbest evlilik 203
—— şekilsiz evlilik 215
—— Gretna-Green evlilik 112
—— Tondern - Evlilik 112
—— temsilci vasıtasıyla 215
—— vekil vasıtasıyla 215
Evlenmenin genel hükümleri 226 vd.
Evidence 318
Evlilik dışı çocuklar 235 vd.
Evlilik içi çocuklar 229 vd.
Exequatur 244, 386, 419
Exorbitant jurisdiction 358, 395
Expert-Witness 314
Extra-Marital Cohabitation 203

— F —

Fahrî konsolos 343
Favor legitimitatis 83
Favor matrimoni 83
Favor negotii 83, 181
Favor testamenti 83
Fiil ehliyeti 191 vd., 199 vd.
Fikir ve sanat eserleri 257 vd.
"Floating" choice 263
Fob-Sif kaydı 44
Foreign-court-theory 113
Forum legis 325
Forum non conveniens 54, 369
Forum shopping 12, 376
Fraus 96
Fraus legis 111 vd.
Fraus omnia corrumpit 115

— G —

Gaiplik kararı 189
Gayrimenkul mülkiyeti 184
—— satışı 266, 321
—— satış vaadi 321
Geçici tedbirler 226
Gemi 257, 332
—— devlet gemileri 332 vd.
Genel fiil ehliyeti 191
Genel hukuk prensipleri 295
Genel işlem şartları 259
Genel yetki 331
Gıyap 309

— H —

Hacir 1975, 241
Hak ehliyeti 187 vd., 199 vd.
Hakem akti 410
Hakem kararı 410
—— milletlerarası hakem kararı 412
—— millî hakem kararı 412
—— tanınması 412
—— tenfizi 414 vd.
Hakem mütalaası 420
Haksız fiil 140, 273 vd.
Haksız fiil yeri hukuku 274 vd.
Haksız rekabet 274
Hak ve nesafet 417
Handschuhehe 117
Hayat karinesi 189
Hayat sigotraları 393
Heimatlos (bkz. vatansız)
Hizmet akti (bkz. iş akti)
Hukukî imkânsızlık 368
Hukukî işlem 258 vd., 402
Hukukî muamele 181 vd., 258 vd.
Hukukî muamele ehliyeti (bkz. fiil ehliyeti) 191
Hukukî muamelede şekil 179 vd.
Hukuk seçimi 261 vd.
—— açık (sarih) 261 vd.
—— farazî 261
—— muhtemel 261
—— zımnî 261 vd.
Hususî senet (bkz. adi senet)
Hüküm statüsü (bkz. lex causae) 49, 92, 180, 192
Hükmî şahıs (bkz. tüzelkişi)

— İ —

İcap 259
İcaba davet 259

İcraî fiil 256
İcraî tedbir 340
İç karar ahengi (bkz. millî karar ahengi) 16, 125
İdare merkezi 379
İfa yeri 96, 140, 265
İflas kararları 387
İhkakı hak 377
İhtilafsız kaza 31 vd., 248
İhtiyati haciz 169, 356 386
İhtiyati tedbir 169, 224, 356, 386
İkametgâh 96, 103, 107 vd.
İkametgâh prensibi 59
İkametgâh yeri 96
İkrar 312
İktisabî müruru zaman (bkz. zamanaşımı ile iktisap)
İmkânsızlık 368
Incoterms 44
In-state service of process 395
Intergentil hukuk 4
Interkonfessionel hukuk 4
Interlokal hukuk 4, 20
Internet 275, 360
Interpersonal hukuk 4
Interpersonal hususî hukuk (bkz. şahıslararası hususî hukuk)
Interregional 20
Intertemporal hukuk 4, 26, 38
Intertemporal hususî hukuk 26
Interterritorial 20
İntibak 119 vd.
İntikal hükümleri 4, 26, 38
İntikal kanunu (bkz. miras statüsü) 243
İrade beyanı 182 vd., 259
—— mefruz (farazî) 265
—— muhtemel 265
—— sarih 262
—— zımnî 262
İrade muhtariyeti 96, 115, 260 vd., 295 vd., 411
İradî temsil 259
İsbat hukuku 307 vd., 318
İsbat külfeti 297, 419
İsim (bkz. ad)
İsticvap 312
İstinabe 421 vd.
İş akti 269 vd.
İş davası 375, 392
İşlem güvenliği 15, 104, 193 vd., 302 vd.
İşlem hukuku 181, 258
İşlem menfaati (bkz. menfaat) 15, 250

— J —

Jus cogens 152
Jura novit curia 164 vd.

— K —

Kabul beyanı 259
Kambiyo senetleri 195
—— bono 186, 195, 322
—— çek 186, 195, 322
—— ehliyet 195
—— emre muharrer senet 186, 195
—— poliçe 186, 195, 322
—— zamanaşımı 186
Kamu düzeni 17, 52, 57, 143 vd., 367 vd., 393 vd., 415 vd.
—— milletlerarası 152
—— mahallî 152
Kamu menfaati 56, 270
Kanunî mirascı 245
Kanuna karşı hile 111 vd.
Kanunî müşavir 241 vd.
Kanunî rehin hakkı 256
Kanunî temlik 267
Kanunî temsil 259
Kanunî temsilci 192
Kanunlar ihtilafı kaidesi 4 vd.
—— bağımlı 87
—— bağımsız 86
—— çok taraflı 84
—— eksik çok taraflı 85
—— gizli 87
—— iki taraflı 84
—— inhisarî 86
—— müstakil 86
—— müstakil olmayan 87
—— negatif 85
—— örtülü 87

—— tek taraflı 84
—— tam 84, 85
Karakteristik ifa 265
Karine 189 vd.
—— hayat karinesi 189 vd.
—— ölüm karinesi 189 vd., 297
Karşılaştırmalı hukuk 42 vd.
Karşılıklı muamele 380 vd.
Karşılıklılık (bkz. mütekabiliyet)
Karz 265
Kat mülkiyeti 184
Kayyım 242
Kaza hakkı 330
Kazaî rüşt 191, 195
Kaza muafiyeti (bkz. yargı muafiyeti)
Kazanılmış hak 9 vd., 39
Kefalet akti 266 vd.
Kesin hüküm 383, 400 vd.
—— kuvveti 400
—— maddî kesin hüküm 384
—— şeklî kesin hüküm 384
Kıymetli evrak (bkz. kambiyo senetleri)
Kira 265
Kişi halleri 99 vd., 326, 361 vd., 365 vd.
Kişilik (bkz. şahsiyet) 188
Küllî halefiyet 253
Kültür varlıkları 251
Konsüler temsilci 310
Kontrol teorisi 199
Kuruluş yeri teorisi 198
Konişmento 253
Küllî intikal 245

— L —

Latente 97
Law making treties 11
Lex cartae sitae 200, 252, 253
Lex causae 49, 84, 92, 180, 258, 359
Lex domicilii 48, 101, 102
Lex fori 91, 97, 296, 321
Lex fori prensibi 299 vd.
Lex loci actus 96, 180
Lex loci celebrationis 205
Lex loci delicti comissi 274
Lex loci solutionis 96
Lex mercatoria 411
Lex obligationis 185
Lex originis 103
Lex patriae 103
Lex loci protectionis 258
Lex rei sitae 48, 96, 101, 250 vd.
Lieu de la direction 198
Litispendance 352
Local law theory 10, 53
Lex loci actus 179
Locus regit actum 179 vd., 250, 413
Loi d'ordre public 58
Loi personnelle 100
Loi uniforme 11, 44, 237, 248, 273
Long arm status 395

— M —

Maddî hukuk 325
Maddî hukuk hakkaniyeti 14
Maddî hukuk kaidesi 8
Maddî hususî hukuk menfaati (bkz. menfaat) 16 vd.
Maddî norm 325
Maddî olmayan mallar 257 vd.
Mahallî kamu düzeni (bkz. kamu düzeni)
Mahkeme kararı (bkz. yabancı mahkeme kararı) 344
Mahkeme hükmü 322
Mahkeme lisanı 306
Mal rejimleri 228 vd.
Mal vasiyeti 244
Manastır ölümü 188
Manifestement incompatible 157
Mecburiyet hali 368
Medenî ölüm 188
Medya 275, 360
Mefruz irade (bkz. irade)
Menfaat 14 vd., 80
—— düzen menfaati 15
—— işlem menfaati 15
—— milletlerarası düzen menfaati 18
—— maddî hususî hukuk menfaati 16 vd.
—— muamele menfaati (bkz. işlem menfaati)
—— nizam menfaati (bkz. düzen menfa-

ati)
—— otoriteye ait menfaat 18
—— taraf menfaati 14
Menşe yeri 103
Mere prensence 395
Meslek sırrı 311
Mezheplerarası hukuk 4
Milletlerarası adlî yardım 290 vd., 422
Milletlerarası ceza hukuku 32
Milletlerarası döviz hukuku 18
Milletlerarası idare hukuku 32 vd.
Milletlerarası iflas hukuku 30
Milletlerarası istimlâk hukuku 18, 33
Milletlerarası kamu düzeni (bkz. kamu düzeni)
Milletlerarası kamu hukuku 18
Milletlerarası kambiyo hukuku 18
Milletlerarası karar ahengi (bkz. dış karar ahengi) 16, 43
Milletlerarası kartel hukuku 33
Milletlerarası malî hukuk 33
Milletlerarası mahkeme 386
Milletlerarası medenî usul hukuku 30 vd.
Milletlerarası özel hukuk (bkz. devletler hususî hukuku)
Milletlerarası Ticaret Odası 411, 417
Milletlerarası unsur 5
Milletlerarası usul hukuku 30
Milletlerarası yetki 31, 81, 329 vd., 393
—— itirazı 369 vd.
Millî karar ahengi (bkz. iç karar ahengi) 16, 126
Millî liman hukuku 257
Miras 242 vd.
—— açılması 244
—— davaları 366
—— gayrimenkul miras 243
—— iktisabı 244 vd.
—— küllî intikal 245
—— menkul miras 243
—— taksimi 244 vd.
—— statüsü 245
Mirascılık belgesi 248 vd., 404
Miracı nasbı 245
Mirastan mahrumiyet 245
Mirastan iskat 245
Miras sebebiyle istihkak davası 245, 392
Misilleme 292
Muamele menfaati (bkz. menfaat)
Mukabele 292
Mukayeseli hukuk (bkz. karşılaştırmalı hukuk)
Mutad iş yeri 270 vd.
Mutad mesken 103, 110 vd.
Mutad oturma yeri 110
Muvakkat tedbir 169, 224
Muvazaa 116
Mücamele 295
Mücbir sebep 368
Müdahaleci normlar 56, 267 vd.
Müktesep hak (bkz. kazanılmış hak)
Mülkiyeti muhafaza kaydı 254
Mülteci 108
Münhasır yetki 372, 392 vd.
Mütekabiliyet 290 vd., 380 vd., 390 vd., 419
Müzaharet 290

— N —

Nafaka 238 vd.
Nakil vasıtaları 256 vd.
Nesep 229 vd.
—— düzeltilmesi 230 vd.
—— hükümleri 234
—— evlilik içi 229 vd.
—— evlilik dışı 235 vd.
Nişanlanma 202 vd.
Nizam menfaati (bkz. menfaat)
Norm eksikliği 121 vd.
Norm kümelenmesi 121
Normlar çelişkisi 121 vd.

— O —

Ordre public (bkz. kamu düzeni) 143 vd.
—— interne 147
—— international 1479
Otonomistler 93

— Ö —

Ölüme bağlı bağışlama 245

Ölüme bağlı tasarruf 246
—— ehliyet 246
—— şekil 247
Ölüm kararı 189
Ölüm karinesi 189, 296
Önmesele 123 vd.
Örf ve adet hukuku 61 vd.
Özel boşanma (bkz. boşanma)
Özel hak ehliyeti 189, 244
Özel fiil ehliyeti 191
Özel yetki 331

— P —

Pacta sunt servanda 289
Par in parem non habet imperium 333
Par in parem non habet jurisdictionem 333
Paylaşma 82
Personae coniunctae 104
Personal representative 246
Personalstatut 99
Principal place of business 198
Progogation 296, 351
Provessio iuris 243
Public policy 148
Punitive Damages 170, 276, 386

— Q —

Qualification (bkz. vasıflandırma)

— R —

Real statü 101
Rei vindicatio 251
Renvoi (iade atıf ve devam eden atıf) 129 vd.
Residence 97, 109, 141
Residence habituelle 111
Res in transitu 256
Resmî senet 183, 312 vd., 320 vd.
Revision au fond 389, 390, 399, 400, 415
Rüşt yaşı 191

— S —

Sebepsiz iktisap 281
Senet 320
—— ibrazı 313
—— isbat 183
Siège social 198
Sigorta mukaveleleri 393
Sitz 51
Soylulararası hukuk 4
Statü 46 vd., 78
—— genel statü 49
—— hüküm statüsü 49
—— maddî statü 49
—— real statü 49
—— şahsî statü 49
—— özel statü 49
Statuta 48, 100
—— personalia 48, 100
—— realia 48, 101
—— mixta 48
Statü değişikliği (bkz. conflit mobile) 28 vd., 84, 192 vd., 253 vd.
Statü Kararları 127 vd.
Statüler 46
Statüler teorisi 46 vd.
Statut personnal 99
Sujets mixtes 105
Sulh 387
Susma mükellefiyeti 311
Supranational hukuk 11

— Ş —

Şahıslararası hukuk 25 vd.
Şahıslararası ihtilaf hukuku 4
Şahit 310 vd.
Şahsî statü 99 vd.
Şahsiyet (bkz. kişilik) 188
—— değerleri 196 vd.
Şube 357

— T —

Tabii borç 327 vd.
Tabiiyet 96, 104 vd.
Tabiiyetsiz 106 vd., 362, 378
Tacir 323
Tahkim 407 vd.
—— anlaşması 409

—— usulü 410
Takas 267
Talak 402
Taraf (bkz. ikrar, isticvap, yemin)
Taraf olma ehliyeti 180 vd., 300 vd.
Tasarrufî muamele 252 vd.
Tasarruf yetkisi 192
Taşıma senedi 253
Tebliğat 423 vd.
Telif eser 257
Temel haklar 39
Teminat 378 vd.
Temsil 259 vd.
Temsilci vasıtasıyla evlilik (bkz. evlilik)
Tenfiz kararı (bkz. exequatur)
Tondern - Evlilik 112
Traités-lois 11
Trampa 267
Transient rule 395
Transsexuell 196
Treble damages 276
Tüketici akitleri 272 vd.
Tüketici mahkemeleri 392
Tüzel kişi 198 vd.
—— çok uluslu 200
—— dava ehliyeti 301
—— esas idare merkezi 199
—— fiil ehliyeti 199 vd.
—— hak ehliyeti 199 vd.
—— merkez 200
—— milletlerarası 201
—— taraf olma ahliyeti 200

— U —

Uçak 256
Uniform laws 44
Usul hukuku 325
Usulî itiraz 300
Uygunluk prensibi 83

— Ü —

Ülke içi yetki 331
Ülkesellik 257, 413

— V —

Vak'a hakkaniyeti 173
Varma yeri hukuku 256
Vasıflandırma 88 vd., 316 vd.
—— birinci derece 90
—— hukuku 91vd.
—— ikinci derece 90
—— lex causae 92
—— lex fori 91
Vasi 240
Vatansız (bkz. Tabiiyetsiz)
Vekâlet 259
Vekâletsiz iş görme 281
Velâyet 234
Veraset vesikası 248 vd., 404
Vesâyet 240 vd.
Vested rights 53
Vorfrage 123 vd.

— Y —

Yabancı derdestlik 353 vd.
Yabancı hukuk 40 vd., 163 vd.
Yabancılar hukuku 34 vd.
Yabancılık unsuru 5
Yabancı mahkeme kararı 383 vd.
—— tanıma 384 vd.
—— tenfiz 385 vd.
Yabancı para kayıtları 258
Yardım nafakası 238 vd.
Yargı muafiyeti 332 vd.
Yargı yetkisi 330, 346 vd.
Yemin 312
Yenilik doğurucu kararlar 127 vd.
Yetki anlaşması 370 vd.
Yetki itirazı 369 vd.
Yetki sözleşmesi (bkz. yetki anlaşması)

— Z —

Zamanaşımı 185 vd., 308, 318 vd.
—— ile iktisap 255
Zamanlararası hususî hukuk 26 vd.
Zamanlararası ihtilaf hukuku 4
Zilyetlik 253

ISBN: 975 - 486 - 504 - 3

