

Ders : Devletler Özel Hukuku Kanunlar İhtilafı
Dersin Hocası : Yrd. Doç. Dr. Musa AYGÜL
Ders Kitapları : 1. Ergin NOMER – Devletler Hususi Hukuku
2. Aysel ÇELİKEL – Milletlerarası Özel Hukuk
3. Gülören TEKİNALP – Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları

İki Türk vatandaşı Konya’da evlenmek isterse, bu kimselere Türk Medeni Kanunu uygulanır. Veya iki Türk vatandaşı satım sözleşmesi yaparsa, yine bunlara, Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır. Yani bu durumlarda, Türkiye’de pozitif geçerliliği olan kurallar uygulanır. Ancak bir Alman kadın ile bir Türk erkek, İtalya’da tanışıp, kilisede evlenseler, bu evlilik geçerli olacak mıdır? Geçerli olacağına, bu, hangi ülke hukukuna göre olacaktır?

İki Alman vatandaşı 10 yıldır ikamet ettikleri Alanya’da boşanmak için Alanya Aile Mahkemesi’ne başvuruyorlar. Burada başvuru mahkemenin yetkisi var mıdır? Var ise, Türk hukukuna göre bu evlilik geçerli midir? İtalya, Almanya ve Türkiye’de evlilik malları bulursa, bu mallar hangi ülke hukukuna göre paylaşılacaktır? Hangi mal rejimi uygulanacaktır? Varsa çocuğun velayeti hangi hukuka göre ve kime verilecektir? Yine nafaka da hangi ülke hukukuna göre ve nasıl belirlenecektir?

İki karısı olan bir İran vatandaşı, ikinci eşiyle Türkiye’ye geldi. Adamın ilk karısı da daha sonra gelerek, adama Türkiye’de nafaka davası açtı. Bu durum nasıl çözülecektir? “Türkiye’de tek kişiyle evlilik geçerlidir” denilerek talep geri mi çevrilecektir yoksa İran hukuku mu uygulanacaktır?

Kayserili tacir, İtalya’ya mal yollamıştır. İtalyan tacir de malların bozuk olduğu gerekçesiyle, satış bedelini ödememiştir. Bu durumda nerede ve hangi hukuka göre dava açılır? Hangi ülkenin Borçlar Kanunu uygulanır?

Adam öldü ve birçok ülke bankasında parası, birçok ülkede gayrimenkulü vardır. Bu durumda miras nasıl bölüşülür?

İşte, kanunlar ihtilafı, bu tür sorulara cevap veren bir hukuk dalıdır. Bu ihtilafların hepsinin ortak bir özelliği vardır: Tüm bu hallerde ihtilaf, sadece bir ülkeyi ilgilendirmemektedir. Zaten tek bir ülkeyi ilgilendiren sorunlar, kanunlar ihtilafının ilgi alanı dışında kalır. Yukarıda verilen örneklerin tümünde ihtilaf, ülke sınırını aşarak, başka bir ülkeyle bağlantılı hale gelmektedir. Kanunlar ihtilafının oluş sebebi, iki ayrı hukuk sisteminin mevcut olmasıdır. İki ayrı hukuk sistemi olduğu sürece de, kanunlar ihtilafı var olacaktır.

Aslında bu durumlarda sorun, uluslararası toplum tarafından çözümlenmelidir. Ancak bugün için tüm devletlerin tâbi olduğu bir kanun koyucu, bir üst otorite olmadığı için, her ülke, bu sorunları kendisi çözmeye çalışmaktadır. Bunun istisnası ise, taraf olunan uluslararası sözleşmelerdir.

İhtilafı, hukuki ilişkiyi, birden fazla ülkeyle irtibatlandırılan unsura yabancılik unsuru diyoruz. Bu hukuki olayın, irtibatlı ülkelerden hangisine tâbi olacağını belirleyen unsura da kanunlar ihtilafı denmektedir.

İrtibat, kişi bakımından ya da yer bakımından olabilir. Yer bakımından irtibatlanmada olay, yabancı bir ülkede olmuştur. Mesela bir haksız fiil olarak trafik kazası ilgili kişinin tâbi olduğu ülkeden başka bir ülkede meydana gelmiştir. Olayların tamamına yakınında yer bakımından irtibatlanma görülür. Bir de son dönemlerde hukuki ilişkinin niteliği bakımından da yabancı bir ülkeyle irtibatlanma olduğu söylenmektedir. Buna, M. AYGÜL de katılmaktadır. Burada, diğer iki unsur yoktur. Olay şeklen ülke içiyle irtibatlı görünmektedir. Ama öyle bir gelişme olmaktadır ki, olay uluslararası irtibatlı hale gelmektedir. Buna genellikle ticari ilişkilerde rastlanır. Mesela, Türk Telekom’un özelleştirilmesinde buna rastlamak mümkündür. Türk Telekom bir Türk şirkettir. Telekom’u satın alan şirket de Türk şirkettir (Yabancılar Türkiye’de yatırım yaparken, daha avantajlı olduğundan, öncelikle Türkiye’de bir şirket kurmaktadır). Ama yabancı bir ülkeden para transferi olmuştur. Bu durumda da yabancılik unsuru ortaya çıkmaktadır. Yabancılik unsuru varsa kanunlar ihtilafı uygulanır. Ancak yabancılik unsuru yoksa, taraflar, uygulanacak hukuku seçemezler. Yabancılik unsurunun bulunduğu hallerde ise taraflar uygulanacak hukuku seçebilirler.

Devletler Özel Hukuku, Milletlerarası Özel Hukuk terimindeki ‘devletler, milletlerarası’ ibareleri, uluslararası meselelerin, yabancılik unsuru taşıyan problemlerin çözümlendiğini belirtir. ‘özel’ ile kastedilen ise, bireyler arası durumların inceleme konusu yapıldığıdır. Devletler genel ise, devletler arasındaki ilişkileri inceler ve bir kamu hukuk ilişkisi oluşturur. Devletler Özel Hukukunun inceleme konusu bireyler arasındaki özel hukuk ilişkileridir. Yani, belirleyici olan kriter, hukuki ilişkinin niteliğidir.

Tüm dünyada geçerli olan ortak milletlerarası özel hukuk kuralları yoktur. Her ülke farklı kanunlar yapar. Türkiye, 1982’ye dek, Osmanlı’dan kalan kanunları uygulamaktaydı. Bu tarihte ise MÖHUK’u çıkarmıştır. milletlerarası Özel Hukuk, fonksiyonel anlamda, milletlerarası hukuka ait

olmasına rağmen, pozitif anlamda, yani hukukun kaynağına bakılacak olursa, millidir. Ancak bazen de ülkeler arasındaki kurallar benzerlikler gösterir. Öyle kurallar vardır ki, tüm dünyada aynıdır.

Kanunlar ihtilafı kuralları, bir ihtilafı doğrudan sona erdiren kurallar değildir. Kanunlar ihtilafı, uyuşmazlığı çözecek kuralları gösterir.

MADDİ HUKUK → esas (evlenmenin 17 yaşında yapılabileceği MK hükmü)
→ şekil (evlenmenin resmi memur önünde yapılması)

USUL HUKUKU (görevli ve yetkili mahkeme, deliller, yargılamanın nasıl yapılacağı vs)

GÖSTERİCİ (ihtilafın hangi hukuk tarafından çözüleceğini gösterir)

Bir hukuki olay, yabancı unsur sebebiyle birden fazla ülkeyle irtibatlıysa ve bu hukuk sistemleri farklıysa, hangisi tercih edilecektir? Farklı hukuk sistemleri olduğu müddetçe bu soru sorulacaktır. Bu sorunun nasıl çözümleneceğiyle ilgili bazı yaklaşımlar vardır:

1. 'Lex Fori'ci Yaklaşım

Bir dava, hangi mahkemede görülüyorsa, o mahkeme hukuku uygulanmalıdır. Eğer bu sistem kabul edilmiş olsaydı, devletler hukuku olmazdı. 11. yüzyıldan itibaren bu sistem terkedilmiştir. Zira, haksız ve adaletsiz sonuçlar doğurmuştur. Mesela, adamın ülkesinde iki karısı vardır. Bu adama ikinci karısı tarafından Türkiye'de bir nafaka davası açılması durumunda, ikinci evlilik geçersiz olacağından dava reddedilecek ve adaletsiz sonuçlar doğacaktır.

2. Maddi Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları

Bu kurallar, gösterici kurallar değildir. Bunlar, yabancı unsuru doğrudan çözmeyi amaçlarlar. Bunlara bu yüzden 'maddi' denmektedir. İkiye ayrılarak incelenebilir:

a) Milli: Mesela, bizim Borçlar Kanunumuzun konuluş amacı, Türkiye'deki borç ilişkilerini düzenlemektir. BK'nın, uluslararası borç ilişkilerini düzenleme gibi bir amacı yoktur. Uluslararası borç ilişkilerinde ise tarafların istekleri farklıdır. Bazı devletler, ikili kanunlar yapmışlardır. Bizim de böyle bir kanunumuz vardır: Milletlerarası Tahkim Kanunu. Bu kanun, milletlerarası hususlardaki tahkim konularını düzenlemektedir. İç hukuka ilişkin tahkim ise HUMK'ta yer almaktadır. Her iki kanunu da TBMM çıkarmıştır ama birbirlerinden farklıdır.

b) Milletlerarası: Herhangi bir devlet tarafından kabul edilmemiş, ancak uluslararası alanda geçerli olan bir takım kurallardır. Lex mercatoria, ticari örf ve adet kurallarıdır. Uluslararası örgütler bunları kodifiye etmiştir. Uluslararası ödeme (akreditasyon), teslim yöntemleri Paris Ticaret Odası'nca yazılı hale getirilerek yayınlanmıştır. Paris Ticaret Odası bağımsız, uluslararası bir kuruluştur. Mesela, akreditif konularında bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda, mahkemelerimiz, PTO'nun bu kurallarını uygular. Bu konuda bizim mevzuatımızda düzenleme yoktur.

3. Üst Otorite

Tüm dünyada, bir üst otorite oluşturulması istenmektedir. Ancak bu, ütöpik kalmaktadır.

4. Kanunlar İhtilafı Kurallarının Yeknesaklaştırılması

Bununla, tüm ülkelerde aynı kanunlar ihtilafı kurallarının olması isteniyor. Böylece, bir uyuşmazlık hangi ülkenin mahkemesine gitse, kurallar hep aynı yeri gösterecektir. Bu konudaki çalışmalar Lahey'de sürdürülmektedir. Çek ve Polonya'ya ilişkin Cenevre Sözleşmesi, bu konuda başarılı da olmuştur. Ancak yeknesaklaştırma oldukça zordur, bugün AB'de bile çok ilerleme kaydedilmiş değildir. Yalnızca aktiflerle ilgili bazı hususlarda yeknesaklaştırma yapılabilmektedir.

5. İhtilafçı Metod (Savigny Metodu)

Bugün en gerçekçi ve en çok kullanılan yöntemdir. 1800'lü yıllarda yazdığı eserinde bu sistemi Savigny kurmuştur. Hukuk düzeni tarafından kategorize edilen ilişkilerin ağırlık noktası, özü esas alınarak, ihtilaf, bir ülkeyle irtibatlandırılır, bağlantı kurulur. Mesela, ahvali şahsiyeye ilişkin ihtilaflarda ağırlık noktası ikametgâhtır. Yani, kişinin ikametgâhı hangi ülkedeysen, uyuşmazlık, o ülke ile irtibatlandırılır. Mülkiyet hukukuna ilişkin ihtilaflarda ağırlık noktası ise, eşyanın bulunduğu yerdir. Bu ağırlık noktasını herkes farklı değerlendirebilir. İhtilafçı metodun kullandığı kurallara bağlama kuralları denir. Mesela, ABD'de, bizdekinin aksine, milli kanun diye bir şey yoktur. ABD'de bölgeler arası hukuk kuralları vardır ve bu nedenle 'milli hukuk' dendiğinde, bu tabir, uygulanacak hukuku göstermez. Zira her eyaletin hukuk sistemi farklıdır. ABD'de ikametgâh hukuku esas geçerlidir. Bu nedenle, bir ABD vatandaşının Türkiye'deki yargılamasında, bu kişinin ikametgâhını bilmek önemlidir.

Bazı ülkelerde ise, kişilere göre uygulanan hukuk kuralları da farklılık göstermektedir. Mesela, Hindistan'da, her kasta uygulanan hukuk farklıdır. Yine, İran'da Musevi, Hıristiyan ve Müslümanlar'a uygulanan hukuk birbirinden farklıdır.

Bunlardan başka bir de zamanlar arası hukuk kuralları vardır. Birbiri ardına yürürlüğe giren kurallar arasında ihtilaf olabilir. Mesela, eski MK ile, yeni MK arasındaki ilişki gibi. 01.01.2002'den önceki bir evlenmeye ilişkin uyuşmalıklara eski kanun uygulanır. Ancak, 01.01.2002'de yeni kanunun yürürlüğe girmesiyle artık yeni kanun uygulanacaktır. Genellikle bu durum, ülkenin iç hukukundaki tatbikat kurallarına göre çözümlenir.

BAĞLAMA KURALLARI

"Hak ve fiil ehliyeti, ilgilinin milli hukukuna tâbidir." (MÖHUK m.8)

"Evlenmenin şekli, yapıldığı yer hukukuna tâbidir." (MÖHUK m.12)

İlk hükmün konusu, hak ve fiil ehliyetidir. İkincisinin ise, evlenmenin şeklidir. Hak ve fiil ehliyetinde ağırlık noktası, milli hukuktur. Kıta Avrupası genellikle milli hukuk, Anglo-Amerikan hukukunda ikametgâh anlayışı geçerlidir. Mülkiyete ilişkin ihtilaflarda malın bulunduğu yer; akitlerde önce inikat yeri, sonra ifa yerinin ağırlık noktası olduğu kabul edilmiş. Yani, farklı görüşler olabilmektedir. İşlemlerin yapılması halinde, işlemin yapıldığı yer ağırlık noktasıdır.

Bağlama Kurallarının Tasnifi

Tek Taraflı / Çok Taraflı Bağlama Kuralları

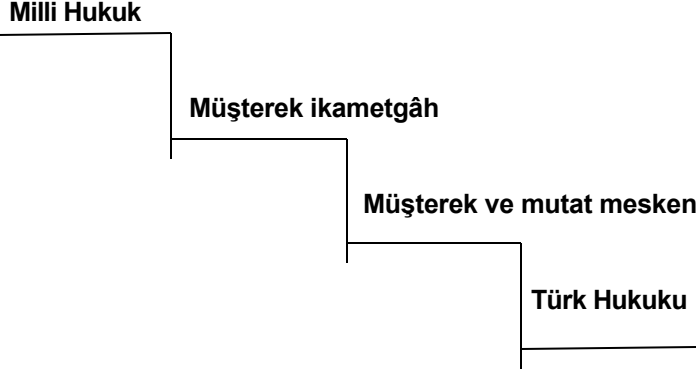
Eğer bir bağlama kuralı, hangi hallerde 'lex fori'nin (mahkemenin hukuku) uygulanacağını söylüyorsa, bu bir tek taraflı bağlama kuralıdır. MÖHUK m.22/1, buna örnek olarak verilebilir. Çok taraflı bağlama kuralları ise, hakimin hukuku lehine bir tercih yapmadan, objektif kurallara göre tespit yapan kurallardır. Mesela, hak ve ehliyet ile ilgili kural (m.8) böyledir. Zira, burada hangi hukukun uygulanacağı baştan belli değildir. Çok taraflı bağlama kuralları, hakimin hukukuyla yabancı hukuk arasında tarafsızdır.

Bağımlı / Bağımsız Bağlama Kuralları

Herhangi bir kurala tâbi olmaksızın uygulanacak kuralı gösteren kurallar, bağımsız bağlama kuralıdır. Bunlar, uygulanacak hukuku gösterirken başka bir kurala ihtiyaç duymazlar. Bazı kurallar ise, uygulanacak hukuku gösterebilmek için başka bir kurala ihtiyaç duyarlar. Mesela, vesayet, uygulanacak hukuka tâbidir (m.9/1). Bu, bağımlı hukuku gösterir. Örneğin, MÖHUK m.5, kamu düzeni kuralıdır. Bu kuralın da kedi başına bir anlamı yok, başka bir kuralla birlikte uygulanır.

Yalın / Basamaklı (Şelale) Bağlama Kuralları

Yalın bağlama kurallarında bir tek bağlama noktası vardır. Mesela, m.5'te olduğu gibi. Oysa basamaklı bağlama kurallarında birden fazla bağlama noktası vardır. İlk basamak gerçekleşmezse, ikinci basamağa; bu gerçekleşmezse, üçüncü basamağa; bu gerçekleşmezse, dördüncü basamağa ... geçilir. Eğer bir basamakta bağlama noktası varsa, bir alt basamağa geçilmez. Buna örnek olarak m.12 verilebilir.



Alternatif Bağlama Noktalı Kanunlar İhtilafı Kuralları

Alternatif bağlama kurallarında da birden fazla kural vardır ancak, şelale bağlama kurallarından farklı olarak bunlar birbirine alternatiftir. MÖHUK m.6.

Kanunlar ihtilafı problemi, 11. yüzyılda İtalya’da ortaya çıkmıştır. O dönem İtalya’daki site devletlerinde ticaret çok gelişmişti. Burada iki hukuk yan yana uygulanmaktaydı: Roma Hukuk ve her site devletinin örf ve adet hukukundan oluşan ‘statuta’sı var. Bir sitenin taciri, başka bir siteye gidince, oranın hukukuna tâbi olmakta ve bu da bazen adaletsiz sonuçlar doğurmaktaydı. Mesela, kendi sitesinde hak ve fiil ehliyetine sahip iken, gittiği yerde ehliyetsiz kalabiliyor. Bu durum, hakimleri rahatsız ediyor. O dönem, bir kuralın hukuk kuralı olabilmesi için “Justinien Kodu”nda yer alması gerekiyor. Aksi halde uygulama alanı yok. Bunun için bir çözüm yolu aranıyor ve hukukçular Justinien Kodu’ndaki “glasso”ları tarayarak bir kural buluyorlar: “bir kişi nereye giderse gitsin, imparatora bağlı olduğu kuralları da sırtında götürür.” İşte kanunlar ihtilafı buradan ortaya çıkıyor. Bundan sonra glassatörler, kanunları ayrıma tâbi tutuyorlar. Buna göre şu ayırım yapıyor:

- ? Bazı kurallar kişiyi takip eder, şahsidir (statuta personalia)
- ? Bazı kurallar ise kişiyi takip etmez, aynidir (statuta realia)
- ? Bazı kuralları ise çözememişler ve karma olarak kabul etmişlerdir (statuta mixta)

Bu ayırım, Savigny’ye kadar bu biçimde kullanılmış, daha sonra Savigny bunu değiştirmiştir.

Bundan sonra 13-14. yüzyılda Fransız statücüler geliyor. O dönem Fransa’da feodalci ile merkezîyetçiler arasında kavga var. Merkezîyetçiler şahsi statüyü; bölgeciler ise aynı statüyü öne çıkarıyorlar. Hem İtalyan hem Fransız statücülerinin iki ortak yanı vardır: Öncelikle, her ikisi de kanundan hareket ederler. İkinci olarak, her ikisi de belli bir ülkeyle sınırlı olduklarından, bu anlamda bölgecidir. Zaten o dönemde uluslararası bir ortam yoktur.

Kanunlar ihtilafını ilk kez uluslararası alana taşıyan ise Hollandalılar olmuştur. Hollandalı statücüler, denizlerin herkese açık olması gibi prensipleri savunarak, bunu uluslararası alana taşımışlardır. Hugo Grotius ismi önemlidir. Grotius, modern devletler hukukunun kurucusudur.

Hollandalılar, uluslararası hukuka önemli katkılar yapmışlardır. Hollandalılar’ın iki önemli sorunu var: Birincisi, egemenlik sorunu. Grotius, tüm devletlerin egemen olduğunu söylüyor. Uluslararası nezaket kurallarının bunu gerektirdiğini belirtiyor. İkinci olarak da, açık denizlerin serbest olması prensibini ortaya atıyorlar. Grotius, dünyayı, olayları gözlüyor ve tümevarım yöntemini kullanarak bir ilkeye varıyor. Hollandalı statücülerin diğer statücülerden farkı da budur: Gözlemi kullanmaları. Diğer statücüler tûmdengelim yöntemini kullanmışlardır. Hollandalı statücüler, kanunlar ihtilafına farklı bakış açıları getirmişlerdir.

Ulrius Huber, küçük bir kitap yazarak devletler hukukuna yeni açılımlar getiriyor. Mesela, bütün kanunların mülki olduğunu söylüyor. Daha sonra bu eser, ABD kanunlar ihtilafı kurallarının oluşturulması sırasında ABD’yi etkilemiştir (Bugün, devletler hukuku alanında ABD çok ileridir, neredeyse tüm teoriler oradan gelmektedir). Huber, kanunların mülki olduğunu söyler ancak bazen yabancı kanunun da uygulanabileceğini belirtir. Bunun sebebi uluslararası nezaket kurallarıdır (comitas gentium). Huber, yabancı kanunun uygulanmasına bir sınır getiriyor ve bunun da kamu düzeni olduğunu söylüyor. Buna göre, yabancı kanun kamu düzenine aykırıysa, uygulanmaz. ABD kanunlar ihtilafının temelini bu oluşturur. Aynı, şahsi ve karma ayırım, Huber’de de söz konusudur.

Alman hukukçu Wehter, pozitif bir anlayışla statücülerin teorisini yıkmıştır. Wehter'e göre kanun, kanun koyucunun ağzından çıkan her şeydir. Hakim, kendi kanun koyucusunun koyduğu kuralla bağlıdır. Wehter'e göre, kurallar üçe ayrılmaz. Böylece Wehter, üçlü ayrımı kabul etmemektedir. Ancak, Wehter, yabancı unsurlu ihtilaflarda bunun yerine bir çözüm ikame edememiştir.

Wehter'in yaktığını yine Alman bir hukukçu olan Savigny kurmuştur. Savigny, Wehter'in haklı olduğunu söyler, kanunları ayırmak yanlıştır. Kanun yerine hukuki ilişkiden yola çıkılmalıdır. Yani kuralın kendisi değil, düzenlediği hukuki ilişki dikkate alınmalıdır. Savigny'ye göre, her hukuki ilişkinin bir ağırlık noktası vardır. Bu ağırlık noktası hangi ülkeyi işaret ediyorsa, o ülke kuralları uygulanmalıdır (Savigny Metodu = İhtilafçı Metod). Uluslararası alanda ihtilaflar bugün, %90 oranında bu yöntemle çözümlenir. Bizim bu konudaki kuralları da tamamen bu metoda göre düzenlenmiştir. Wehter tam bir pozitivist iken, Savigny evrenselcidir. Hakimin hukukunun da, yabancı hukukun da uygulanabileceğini ifade eder. Savigny, uluslararası toplumun farkındadır. Savigny metoduna göre, mesela ehliyet ve ahvali şahsiyeye ilişkin uyumsuzluklarda ağırlık noktası, ikametgâh; gayrimenkule ilişkin uyumsuzluklarda ise, eşyanın bulunduğu yerdir.

Daha sonra İtalyan Manzini, devletler hukukuna milli kanun kavramını kazandırıyor.

ABD'de ise durum biraz daha farklıdır. Zira, ABD'de birbirinden çok farklı hukuk sistemleri yürürlükte. Eyaletler arasındaki hukuk kurallarında çok büyük farklılıklar bulunmaktadır. Örnek: Haksız fiillerde ağırlık noktası, fiilin ika yeridir. ABD'de bazı eyaletlerde hatır yolcusunun tazminat hakkı mevcut iken (New York), bazı eyaletlerde hatır yolcusu böyle bir hakka sahip değildir (Ohio). New Yorklu bir kimse, arabasına başka birini (hatır yolcusu) alarak yola çıkıyor ve Ohio'da kaza yapıyorlar. Haksız fiil Ohio'da olduğu için, buranın hukuku uygulanırsa, hatır yolcusunun tazminat hakkı olmayacak. Oysa ki, taraflar New Yorklu, araba yine New York'a kayıtlı, tüm ilişkileri, ikametgâhları New York. Bu tip durumlarda ortaya çıkan adaletsiz sonuçlar hukukçuları rahatsız ediyor ve kanunlar ihtilafına yeni bir kavram kazandırıyorlar: "sıkı ilişki hukuku". Böylece, adaletsiz sonuçların doğmasının önüne geçilmiş oluyor. Bizde de bazı haksız fiillerde bu prensip uygulanabilmektedir. Kökeni ABD'dir.

İngiltere'de ise, "kazanılmış haklar teorisi" benimsenmiştir.

Bugün dünyada, ihtilafçı metod (Savigny metodu) kullanılır. Bağlama kuralının şekliyle ihtilaf çözülür. Peki bu bağlama kuralları oluşturulurken, yorumlanırken neye dikkat edilecektir? Alman hukukçu Kegel, "menfaatler içtihadı" nı getirmiştir. Bu prensip, menfaatlerden hareket etmektedir. Kegel'e göre, ihtilafçı yöntemde uygulanacak hukuk tespit edilirken menfaatler dikkate alınarak uygulanacak hukuk belirlenmelidir. Kegel, iki tane adaletin olduğundan bahsetmektedir: 1. Milletlerarası özel hukuk adaleti 2. Maddi hukuk adaleti (normatif adalet). Normatif adalet anlayışına göre, o ülkenin kuralları uygulanınca, adalet sağlanmış olur. Milletlerarası özel hukuk adaleti ise, maddi içeriğe bakmaz. Milletlerarası özel hukuk adaleti, bir uyumsuzluğa hangi hukukun uygulanacağı sorusunun cevabını arar. Buna göre, en uygun hukuk uygulanırsa, adalet gerçekleşir. En uygun hukuk belirlenirken, kuralı oluşturan menfaate bakılır. Mesela, Sudanlı bir kadına, Türkiye'de Sudan hukukunun uygulanması daha adildir. Zira, kadının yaşadığı yer orasıdır, ilişkileri orada gerçekleşmektedir. Menfaatler içtihadına göre, içeriğe bakılmaz, yani, kadın açısından Türk hukukunun lehine olması önemli değildir. Bu yüzden, milletlerarası özel hukuk adaleti, maddi hukuk adaletinden önce gelir. Ancak bunun bir istisnası vardır: Kamu düzeni. Kegel, milletlerarası özel hukuk adaletinin içerisinde menfaatlerin yer aldığını söyler. Bunları da şöyle ayırır:

1. Taraf Menfaati (Bireysel Menfaat)

Hukuki ilişkinin tarafının menfaatini dikkate alır. Hangi hukuk uygulanmalı ki, tarafın menfaati gerçekleşsin. Uluslararası ticarete, tacirlere uygulanacak hukuku seçme hakkı tanınmıştır. Tacirler, bunu belirleyebilmektedirler. Mesela, Alman ve Türk tacir, hangi hukukun uygulanacağı konusunda anlaşamadığında, uyumsuzluğa, İsviçre hukukunun uygulanmasını isteyebilirler.

2. İşlem Menfaati

Hukuki işlemin yapılmasında, geçerliliğinin sağlanmasında, üçüncü kişilerin haklarının korunmasındaki menfaattir. Buna göre, bir sözleşme, herhangi bir yerde geçerli olarak yapılmışsa, her yerde geçerli kabul edilmelidir. Mesela, İran'da da taşınmaz bulunan birinin Türkiye'de geçerli olarak yaptığı vasiyetname, İran'da da geçerli olmalıdır. Zira, işlem menfaati bunu gerektirir. LRA (lorus regit actum = hukuki işlemin yapıldığı yer hukuku) hukukuna göre yapılan bir işlem, Türkiye'de de geçerlidir (MÖHUK m.6). Mesela, hukukumuzda göre, vasiyetname, istisna hariç, yazılı olarak yapılmak zorundadır. Başka bir ülke hukukuna göre, sözlü olarak yapılmış ve geçerlilik kazanmış bir vasiyetname, Türk hukukunda aranan şartları taşıyorsa bile, geçerli kabul edilmektedir.

3. Düzen Menfaatleri

Bunlar üç tanedir: Bir hukuk sisteminin bütünlük ve tutarlılık arz etmesi; etkin bir şekilde uygulanabilmesi; genel olması ve süreklilik taşımasıdır.

a) İç Karar Ahengi : Aynı nitelikte olan yabancı unsurlu ihtilafların hep aynı şekilde çözüme kavuşturulması, iç hukuktaki karar birliğinin sağlanmasıdır. Buna göre; benzer iki hukuki işlem ya geçerli ya da geçersizdir.

b) Dış Karar Ahengi : Hukukların uluslararası birliğidir. Yabancı unsurlu bir hukuki ihtilafın hangi ülke mahkemesine giderse gitsin hep aynı şekilde çözümlenmesi gerektiğini ifade eder. Mesela, bir boşanma davası hep aynı ülkenin hukukuna tâbi olmalı ve bütün hukuk sistemlerince hep aynı hukuka işaret edilmelidir. Milletlerarası karar ahengi, total hukuki işlemlerin ortaya çıkmasını engellemeye yöneliktir. Bazen iç karar ahengi ile dış karar ahengi çatışır. Böyle bir durumda Kegel, dış karar ahenginin daha önemli olduğunu söylemektedir. Mümkünse, dış karar ahengi tercih edilmelidir.

c) Gerçek Bir Kararın Verilmesi Menfaati : Uygulanacak hukuk öyle seçilmelidir ki, verilen kararın icra kabiliyeti olmalıdır. Bunun için de mer'i hukuk seçilmelidir. Bu ilkeye göre, öyle bir hukuk seçilmelidir ki, karar, yabancı ülkelerde de uygulanabilme kabiliyetini haiz olsun. Mesela, Almanya'daki bir gayrimenkule ilişkin bir uyuşmazlığa Türk hukuku uygulanırsa, o kararın icra kabiliyeti kalmaz. Bu bakımdan hukuku uygulanacak devletin tanınmış olması da şart değildir. Mesela, İngiltere, Kıbrıs hukukunu uygulamıştır.

4. Devletin Menfaati

5. Milletlerarası Toplumun Menfaati

Bu ikisi, doğrudan Kegel tarafından söylenmiş değildir. Bu ilkeleri, Kegelci okul ortaya atmıştır. (Derste anlatılmadı, ayrıntılı bilgi için bkz. ders kitapları)

VASIFLANDIRMA

I- "Evlenme ehliyeti, tarafların milli hukukuna tâbidir." (MÖHUK m.12/1)

II- "Evlenmenin şekli, yapıldığı yer hukukuna tâbidir." (MÖHUK m.12/2)

I'de bağlama konusu, evlenme ehliyeti; bağlama noktası, milli hukuktur. Buna karşılık II'de bağlama konusu evlenmenin şekli; bağlama noktası, yapıldığı yer hukukudur.

Evlenme ehliyetine yaş, velinin rızası, akıl sağlığı, evlenme engellerinin bulunmaması girer. Bunları kanun saymıştır. Bunların içeriği, ülkelere göre farklılık gösterebiliyor. Mesela, bizim hukukumuzda göre, evlenme ehliyetinin ilişkin bir şart, İngiliz Hukuku'nda şekle ilişkin olabilir. Mesela, ana-baba rızası bizde evlenme ehliyetine ilişkindir ve milli hukuka tâbidir. Buna karşılık başka bir ülkede bu, şekle ilişkin ise, yapıldığı yer hukukuna tâbi olacaktır.

Bir ihtilaf, hukuki konunun farklı hukuk sistemleri tarafından farklı kategorize edilmesinden kaynaklanıyorsa, bundan doğan ihtilaflara vasıf ihtilafları denir. Buna en klasik örnek; Fransız Hukuku'ndaki nişanın bozulması müessesesidir. Nişanın bozulması bizim hukukumuzda aile hukukuna ilişkin bir konudur. Oysa Fransa'da bir haksız fiildir ve borçlar hukukunun konusuna girer. Haksız fiillerdeki kuralımız, ika yeri hukukudur (MÖHUK m.25/1). Bir Fransız çift Türkiye'de nişanı bozuyor, hangi ülke hukuku esas alınacak?

Bir başka klasik örnek ise, zamanaşımı meselesidir. Zamanaşımı bizde esasa ilişkin bir konudur, oysa Anglo-Amerikan Hukuku'nda usûle ilişkindir. Zamanaşımı esasa tâbidir dersek, akdi ilişkinin tâbi olduğu kurallar uygulanarak çözüme ulaşılır. Ancak usûl hukukuna ilişkin olduğunu söylerse, hakim hukuku geçerli olacaktır. Zira, usûl hukuku, lex foriye tâbidir.

ÖRN : Türk satıcıyla, ABD'li alıcı arasında satım akdi vardır. MÖHUK m.24/a ifa yeri hukukunun uygulanacağını düzenlemektedir. Borcun New York'ta ifa edileceğini düşünelim. Bizde zamanaşımı 10 yıldır ve esasa ilişkindir. New York'ta ise, ise zamanaşımı usûle ilişkindir ve 20 yıldır. İfa yeri New York olduğu için New York hukuku uygulanır ve zamanaşımı 20 yıl olarak belirlenir. Eğer New York hukuku esas alınırsa, zamanaşımı usûl hukukuna ait oluyor ve lex fori geçerli. Uyuşmazlık Türkiye'de görülmekte ise, bu durumda esasa ilişkin olur 10 yıllık süre uygulanır.

ÖRN : Ana-baba rızasına ihtiyacı olan 17 yaşında iki Türk, İngiltere’de rıza almadan evleniyorlar. Uyuşmazlık Türkiye’de görülürse Türk Hukuku uygulanır. Ancak İngiltere’de rıza, şekle aittir ve 17 yaşında evlenmek için ailenin rızası şartı yoktur. Evlenmenin şekli hususunda ise, evliliğin gerçekleştiği yer hukuku esas alınır (m.12/II). Evliliğin yapıldığı yerde de bu husus, şekle ilişkin olduğundan ve İngiltere’de rıza şartı da aranmadığından, yapılmış olan evlilik geçerlidir. Hukuki uyuşmazlığı nitelendirmemize göre, rızayı esasa ilişkin kabul edersek Türk Hukuku uygulanacak ve evlilik iptal edilebilecektir. Eğer, şekle göre, yani yapıldığı yere göre nitelersek, İngiliz Hukuku uygulanacak ve evlilik geçerli kalacaktır.

Bunlar, klasik vasıflı ihtilaflardır. Yine, buna göre, İngiltere’de kilisede evlenen iki Türk vatandaşının evliliği de geçerlidir.

ÖRN : Türk Hukuku’nda mirasçısız bir terekeye devlet, son mirasçı sıfatıyla sahip olur. Bazı hukuk sistemlerinde ise mirasçısız terekeye devlet, sahihsiz mala el koyma (ihraz) şeklinde sahip olmaktadır. Mesela, mirasçısı bulunmayan bir Yunan vatandaşı Türkiye’de ölmüştür. Türkiye’de bankada parası ve gayrimenkulü vardır. Kural, mirasa milli hukukun uygulanacağıdır (MÖHUK m.22). Yargıtay’a göre devlet, son mirasçı olarak sahip olur, ancak Yunan Hukuku’na da bakılmalıdır. Yargıtay’a göre, Yunan Hukuku da vasıflandırmaya esas alınmalıdır. Buna göre, terekeye Türk Devleti, ihraz yoluyla sahip olur, diyor.

Çözüm Yolları

Lex Fori Vasıflandırma

Uyuşmazlığı hangi hukuk ne şekilde nitelerse nitelesin, hakimin hukuku uygulanmalıdır. Mesela, iki Türk vatandaşının İngiltere’deki rızasız evliliklerinin geçersizliği hususunda hakimin hukuk esas alınacaktır. Uyuşmazlık Türkiye’de bulunduğundan, evlilik de iptal edilecektir. Genellikle en kabul gören, en çok uygulanan sistem budur.

Bu çözüm tarzına eleştiriler yöneltmiştir. Buna göre, mesela, yabancı unsurlu bir ihtilafı hakimin hukukuna tâbi kılmak, kendi hukukuna göre nitelendirme yapmamak yanlıştır deniyor. Vasıflandırmayı o hukuk yapmalıdır. Bazı hususlarda lex foriye göre nitelendirme yapmak mümkün değildir. Mesela, İngiliz Hukuku’nda, bizim hukuk sistemimizde olmayan trust diye bir kavram vardır. Türkiye’de bu konuda bir uyuşmazlık doğduğunda Türk mahkemeleri nitelendirmeyi kendi hukukuna göre nasıl yapacaktır? Mesela, Mısır’da evlat edinme müessesesi yoktur, yine bu durumda nasıl nitelendirme yapılacaktır? Yine de tüm bu eleştirilere rağmen, lex fori vasıflandırma, en çok tercih edilen yöntemdir.

Lex Causae (Kademeli) Vasıflandırma

Lex causae, yabancı unsurlu bir ihtilafı çözen hukuktur (hüküm statüsü = akdi statü). Ahvali şahsiyede, şahsi statü deniyor. Bir hukuki ihtilafa hangi ülkenin hukuku uygulanıyorsa, o vasıflandırma göz önüne alınır. Önce hakimin hukukuna göre bir vasıflandırma yapılır. Sonra da ikinci bir vasıflandırma (lex causae) yapılarak çözüme ulaşılar.

Hakim, ilk önce mecburen kendi hukukuna göre vasıflandırma yapar (lex fori). Bundan sonra da hangi ülkenin hukukunun uygulanacağını belirler (lex causae).

Mesela, iki Türk vatandaşı, 17 yaşında rıza almaksızın İngiltere’de evleniyorlar. Lex foriye göre olay Türkiye’de (Türk mahkemelerinde) cereyan ediyor. Öncelikle Türk Hukuku’na göre vasıflandırma yapılır. Evlenme ehliyetine ilişkin ihtilaflar, tarafların milli hukukuna tâbidir. Evlilik İngiltere’de yapılmıştır. İkinci bir vasıflandırma yapılır ve lex causae’ya göre, İngiliz Hukuku uygulanır. Zira, evlilik İngiltere’de yapılmıştır ve evliliğin şekline ilişkin ihtilaflarda, evlenmenin yapıldığı yer hukuku uygulanır. İngiliz Hukuku’nda rıza, şekle ilişkindir.

Türkiye ve New York arasında ticari bir satım ilişkisi vardır. Alıcı parayı ödemiyor ve satıcı 10 yıl sonra İstanbul’da dava açıyor. Bu dava üzerine alıcı da BK m.125’teki zamanaşımı def’inde bulunuyor. MÖHUK m.24/2, ifa yerini işaret etmektedir. Borç ise, New York’ta ifa edilmiştir. New York Hukuku’nda zamanaşımı, esasa ilişkindir. Bu ihtilafın lex causae’sı, hüküm statüsü, New York’tur. New York’ta zamanaşımı 20 yıldır, bu borç açısından henüz zamanaşımı süresi dolmamıştır. Alıcı vekili şöyle bir itiraz ileri sürebilir: Mahkeme, zamanaşımını usûle ait olarak düşünmeli ve bu şekilde vasıflandırmalıdır. Böyle bir durumda ise, usûle ilişkin ihtilaflarda lex fori uygulanacağından, Türk Hukuku uygulanır ve zamanaşımı süresi dolmuş olur. Bu ikinci yaptığımız da lex causae vasıflandırmadır.

Milletlerarası Özel Hukuk Adaletine Göre Vasıflandırma

Buna göre, lex causae vasıflandırmaya ilişkin bir tercihte bulunabilmek için haklı bir sebep olmalıdır. Bu da, milletlerarası özel hukuk adaletini gerçekleştirecek bir tercih olmalıdır. Bu, her somut olaya göre değişir. Bazen lex fori, bazen lex causae vasıflandırma tercih edilmelidir. Zira, milletlerarası özel hukuku adaleti bunu gerektirir.

İki Türk vatandaşının rıza olmaksızın İngiltere’de evlenmeleri durumunda, bu evlilik, lex foriye göre geçersizdir. Milletlerarası özel hukuk adaletine göre ise, tarafların menfaati, evlenmenin geçerli olmasıdır. İşlem menfaatine göre, evlenmenin geçerli olmasını sağlayacak bir yöntem bulunmalıdır. Bu yöntem de, İngiliz Hukuku’nun esas alınmasıdır. Düzen menfaatine göre, İngiltere’de geçerli olan bu evlilik, Türkiye’de de geçerli olmalıdır. Tüm bu menfaatleri gerçekleştirecek bir vasıflandırma bulunmalıdır. Bu da, somut olay açısından, lex causae’dır. Zira, lex fori aynı sonucu vermiyor.

Son zamanlarda tercih edilen, önerilen sistem budur. Mahkemelerin en çok uyguladığı sistem ise, lex foridir.

Hakimin hukukunda, o konuda düzenleme yoksa, mecburen lex causae uygulanır. Kazanılmış haklara göre de vasıflandırma yapmak mümkündür.

İhtilafları Bağlamak

Bağlama Noktasının Yorumu

Bağlama noktası şunlar olabilir:

- ? Milli hukuk
- ? İkametgâh
- ? Mutat mesken
- ? İrade muhtariyeti
- ? Eylemin yapıldığı yer
- ? LRA
- ? İfa yeri

Bağlama noktası, kural olarak hakimin hukukuna göre yorumlanır. Yani, her ülke kendi bağlama noktasını, ülkesinde algıladığı şekliyle kabul eder. Bunun iki istisnası vardır:

- ? Tâbiyet, o ülkenin hukukuna göre belirlenir.
- ? Atıf

İkametgâh, tâbiyet, mutat meskenin tercih edilmesinin sebebi nedir? Tâbiyetin tespiti kolaydır. Böylece uygulanacak hukukun tespiti de kolay olur. Ayrıca tâbiyet süreklilik arz ederken, ikametgâh değişkenlik gösterir. İkametgâha göre, uygulanacak hukuk da değişir. Bazı devletler ikametgâhı kabul eder. Zira, ikametgâh ile kişi arasında daha somut, daha yakın bir bağ vardır. Ayrıca ikametgâh, yabancıların ülkeye intibakını da sağlar. Üstelik, federal sistemlerde vatandaşlık işe yaramaz, ikametgâhın kabul edilmesi şarttır.

Söylenildiğine göre, göç veren ülkeler tâbiyet hukukunu, göç alan ülkeler ise ikametgâh hukukunu uygularlar.

Örneğin, bir Türk vatandaşı, Almanya’ya gidiyor ve 30 yılı aşkın süredir orada çalışıyor. MK’ya göre bu kişinin ikametgâhı Türkiye’dir. Bu konudaki uyuşmazlıklarda Türk Hukuku uygulanır.

Bizim sistemimizde ikametgâh kolay ve tektir. Buna karşılık mesela İngiltere’de yeniden ikametgâh tesisi zordur. Almanya ve ABD’de birden fazla ikametgâh anlayışı vardır. İngiltere’de ise, doğum yeri ikametgâhı ve sonradan kazanılan ikametgâh anlayışı vardır. Doğum yeri ikametgâhının sonradan değişmesi çok zordur. Uzun yıllar yerleşme niyetiyle Türkiye’de olsa bile, bu kişinin ikametgâhı İngiltere’dir.

İkametgâh ile tâbiyeti uzlaştırmak mümkün olmadığı için, 30-40 yıl önce mutat mesken kavramı doğmuştur. Mutat mesken, bir kimsenin geçici olmayacak bir süre için bir yerde yaşamasıdır. Buna sosyal ikametgâh da denir. MK’ya göre Almanya’da 30 yıldır oturan kişinin ikametgâhı Türkiye, mutat meskeni ise Almanya’dır. Pek çok uluslararası sözleşmede mutat mesken kavramına değinilir. Mesela nafakaya ilişkin Lahey sözleşmeleri, çocuk kaçırmaya ilişkin Lahey sözleşmesi, mutat meskeni esas almıştır.

ATIF (RENVOI)

Milletlerarası bir ihtilaf doğduğunda, hakim, doğrudan kendi hukukunu, maddi hukuk kurallarını uygulayamaz. Öncelikle milletlerarası özel hukuka bakar. Bağlama kuralı, hakimın hukukunun değil de yabancı hukukun uygulanmasını istemişse, bu esas alınır. Zira bağlama kuralları emredicidir.

ÖRN : Türkiye’de ikamet eden Danimarka vatandaşı, Antalya’da yaşarken ölüyor. Alanya İş Bankası’nda parası bulunmaktadır. Bu kişinin mirasçısının, mirasçı olduğunu kanıtlayabilmesi için mirasçı olduğunu gösteren mahkeme kararına (veraset ilamı) ihtiyaç vardır. Mirasçı, Alanya Sulh Hukuk Mahkemesi’ne başvurur. Mahkeme veraset ilamını ve paylarını gösterecektir. Ancak mahkeme, kendi hukuk kurallarını uygulayamaz. Çünkü yabancı unsurlu bir uyuşmazlık söz konusudur. Hakim, öncelikle milletlerarası özel hukuk kurallarına bakar ve uygulanacak hukuku tespit eder. MÖHUK m.22/1’e göre miras, ölenin milli hukukuna tâbidir. Burada atıf meselesi, Danimarka Hukuku’nun hangi kapsamda uygulanacağı sorunundan doğmuştur. Danimarka’da ikametgâh kriteri benimsenmiştir. Buna göre, Danimarka’da yabancı unsurlu bir ilişkide, kişinin ikametgâhı hukuku uygulanır. Örnekte kişinin ikametgâhı Türkiye’dedir. Yani burada Türk hukuku uygulanır. Bu, iade – atıftır.

Atıf, atfı kabul edenler ve reddedenler olarak ikiye ayrılır. Atıf, kanunlar ihtilafı kurallarının da dikkate alınması demektir.

Atfın Reddi	: Lex causae	→	Danimarka Hukuku
Atfın Kabulü	: Lex causae	→	Türk Hukuku

Atfın Çeşitleri

1. Maddi Hukuk Atfı

Hakimin kanunlar ihtilafı kuralları yabancı hukuku reddediyorsa, maddi hukuk atfından bahsedilir

2. Milletlerarası Özel Hukuk Atfı

a) İade Atfı : Yukarıdaki örnekten hareketle, miras davası açılıyor. Türk Hukuku, Danimarka Hukuku’nun uygulanacağını söylüyor (m.22/1). Türkiye, Danimarka’ya gönderir. Danimarka’da Hukuku’nda ise, ikametgâh prensibi geçerlidir bu nedenle, olaydaki kişi Antalya’da ikamet ettiğinden Türk Hukuku uygulanmalıdır. Yani, Danimarka’da Türkiye’ye gönderir. Bu, iade-atıftır.

b) Bir Dereceli Atıf : Muris, Fransız vatandaşıdır. Fransız Hukuku’na göre, kişinin milli kanunu uygulanmalıdır. Atıf, yabancı bir ülkenin milletlerarası özel hukuk kurallarının dikkate alınmasıdır. Burada Fransız Hukuku’na göre kişinin milli kanunu uygulanır. Yani bu örnekte Fransız Hukuku uygulanacaktır.

Örneğin, İtalya’da ikamet eden İngiliz vatandaşının, İstanbul’daki bir bankada parası vardır ve İstanbul Mahkemeleri’nde de bir miras davası devam etmektedir. İngiltere’de ikametgâh hukuku geçerlidir. Olayda ikametgâh prensibinden dolayı, İtalyan Hukuku uygulanacaktır.

Atıf 3 Yerde Durur:

1. Hakimın hukukuna iade edildiğinde
2. İkinci defa yetkilendirilen hukukta atıf kesilir. Yukarıdaki örnekte Türkiye, İngiltere’ye atıf yapmış ve İngiltere İtalya’ya atıf yapmıştır. Burada İtalya tekrar İngiltere’ye atıf yapsaydı, atıf duracaktı.
3. Tek dereceli atıfta, yetkilendirilen hukuk, kendini yetkili görürse, orada kesilir.

Türk Hukuku’nda bir dereceli atıf kabul edilmiştir. İkinci dereceli atıf kabul edilmez. Yani, birinci dereceden sonra atıf kesilir.

Atıf Neden Kabul Edilmiştir?

- ? Atıf, dış karar ahengini sağlar. Her zaman olmasa bile çoğunlukla bunu gerçekleştirir
- ? Atıf, eve dönüş için araçtır. Yani hakimın kendi hukukunu uygulayabilmesi için atıf bir araçtır (iade atıf)

MÖHUK 8. maddeye kadar olan kurallar, genel kurallardır. Bundan sonrakiler ise özel kurallardır. Genel kurallar, özel kuralların uygulanışını gösterir. Genel kurallar, özel kurullarla birlikte uygulanır. Bu, emredicidir ve hakim bu konuda takdir hakkı yoktur.

Lex causae tespit edilirken sadece bağlama kuralları yetmez. Atfı da dikkate almak gerekir. Atfın istisnaları da vardır.

1. İstisna : Taraflara, iradeleriyle hukuk seçme imkânı tanındığı zaman artık atıf uygulanmaz. Tarafların iradesi hilafına atıf uygulanırsa, bu maddenin anlamı kalmaz. Ancak, akitlere ve evlilikteki mal rejimlerine uygulanacak hukuk, tarafların iradesiyle seçilebilir.

2. İstisna : Sıkı irtibatlı hukuk esasına göre uygulanacak hukuk belirlenmişse, artık atıf uygulanmaz. Bir bağlama kuralında, sıkı irtibatlı hukuk, bağlama kuralı olarak belirlenmişse atıf uygulanmaz.

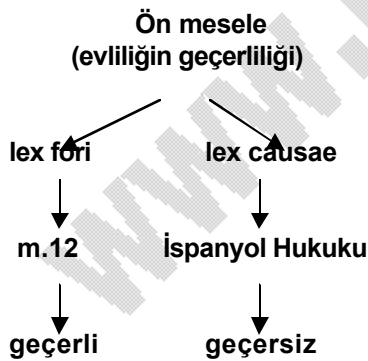
Genel kurallar için de atıf uygulanmaz. Gayrimenkul söz konusuysa, uygulanacak hukuk gayrimenkulün bulunduğu yer hukukudur. Bu durumda atıf uygulanmaz. Nafakaya uygulanacak hukuk hakkında Lahey Sözleşmesi, bütün nafaka durumlarında uygulanır. Amacı, yeknesak bir bağlama kuralı oluşturmaktır. Bu sözleşmeye göre, alacaklının mutlak meskeni hukuku uygulanır. Atfı kabul ettiğimiz zaman, yeknesaklık ortadan kalkar.

MÖHUK'TA ÖN MESELE

Örneğin, eşin mirasçılığının kabul edilebilmesi için geçerli bir evlenmenin olması gerekir. Bu, iç hukuktaki bir meseledir. MÖHUK'ta da ön mesele vardır. Yabancı unsurlu bir uyuşmazlığın çözümü, başka bir uyuşmazlığın çözümüne bağlı ise, bu başka hukukun hangi hukuk tarafından çözüleceği meselesi ön meseledir.

Acaba MÖHUK'taki ön mesele hangi hukuk kuralları uygulanarak çözümlenecektir? Örneğin, kilise dışında evlenmenin yasak olduğu dönemdeki İspanyol Hukuku'nda, iki İspanyol vatandaşı, Fransa'da resmi memur önünde evlenmiştir. Bu sorun İspanya Hukuku'na göre mi yoksa Fransa Hukuku'na göre mi çözümlenecektir? Bu sorunu Almanlar bulmuştur. Buna vorfrage demişlerdir.

İki İspanyol vatandaşı (A) ve (B), Türkiye'de evleniyorlar. Türk kanunlar ihtilafına göre, evlenmenin şekli, yapıldığı yer hukukuna tâbidir. İspanyol kanunlar ihtilafına göre ise, yurtdışında iki İspanyol'un evlenmesi için dini nikâh gerekir (1980 öncesinde). (A) ve (B), 1980'den önce evleniyorlar ve çocukları (C) dünyaya geliyor. (A), 2000 yılında ölüyor. (C), evliliğin geçerli olmadığını ve tek mirasçının kendisi olduğunu ileri sürüyor. Buradaki ihtilaf, miras davasıdır. MÖHUK m.22'ye göre, mirasa milli kanun uygulanır. Yani lex causae, İspanya Hukuku'dur. Kimlerin hangi oranda mirasçı olacağına ya da olmayacağına İspanyol Hukuku karar verecektir. Buradaki ön mesele evliliğin geçerliliği; esas mesele ise mirastır.

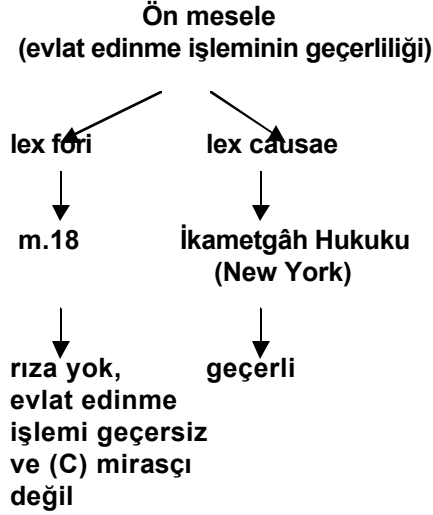


MÖHUK'ta Ön Mesele Olabilmesinin Şartları

1. MÖHUK'ta ön mesele probleminin ortaya çıkabilmesi için, esas mesele, yabancı hukuka tâbi olmalıdır.
2. Uygulanacak hukukların muhtevalarının farklı olması gerekir.
3. Lex fori ve lex causae'da kanunlar ihtilafı kuralları farklı olmalıdır.

Örneğin, ABD vatandaşı (A) ile, Türk vatandaşı (T) evleniyorlar. İkametgâhları New York'tur. (A), (C)'yi, (T)'nin rızası olmadan evlat ediniyor. New York Hukuku'nda eşler tek başına evlat edinebilir ve

evlat edinme işlemlerinde ikametgâh hukuku geçerlidir. Türk Hukuku'nda ise eşlerin milli hukukları birlikte uygulanır (m.18). (A) ölüyor ve mirasla ilgili problem çıkıyor. (T), evlat edinme işlemine rıza göstermediği gerekçesiyle, bu işlemin geçerli olmadığını ve (C)'nin, (A)'ya mirasçı olamayacağını ileri sürüyor. Bu olayda esas mesele, mirastır. MÖHUK m.22'ye göre lex causae, yani New York Hukuku yetkilidir. Ön mesele ise, evlat edinme işleminin geçerliliğidir.



(Bu yöntemi tercih edersek lex fori bağlanma ya da bağımsız bağlanma denir)

Çözüm : Bu mesele, hakim önüne gelseydi hangi hukuku tercih ederse, ön meselede de aynı şekilde yapılmalıdır

Lex Causae Bağlanmanın Çözümü : Esas meselenin çözümü, ön meselenin çözümüne bağlandığı için, bu çözüm, esas meseleye de uygulanmalıdır. (bağımlı bağlanma)

Samut olaya göre bu iki çözüm şeklinden biri tercih edilmelidir. 'Hangisini seçerse, milletlerarası özel hukuk adaleti sağlanır' diye düşünerek seçim yapılmalıdır.

Olayda (T), evlat edinme işlemine taraf değildir. (A) ve (C) taraftır ve taraf menfaatleri dikkate alınırsa, lex causae bağlanma yöntemi burada tercih edilmelidir. Yani, işlemin yapıldığı yer olan New York Hukuku, tercih edilen hukuk olmalıdır.

Lex fori ile sadece iç karar ahengi sağlanır. Lex causae ile burada dış karar ahengi, işlemin yapıldığı yer ve taraf menfaati sağlanır. Yani, bu örnekte lex causae bağlanma yönteminin seçilmesi mantıklıdır.

İki İspanyol vatandaşının Türkiye'de evlenmesi örneğinde ise, lex fori bağlanma (bağımsız bağlanma) tercih edilmelidir. Zira, iç karar ahengi, taraf menfaati ve işlem menfaati bu yöndedir.

MÖHUK'TA KANUNA KARŞI HİLE

Kanuna karşı hile, hukukun genel prensiplerinden biridir. Kanuna karşı hile, maddi hukuk tanımına göre, kanunun yasakladığı bir amaca, sonuca başka bir kanunun izin verdiği yoldan giderek ulaşmaktır. Örneğin, rehinli bir malı, rehin konusu alacak ödenmediğinde rehin alan kişi, kendi mülkiyetine geçiremez. Bunu yapması, kanuna karşı hile oluşturur. Bir başka örnek, icrada, haciz yapma ya alacak sahibine ya da baroya kayıtlı bir avukata tanınmıştır. Alacaklı olmayan birinin kendi adına icra takibi yapması, kanuna karşı hiledir.

MÖHUK'ta kanuna karşı hile ise, bundan farklıdır. Bir işlem nerede yapılması gerekiyorsa, ona göre bağlama kuralı tespit edilir. Örneğin, kişi, kendi istediği sonucu verecek hukukun uygulanması için bağlama noktasını değiştiriyor. Bir başka örnek, boşanmada bağlama noktası ya ikametgâh ya da tâbiyettir. Kişi, kendi istediği hukukun uygulanması için tâbiyetini değiştirirse, bağlama noktasını da değiştirmiş olur ki bu da, kanuna karşı hiledir.

MÖHUK'ta Kanuna Karşı Hilenin Unsurları

1. Kendisine karşı hile yapılan bir hukuk sistemi mevcut olacak
2. Kendisinden istifade edilen bir hukuk sistemi olacak
3. Hileli bir fiille bağlama noktası değiştirilecek
4. Açık ve belirlenebilir kasıt olacak

Örneğin, adam Edirne'de yaşamaktadır. Bir işlem yapacak ancak bunun için Türkiye'de çok para ödemesi gerekiyor. Aynı işlem Yunanistan'da para ödemediği yapılmakta. Bu kişi işlemi Yunanistan'da yaparak işlemin yapıldığı yer hukuku bağlama noktasını kasıtlı olarak değiştirmiş oluyor. Burada, kendisine karşı hile yapılan hukuk, Türk Hukuku; kendisinden istifade edilen hukuk da Yunan hukukudur. Bu örnekte kanuna karşı hilenin dört unsuru gerçekleşmiştir.

Bir başka örnek: Adamın bulunduğu ülke kanunlarına göre evlenme ehliyeti yoktur. Evlenmeyi kolaylaştıran bir ülkeye giderek evlenmesi durumunda, burada da kanuna karşı hileden bahsedilir.

Avrupa Birliği'nde kanuna karşı hile, en çok şirket kuruluşlarında görülmektedir. Örneğin, şirketin ortakları, sermayesi, işletmesi, mülkleri Hollanda'dadır ancak şirket İngiltere'de kurulmuştur. Bu iki ülkede de kuruluş yeri sistemi benimsenmiştir. Aslında bu şirketin Hollanda'da kurulması gerekirdi. Şirketin İngiltere'de kurulması, kanuna karşı hiledir. Amaç, kuruluş yeri sistemini benimsemesinden dolayı, İngiliz Hukuku'nu uygulamaktır.

Kanuna Karşı Hilenin Müeyyidesi

Bu konuda iki görüş vardır:

1. Kanuna karşı hile, bağımsız olarak ele alınmalı ve hileye müeyyide uygulanmalıdır. Bu görüş, Fransa'da ortaya çıkmıştır.
2. Almanya'da otaya çıkmıştır. Bu görüş, kanuna karşı hileyi kamu düzeni çerçevesinde ele alır. Buna göre, kanuna karşı hileye önceden bir geçersizlik uygulanmamalıdır. Ancak kanuna karşı hile, kamu düzenini ihlal ediyorsa, o zaman müeyyide uygulanmalıdır.

Örneğin, evli bir Türk vatandaşı, ikinci evliliğini yapmak için Türk vatandaşlığından çıkıp, başka vatandaşlığa geçerse ve bu kişinin kastı ispatlanırsa bu, kamu düzenini bozar.

Başka bir örnek: Adam İran sınırında Van'da yaşamakta ve evlenmek istemektedir. Bu kimse, medeni nikâhı kabul etmiyor ve İran'a gidip orada evlenip geliyor. Kendisinden kaçılan hukuk, Türk Hukuku; yararlanılan hukuk da İran Hukuku'dur. Burada da yine bağlama noktası değiştirilmiştir. Bu kişinin kastını tespit ettiğimizi varsayalım. Burada kamu düzenimizi bozan bir durum var mıdır? İç hukuktaki kamu düzeni anlayışıyla milletlerarası özel hukuktaki kamu düzeni anlayışı farklıdır. Aysel Çelikel böyle bir olayda, kamu düzenine aykırılık ve kanuna karşı hile olduğunu söyleyerek, evliliğin geçersiz olduğunu savunmaktadır. M. Aygül'e göre, burada bizim hukukumuzu tahammül edilemez derecede bozan bir kamu düzenine aykırılık yoktur. Bu olayda kanuna karşı hile oluşmamıştır.

Peki bir Türk vatandaşı, evliken ikinci evliliğini yapmak için İran'a gider ve evlenirse burada kanuna karşı hile var mıdır? M. Aygül'e göre, burada da kamu düzenine aykırılık yoktur. Kendisinden kaçılan hukuk, Türk Hukuku; istifade edilen hukuk da İran Hukukudur. Buradaki bağlama noktası tâbiyettir. Yani bu kişi hâlâ Türk vatandaşısıdır. Vatandaşlığın değişmesi gibi bir durum söz konusu olmadığından, bağlama noktası da değişmemiştir. Yani, burada da kanuna karşı hile yoktur. Olaya Türk Hukuku uygulanır ve ikinci evlilik geçersizdir.

YABANCI HUKUKUN TATBİKİ

Milletlerarası özel hukuk adaletinin gerçekleşmesi, yabancı hukukun uygulanmasına bağlıdır. Yabancı hukuk uygulanmalıdır ki, kanunun amacı gerçekleşsin. Yabancı hukukun uygulanması, devletler hukukunun değerinin arttırır. Bu konuda iki anlayış vardır:

1. Yabancı Hukuku Bir Vakadır

Yabancı hukuk, uygulanma gücünü hakimın hukukundan almaktadır. Ancak yabancı hukuk, hakimın hukukuymuş gibi uygulanmaz. Yabancı hukuk, bir vaka olarak uygulanır. Zira, hukuk denince hakimın hukuku anlaşılır. Hakimın hukukunu yansıtmayan bir kural, maddi vaka olarak kabul edilir. Böyle bir durumda hakimın yabancı hukuku re'sen uygulaması gibi bir görevi yoktur. Vaka olarak kabul

edilince, hukukun uygulanabilmesi için tarafların ileri sürmesi, hatta ispat etmesi gerekir. Taraflar, yabancı hukukun muhtevasını ispat etmelidir. Bu da, bilirkişiden mütalaa alınması, yabancı ülkeden belge getirilmesi ve benzeri yollarla olur. Yabancı hukuk kuralının muhtevası ispat edilir. Mesela, ayıba karşı tekeffülle ilgili bir uyuşmazlıkta, yabancı hukuktaki süre ispatlanmalıdır.

Yabancı hukuk, bir vaka olarak kabul edilince, mahkemenin vereceği karar emsal olarak kabul edilmez. Üstelik, vaka olarak uygulanırsa, vakaların değerlendirilmesi ilk derece mahkemesine ait olduğundan, bunun denetimini temyiz mercii yapamaz.

2. Yabancı Hukuk, Hukuktur

Yabancı hukuk, hukuktur, ancak, yabancı bir hukuktur. Hakim, yabancı hukuku kendi hukuku haline getirerek uygulamaz. Yabancı hukuku uygulamasının gerekçesi, kanunlar ihtilafı kurallarının da hakim hukukun emri olmasıdır. Yani hakim, yabancı hukukun emri altına girmez. Yabancı hukuk, hukuk olarak kabul edilince, hakim, kuralları re'sen uygulaması, bu kuralların muhtevasını re'sen belirlemesi gerekir.

MÖHUK m.2'ye bakıldığında, bizde bu ikinci sistemin uygulandığı görülmektedir. Bu maddeye göre hakim, hangi bağlama kuralının uygulanacağını re'sen belirler ve bu kuralları uygular. MÖHUK m.1'e göre, kanunlar ihtilafı kuralları, yabancılık unsuru içeren durumlarda uygulanır. 2. maddeye göre de hakim bunları re'sen uygular, yani hakim takdir hakkı yoktur. Hakim, hangi hukuk kuralının uygulanacağını da re'sen belirleyecektir. HUMK m.76'ya göre hakim hukuku uygular, hukuk bilir (jura novit curia). Burada hakim bilmesi gereken hukuk lex foridir, hakim kendi hukukudur. Buna kanunlar ihtilafı kuralları da dahildir. Hakim, bunları da bilmek zorundadır. Kanunlar ihtilafı kuralları emredicidir.

ÖRN : “Şirketlere (gerçek idare merkezi) hukuku uygulanır.” Gerçek idare merkezi bir vakadır. Şirketin işlerinin yoğunlaştığı, şirket işlerinin yönetildiği yer bir vakadır. Hakim, vakaları re'sen tespit etmek zorunda değildir, bunu taraflar ileri sürer. Bu vakanın (idare merkezi) taraflarca ispatı gerekir. Bazı hallerde ise hakim bunu re'sen tespit eder. Mesela, boşanma davalarında hakim, re'sen araştırma ilkesi gereği tâbiyeti araştırabilir. Yine, evlat edinmeye ilişkin davalarda bu ilke uygulanabilir. Yani, davanın niteliği önemlidir.

Peki, yabancı hukukun muhtevası, nasıl tespit edilecektir? Hakim yabancı hukuku bilmesi düşünülemez. Kaldı ki, hakim kendi hukukunu bildiği bile bir faraziyeden ibarettir. Hakim hukuku bildiği hususu, kendi hukuku için bile bir faraziye iken, yabancı hukuku bildiğini farz etmek doğru olmaz. Hakim, yabancı hukukun muhtevasını re'sen tespit etme görevi vardır. Bunun için tarafların ispatına gerek yoktur. Hakime yüklenen görev, yabancı hukukun muhtevasını tespit etmektir. Peki hakim bunu nasıl yapacaktır? MÖHUK m.2, hakim taraflardan yardım isteyebileceğinden bahsetmektedir. Hakim, yabancı hukukun muhtevasını tespit ederken başvurabileceği çeşitli seçenekler mevcuttur:

Öncelikle, hakim, uygulanacak yabancı hukuku biliyor olabilir. O konuda ihtisas yapmıştır vs. Ya da bunu tespit edebilecek durumdadır. Mesela, hakim, yabancı dil biliyor olabilir.

Bu konuda uluslararası sözleşmeler vardır. Mesela, Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine İlişkin Sözleşme (1968) vardır. Bu sözleşmeye katılan her devlet istenildiğinde, birbirine kendi hukuku hakkında bilgi vermek zorundadır. Ancak bu bilgi her zaman verilmez. Bilgi, ancak görülmekte olan bir dava için istenebilir. Hangi konuda bilgi istenildiği açıkça belirtilir. Yani, ihtilafı çözmeye yarayacak somut bilgiler talep edilir. Türkiye de bu sözleşmeye taraftır. Hakim, bundan yararlanabilir.

Başka bir seçenek, aracı organlara başvuraktır. Bazı ülkelerde karşılıklı olarak aracı organlar oluşturulmuştur. Türkiye'de Adalet Bakanlığı bünyesinde böyle bir organ vardır. Mahkeme, yabancılık unsurlu bir davada, yabancı hukukun muhtevasını tespit etmek istediğinde Adalet Bakanlığı'ndaki bu organa başvurur. Bu organ aracılığıyla yabancı ülke ile irtibat sağlanarak gereken bilgilere ulaşılabilir. Bu cevaplar hakimi bağlamaz.

Başka bir yöntem olarak, yabancı ülkenin Türkiye'deki temsilciliğinden bilgi istenmektedir. Uygulamada çok kullanılan bir yöntemdir. Elçiliklere o konudaki hukuk kuralları sorulmakta ve gelecek cevaba göre uygulanacak hukukun muhtevası belirlenmektedir.

Bir başka yöntemde de hakim, Türkiye'nin yabancı ülkedeki temsilciliğinden bilgi isteyebilmektedir.

Yine, ülkede o yabancı hukuku bilen birisini bilirkişi tayin edebilir. Mesela, üniversitelerde, o konudaki yabancı hukuku iyi bilen akademisyenlerden bilgi istenebilir.

Yabancı hukukun muhtevasının tespitinde hakim, tarafların yardımını da isteyebilir (m.2). Bu, taraflar için bir yükümlülük değildir. Ancak, yabancı hukukun uygulanmasında menfaati olan taraf bunu muhtemelen yapacaktır.

Eğer tüm bunlara rağmen, yabancı hukuk tespit edilemiyorsa, hakimin bildiğini farz ettiğimiz hukuku uygulaması gerekir. MÖHUK m.2/2, bir mecburiyettir.

Yargıtay'da Yabancı Hukuk

Acaba yabancı hukukun doğru tespit edilip-edilmediği temyiz merciinde denetlenir mi? Yani, mesela Alman Hukuku gerçekten uygulanacak hukuk mudur? Yoksa Fransız Hukuku'nun mu uygulanması gerekirdi? Böyle bir iddia karşısında Yargıtay, bu temyiz sebebinin dikkate almak zorunda mıdır?

HUMK'a göre Yargıtay, hukuk kurallarının doğru uygulanıp-uygulanmadığını denetlemek zorundadır. Hangi hukuk kuralının uygulanacağını belirlemek, Türk hukuk kurallarına göre belirlendiğinden, Yargıtay bunu denetler. Yani, hangi ülke hukukunun uygulanmasının doğru olacağını denetimi, Yargıtayca yapılır. Ayrıca Yargıtay, uyuşmazlığa uygulanmış olan hukukun, doğru uygulanıp-uygulanmadığını da denetler. Zira Yargıtay, vaka hakkaniyetinin sağlanıp-sağlanmadığını da inceler.

MÖHUK'TA KAMU DÜZENİ

Anayasa Mahkemesi'nin tanımına göre, kamu düzeni, toplumun huzur ve sükûnunun sağlanabilmesidir. Aysel Çelikel'in tanımına göre ise, "bir cemiyette, bir toplumda müesses (yerleşmiş) ahlâki, siyasi, iktisadi, sosyal temel prensiplerdir".

Kamu düzeni, soyut bir kavramdır. Bu nedenle tanımları da soyuttur. Kamu düzeninin altında yer alan kurallar, her hukukçuya göre değişebilir.

Kamu düzeni, zaman bakımından değişkendir. Toplumdaki ahlâk anlayışı değiştikçe, kamu düzeni de değişir. Mesela, Mecelle döneminde çok eşlilik kamu düzenine uygun iken, şimdi değildir. Rızai boşanma 1981'e kadar kamu düzenini aykırı iken, bu tarihten sonra kamu düzenine aykırılık hali ortadan kalkmıştır. Bu örnekler, kanun yolu ile kamu düzeni anlayışının değişmesidir.

Avrupa Hukuku'nda evlilik dışı birliktelikler resmi hale gelmiştir. Buna hukuki sonuç bağlanmıştır.

Mahkemenin karar vereceği andaki kamu düzeni anlayışı esas alınmalıdır. Buna güncel kamu düzeni anlayışı denir.

Kamu düzeni, yer bakımından değişkendir. Her toplumun siyasi, sosyal ve ahlâki anlayışı birbirinden farklıdır.

Kamu düzeni, konu bakımından da değişkendir (izafi). Türk Hukuku'nda tâlâk ile boşanmak kamu düzenine aykırı iken, kendi ülkesinde tâlâk ile boşanmış bir kadının boşanması artık geçerli kabul edilir. Başka şartlar altında aynı olay kamu düzenine aykırı olmayabilir.

MÖHUK'ta ve İç Hukukta Kamu Düzeni

Bu ikisi birbirinden farklıdır. MÖHUK, iç hukuktan yararlanır. İç hukuktaki kamu düzeni anlayışı daha çok emredici kurallarla düzenlenmiştir.

Örneğin, evlenme yaşı 17'dir. Taraflar bunu 15'e düşüremez. Bu, kamu düzenine ilişkindir ve emredicidir.

İç hukuktaki emredici kurallar kamu düzeninden sayılır. Ama bunlar, MÖHUK bakımından kamu düzeninden sayılmaz. Yabancı hukuk evlenme yaşını daha küçük bir yaş olarak düzenlemişse bu, MÖHUK bakımından kabul edilir. Kamu düzenine aykırı sayılmaz. MÖHUK, iç hukuka göre daha dar ve daha kapsamlıdır.

MÖHUK'taki kamu düzenine aykırılıkların tespitine yarayan bazı ilkeler vardır. Bu ilkeler şöyle sıralanabilir:

- ? Türk Hukuku'nun temel değerlerini ihlâl eden yabancı hukuk kuralları artık MÖHUK açısından da kamu düzenine aykırı sayılır
- ? Türk toplumunda yerleşmiş genel ahlâk ve adap anlayışını ihlâl eden yabancı hukuk kuralları, örneğin hemcinslerin evlenmesine müsaade eden yabancı hukuk kuralı, kamu düzenine aykırıdır.

- ? Türk kanunlarının altında yatan temel değerlere aykırı olan bir yabancı hukuk kuralı, örneğin, MK'daki iyiniyet, kadın-erkek eşitliği gibi temel değerleri ihlâl eden yabancı hukuk kuralı, kamu düzenimize aykırıdır.
- ? Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere aykırı yabancı hukuk kuralları da kamu düzenimizi ihlâl eder. Örneğin, miras hakkını ortadan kaldıran yabancı bir hukuk kuralı, kamu düzenimize aykırıdır. Anayasa, herkesin eşit olduğunu söyler. Yabancı bir hukuk sistemi insanlar arasında ayırım yapıyorsa bu, anayasamızdaki eşitlik ilkesini ihlâl eder ve kamu düzenimize aykırıdır.
- ? Bütün medeni toplumların benimsediği ilkeleri ihlâl eden yabancı hukuk kuralları, kamu düzenimize aykırıdır.

MÖHUK m.5'e göre, kamu düzenimize aykırı olan yabancı hukuk kuralları uygulanmaz.

Kamu düzeninin işlevi konusunda iki anlayış vardır:

1. Genel Bağlama Kuralı (Mancini – Pillet) : Bir hukuki olay ya da ilişki, kamu düzenine aitse, o olaya hakim hukuku uygulanır. Kamu düzeni, genel bir bağlama kuralı olarak kabul edilir. Hakimin hukukunun uygulanıp-uygulanmayacağını gösterir.
2. Kamu Düzeni İstisnaidir : Kamu düzeni, tek başına uygulanamaz. Mutlaka bir bağlama kuralı ile birlikte uygulanmalıdır. Bağlama kuralı, yabancı hukukun uygulanmasını istiyorsa, yabancı hukuk kamu düzenine uygun mu değil mi önce o incelenir, sonra uygulanır (bağımlı bağlama kuralı).

Türk Hukuku'nda benimsenen anlayış, kamu düzeninin istisnai olarak kabul edilmesidir. Kanunda "açıkça kamu düzenine aykırı olmadıkça" demektir. Yani, istisnai yöntem kabul edilmiştir. Yargıtay, "velayet kamu düzenine ilişkindir, Türk Hukuku uygulanır" fikrindedir. Burada ise, birinci görüş kabul edilmiştir.

Kamu Düzeninin Etkileri

1) Menfi Etki (Olumsuz Tesir)

Kamu düzeninin, yabancı hukukun uygulanmasını engellemesine menfi etki denir. Menfi etki, Türk kamu düzenine aykırı olan yabancı hukukun uygulanmasının engellenmesidir. Hakim, kamu düzenimize aykırı diye yabancı hukukun uygulanmasından vazgeçerken ihtiyaç ve çekimserlik göstermek zorundadır. Her farklılık kamu düzenimizi bozamaz. İç hukuktaki emredici her kuraldan farklı olan yabancı hukuk kuralı, sırf bu sebeple kamu düzenimize aykırılık teşkil etmez. Yabancı hukuk kuralına hoşgörülle yaklaşılmalıdır. Bu konuda çok titiz davranılmalıdır.

Örneğin, bizim hukukumuzda kumar alacağı eksik borçtur Oysa Las Vegas Hukuku'nda ise, tam borçtur. Bizim hukukumuzda bile eksik borç ödendiğinde geçerlidir, yani tam borca dönüşür. Bu nedenle buradaki yabancı hukukta kamu düzenimize aykırılık yoktur.

Alman Hukuku'nda hala-yeğen, teyze-yeğen vb kişiler evlenebilir. Bizde ise bu, ahlâk anlayışına aykırıdır. Yine, çocuklar arasında erkek-kız diye ayırım yapan yabancı bir hukuk kuralı kamu düzenimizi ihlâl eder. Böyle bir kural kamu düzeninin menfi etkisine takılır ve Türk mahkemelerinde uygulanmaz.

2) Müspet Etki

".... gerekli görülen hallerde Türk Hukuku uygulanır" (m.5). Türk Hukuku'nun uygulanması, kamu düzeninin müspet etkisidir. Buna, birbirleriyle karışmaması için önce menfi etki, sonra müspet etki de denir. Müspet etkinin uygulanabilmesi için, öncelikle yabancı hukukun uygulanmasının önlenmesi gerekir.

Örneğin, bir sözleşme, yabancı hukukta zamanaşımına uğramıyorsa, bu, bizim kamu düzenimize aykırıdır, bu nedenle de bunun yerine Türk Hukuku uygulanmalıdır denmektedir. Doktrinde, yabancı ülkedeki kamu düzenimize aykırı olmayan genel zamanaşımı kurallarına tâbi olsun diyenler de vardır.

"Yabancı hukukun bir hükmünün kamu düzenine aykırı olması" halinde ise, sadece bu hüküm uygulanmaz (MÖHUK m.5). Bunun dışında kalan hükümler ise uygulanır. Ama hükmün tamamı kamu düzenimize aykırıysa, yabancı hukukun uygulanmasından vazgeçilir.

DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLAR

Hukuk sistemlerindeki emredici kurallar, herkese uygulanmak amacıyla çıkarılmışlardır. Ülke dışında meydana gelen olaylar, uygulama alanı dışında bırakılmıştır. Özellikle, emniyet ve asayişe ilişkin kurallar, ülkede bulunan herkese uygulanır. Bu hüküm, Fransız Medeni Kanunu'ndan gelmiştir.

Bu kuralları ilk açıklayan hukukçu Francescakis'tir. Francescakis, bu kuralları, "hukuk sistemlerinde devletin ekonomik, politik ve sosyal organizasyonunu ilgilendiren ve kanunlar ihtilafı kurallarına müracaat edilmeden doğrudan uygulanan kurallar" şeklinde tanımlamıştır.

Bu kurallar, devletin, ekonomik anlamda sosyal hayatını korumak amacıyla çıkarılmıştır. Örneğin, Türkiye'de üstü kapalı gayrimenkullerde 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun hükümleri uygulanır.

Bir kural, ülkede bulunan tüm hukuki ilişkilere ilişkin olarak çıkarılmışsa bu, doğrudan uygulanan bir kuraldır. Doğrudan uygulanan kurallarda, kanunlar ihtilafına bakılmaz. Kamu düzeninde ise, yabancı hukuka ilişkin durumlar da vardır. Burada kuraldan hareket edilir. Emredici kural olmalıdır. Ancak her emredici kural, doğrudan uygulanan kural değildir. Doğrudan uygulanan kurallar daha çok akit ilişkilerinde ortaya çıkar.

Örneğin, İş Hukuku'nda asgari ücret tarifesi, işçinin ücretinin belli bir seviyede olmasını düzenler. Taraflar, asgari ücretin altında bir ücret kararlaştıramazlar. Bu kural, Türkiye'deki tüm iş ilişkilerinde uygulanır. Örneğin, iki Türk vatandaşından biri işçi, diğeri işveren olarak Libya'dadır. İş Kanunu'ndaki asgari ücretin buradaki iş ilişkisine de uygulanacağını ileri süremeyiz. Ama yabancı biri Türkiye'de çalışıyorsa, bizim kanunlarımızdaki asgari ücret, bu yabancı kişiye de uygulanır.

Doğrudan uygulanan kurallar, kanunlar ihtilafı metodlarını dışlayan kurallardır. İhtilafçı metod, yabancı unsurlu bir olayda, olaya uygulanan hukuku bulmaktadır. İhtilafçı metod, bağlama kuralını tespit eder. Doğrudan uygulanan kurallar ise, bu yöntemi dışlamaktadır. Doğrudan uygulanan kurallarda, yabancı unsurlu bir olayda hakim ülkesinde kabul edilmiş hukuk araştırılmaksızın, öncelikle bazı kurallara bakılır. Burada kanun koyucunun amacı araştırılır. Kanun koyucu iktisadi, sosyal, örgütsel amaçlarla bir kural ihdas ederken zımnen ya da sarahaten demektedir ki, "bu kural, ülkedeki her olaya uygulanır". İster yabancı unsur taşısın, ister taşımasın, bu kural uygulanacaktır. Bu, kanunda açıkça yazıyorsa tespiti kolaydır. Ancak, açıkça belirtilmemişse, incelenir.

Fiil ehliyetini düzenleyen MK m.11'egöre, 18 yaşını tamamlamış herkes ergin sayılır. Mesela, bu kuralın altında Türkiye'de bulunan herkese uygulanma iradesi yoktur. Yine, 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun, Türkiye'de belediye sınırları içinde kalan, üstü örtülü bütün gayrimenkul kiraları hakkında uygulanır. Kiralayan da kiracı da yabancı olsa ve hatta uyumsuzluk halinde başka bir hukukun yetkili olacağını belirlemiş dahi olsalar, 6570 sayılı kanun öncelikle ve doğrudan uygulanır.

Doğrudan uygulama kuralları, daha çok akitler alanında ortaya çıkar. Bunun sebebi, doğrudan uygulama kurallarının devletin iktisadi ve sosyal yapısıyla ilgili olmasıdır. Aile hukukunda da doğrudan uygulanan kurallar bulunabilir. Mesela, velayet hakkının kötüye kullanılması hallerinde devlet, ana-babadan velayet hakkını Çocuk Esirgeme Kurumu vasıtasıyla doğrudan alabilir. Bu hüküm, doğrudan uygulanan bir kural olarak kabul edilebilir. Bu, Türkiye'deki bütün çocukları korumak için getirilmiş bir hükümdür. Bu nedenle mesela, bir Alman çiftin Türkiye'deyken velayet hakkını kötüye kullanmaları durumunda, devlet bu Alman çocuğun velayetini alabilir. Ancak, doğrudan uygulama kuralları, daha çok borçlar hukuku alanında karşımıza çıkar.

Doğrudan uygulama kurallarının amacı, devletin sosyal ve ekonomik düzenini korumaktır. Devletin ekonomik ve sosyal düzenini koruyan kurallar doğrudan uygulama kuralı olarak kabul edilir. Örneğin, para mevzuatına ilişkin kurallar, doğrudan uygulama kurallarıdır. Özellikle, ülkede yabancı para ile nasıl ödeme yapılacağı, dövizin ülke dışına nasıl ve hangi şartlarla çıkabileceğine ilişkin kurallar, hep doğrudan uygulama kurallarıdır. Eskiden Türkiye'de dövizle ödeme yapılamazdı, yasaktı. Taraflar bunu sözleşme ile kararlaştırmış bile olsalar, uygulanamazdı. Bunun sebebi de doğrudan uygulama kurallarıydı.

İthalat ve ihracat, uluslararası ticaretle ilgili kurallar da doğrudan uygulama kuralları arasındadır. Mesela, kotalar böyledir. Örneğin Türkiye'den (A) ülkesine belli bir mal gidecek. Sözleşme, taraflar arasında İsviçre Hukuku'na tâbi kılınmış olsun. İsviçre Hukuku'na göre aynen ifa gerekmektedir. Ama malın Türkiye'den çıkışı, ya da belli kotadan fazlasının çıkışı yasaksa, bu kural doğrudan uygulanır. Mahkeme, mutlaka ve mutlaka bu kuralı uygulamak zorundadır. Bir ülkeye ticaret yasağı, kota kararı gibi haller, böyledir. Örneğin, Türkiye'de Irak'a ticaret yasağı olsa, bir Türk, Irak'taki bir Amerikalı'ya mal satamayacaktır.

Devletin ekonomisiyle ilgili bazı kurallar da doğrudan uygulama kuralıdır. Mesela, Menkul Kıymetler Borsasına ilişkin kurallar böyledir. Hangi şirketlerin Menkul Kıymetler Borsasında işlem yapacağı, hangilerinin aracı olacağı mevzuatımızda düzenlenmiştir. Bunlar da doğrudan uygulama kurallarıdır. Yine, sigorta şirketleri için anonim şirket olma zorunluluğu bir doğrudan uygulama kuralıdır. Buna göre mesela Bulgaristan'da limited şirketler de sigorta şirketi olabiliyor olsun. Buna göre Bulgar bir limited sigorta şirketi, Türkiye'de sigorta alanında faaliyet gösteremez.

Doğrudan uygulama kurallarının zayıf tarafı koruyucu bir işlevi vardır. Kira akdinde kiracı, satım sözleşmelerindeki tüketici, sigorta sözleşmelerinde sigorta ettiren taraf zayıftır. Bu tür sözleşmelerde doğrudan uygulama kuralları ile, irade muhtariyeti bir taraf lehine kısıtlanır, bu tür sözleşmelerde irade muhtariyeti tam olarak uygulanamaz. Yine, iş sözleşmesinde taraflar, ücreti serbestçe belirleyebilirler. Ancak belirlenen ücret, asgari ücretten az olamaz. İşte, bu zayıf taraf lehine getirilen ve irade muhtariyetini ortadan kaldıran koruyucu hükümlerin tümü, doğrudan uygulama kuralı niteliğindedir. İş hukukunda irade muhtariyetini tamamen ortadan kaldıran bazı kurallar vardır. Çalışma şartlarına, işyeri güvenliğine ilişkin kurallar gibi. İşyerinde belli bazı asgari nitelikler aranır.

Tüketici akitlerinde, tüketiciyi koruyan kurallar da doğrudan uygulama kuralı kabul edilebilirler. Mesela, asgari garanti süreleri bu niteliktedir. Bir Türk, direkt İtalya'daki üreticisinden bir Ferrari satın alıyor. Bu da bir tüketici sözleşmesidir. Sözleşme, İtalyan Hukuku'na ya da başka bir ülkenin hukukuna tâbi kılınsa bile Türk Hukuku'ndaki iki yıllık garanti süresi uygulanır. Peki İtalya'daki garanti süresi 3 yıl ise ne olacaktır? Böyle bir durumda hangi süre uygulanır? İki Alman vatandaşı Türkiye'de bir iş akdi imzalıyor. İşveren şirket de, işçi şoför de Alman'dır. Sözleşmeye koydukları hükümde de ihtilaf halinde Almanya Hukuku'nun uygulanacağını belirtmişlerdir. Almanya'da asgari ücret 1.000 € (Avro); Türkiye'de 450 YTL olsun. İşçi 500 YTL ile çalıştırılırken bir alacak davası açıyor. Buna göre, kendisine Almanya'da 1.000 Avro olan asgari ücretin ödenmesi gerektiğini, Alman Hukuku'nun uygulanması gerektiğini söylüyor. Türk Hukuku'nda asgari ücrete ilişkin kural, bu miktardan daha az ücret ödenmesi durumlarında harekete geçer. Yani, bu kuralı harekete geçiren bir durum yoktur. İşçiye, Türk Hukuku'na göre, asgari ücretin üzerinde ödeme yapılmaktadır. Alman Hukuku uygulanmayacaktır. Bir önceki Ferrari örneği de böyle düşünülebilir.

Kültür varlıklarını koruma mevzuatı da doğrudan uygulama kurallarındandır. Buna göre kültür eserlerinin yurtdışına çıkarılması yasaktır. Taraflar aralarında bu nitelikte bir kültür eserinin satışı konusunda bir sözleşme yapsalar bile, bu sözleşme ifa edilemez.

Doğrudan uygulama kurallarında önemli olan, kuralın uygulama alanıdır. Yani, kuralın uygulama alanına giren bir durum olmalıdır. Buna göre, bizim asgari ücret kuralımız kural olarak Türkiye'de uygulanır. Doğrudan uygulama kuralları, kural olarak mülkidir. Doğrudan uygulama kurallarının uygulanabilmesi için, o kuralın alanına giren bir ihtilaf olmalıdır. Doğrudan uygulama kuralı, mahkeme önüne gelen her olaya uygulanmaz. Kuralı harekete geçiren bir durum olmalıdır. Kültür ve tabiat varlıklarını koruma mevzuatının uygulanabilmesi için, bir kültür eseri mevcut olmalıdır.

Yargıtay'ın bir içtihadı: Bir Türk müteahhit Libya'dan inşaat ihalesi alıyor ve inşaatı çalıştırmak üzere Türkiye'den işçi götürüyor. İleri bir tarihte, işçilerden birisi müteahhide Türkiye'de kıdem tazminatı davası açıyor. İşçiye, Libya'daki kıdem tazminatı miktarı ödeniyor. Oysa bu miktar Türk Hukuku uygulanarak hesaplandığında daha fazladır. Burada yer bakımından yabancılık unsuru vardır. İş akitlerinde kural, tarafların seçtikleri yer hukukunun, bir yer seçilmemişse işin ifa yeri hukukunun uygulanmasıdır (m.24/2). Yani, akit statüsü, Libya Hukuku'dur. Yargıtay, kıdem tazminatının kamu düzenine ilişkin olduğunu söyleyerek Türk Hukuku'nun uygulanması gerektiğine karar vermiştir.

Ancak, Yargıtay'ın bu karadaki gerekçesine katılmak mümkün değildir. Zira, MÖHUK m.5, kamu düzeninin istisnai karakterini kabul etmiştir. Kamu düzenine aykırılık için, yabancı hukukun, bizim temel bir değerimizi ihlâl etmesi gerekir. Mesela, Libya'da kıdem tazminatı hiç olmasa, kamu düzenine aykırılık düşünülebilirdi. Ancak burada böyle bir durum yoktur. Yalnızca daha az bir miktarın hesaplanması söz konusudur. Bu ise, temel bir değerimizi ihlâl etmez, kamu düzenimizi bozamaz. Burada kamu düzeni yoktur. Bu anlayış, yıllar önce reddedilmiştir. Çok eski bir anlayıştır ve bizim kanunlarımızda da yeri yoktur. Yani, bu olayda kıdem tazminatına ilişkin kural, doğrudan uygulanan bir kural değildir.

Doğrudan Uygulama Kurallarının Ayrımı

1. Hakim Hukukundaki Doğrudan Uygulama Kuralları

Bu kurallar, işin niteliğinde olan kurallardır. Buraya kadar anlatılanlar bu gruptur.

2. Lex Causae (Hüküm Statüsü) Doğrudan Uygulama Kuralları

Eğer doğrudan hakim hukukunun uygulama alanına giren bir durum yoksa hakim, bunları da

uygular. Akit statüsü yabancı hukuksa, yabancı hukukun hem emredici hem tamamlayıcı kuralları uygulanır. Bu doğrudan uygulama kuralları, ihtilaf o ülke hukukunca çözümleneceği için uygulanır. Mesela, yabancı ülkedeki bir kira ilişkisine 6570 sayılı yasa uygulanamaz. O ülkede doğrudan uygulanan kurallar varsa, hüküm statüsünde bu uygulanır.

3. Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulama Kurallarının Uygulanması

Ne hakimın hukukundaki doğrudan uygulanan kural ne de yabancı hukuk uygulanamazsa ne olacaktır? Acaba üçüncü bir devletin doğrudan uygulama kuralları uygulanabilir mi? Doktrinde, üçüncü bir devletin doğrudan uygulama kurallarının uygulanması yönünde görüşler vardır. M. Aygül de buna taraftardır.

Peki bunun gerekçesi nedir? Neden başka bir devlet hukukunun uygulanmasına ihtiyaç duyulabilir? Örneğin, bizim kültür ve tabiat varlıklarını koruma mevzuatımız yalnızca Türkiye sınırları içindeki eserleri korumak için çıkarılmıştır. Bir Türk satıcı, Avusturyalı alıcıya Yunanistan'daki bir heykeli satma konusunda taahhütte bulunuyor. Satıcı, alıcının ikametgâhında ifa istemiyle, aynen ifa mümkün değilse tazminat talebiyle bir dava açıyor. Uyuşmazlık, öncelikle bu satım sözleşmesinin geçerli olup-olmadığı noktasındadır. Bu uyuşmazlık, doğrudan Türk Hukuku'nun uygulama alanına girmiyor. Hüküm statüsü olarak Avusturya Hukuku seçilmiş olsun ve Avusturya Hukuku'nda bu konudaki hükmün, 'kayıt altına almak kaydıyla satışa izin verilmesi' olduğunu düşünelim. Olay üçüncü bir ülkeyle de(Yunanistan) ilişki içinde. Burada düzen menfaatleri de göz önüne alınırsa, karar verilince icra edilebilir olmalıdır. Yunanistan doğrudan uygulama kuralları uygulanırsa sözleşme geçersiz kılınacak. Öte yandan Avusturya doğrudan uygulama kuralları uygulanırsa, belki sözleşme geçerli olacak ancak o zaman da sözleşmenin ifa sorunu ortaya çıkacak. İşte bu tip olaylarda, üçüncü bir devletin doğrudan uygulama kurallarının uygulanması gerektiği, doktrinde kabul görmektedir. Bu hususun uluslararası sözleşmelerde de kabul edilmeye başlandığı görülmektedir. Bizim kanunumuzda olmamakla birlikte, yeni tasarıda bu konuda hükümler mevcuttur.

Sartları :

- ? Üçüncü bir devlet ile sıkı irtibat olmalı: İhtilaf ile üçüncü ülke arasında sıkı bir irtibat, bağlantı olmalıdır. En önemli bağlantı ise, ifa yeri olarak ortaya çıkmaktadır.
- ? Üçüncü devletin normu, doğrudan uygulanabilen bir norm olmalı: Yani bu kural, tüm uluslararası ilişkilere uygulanabilir olmalıdır.
- ? Mahkeme, üçüncü devletin doğrudan uygulama kuralının uygulanmasına karar verirken bir analiz yapmalı: Mahkeme, üçüncü devletin doğrudan uygulama kuralını uygularsa ne olur, uygulamazsa ne sonuç doğur, bunun incelemesini yapmalı ve buna göre karar vermelidir.

Bu konuda 1982 tarihli Roma sözleşmesi vardır. Burada üçüncü devletin doğrudan uygulama kurallarının yetkisi kabul edilmektedir. İsviçre, Almanya milletlerarası özel hukuk mevzuatlarında da buna ilişkin hükümler mevcuttur. Üçüncü bir devletin doğrudan uygulama kurallarının uygulanmasında o üçüncü devletin ve çoğu zaman uluslararası toplumun menfaatleri de ön plandadır. Mesela, bir ülkeye ait tarihi eserlerin kaçırılmamasında uluslararası toplumun da menfaati vardır.

Önemli! Bu üç doğrudan uygulama kuralı (lex fori, lex causa, üçüncü devlet) çatışırsa, her zaman hakimın hukukundaki doğrudan uygulama kuralı geçerli olur.

HUKUKİ İŞLEMLERİN ŞEKLİNE UYGULANAN KURALLAR

MÖHUK'ta Hukuki İşlemlerin Şekli

Hukuki işlem, kendilerine hukuk tarafından sonuç bağlanmış, iki taraflı irade beyanıdır. Hukuk işlem üç ana parçaya ayrılabilir:

1. Hukuki işlem, irade beyanıdır. Hukuki işlem, bir irade beyanı olduğuna göre, bir kimseden sadır olmalıdır. Yani, ehliyet söz konusu olmalıdır. Mesela, akıl hastalarının irade beyanına hukuki sonuç bağlanmamıştır. Zira, ehliyeti yoktur.
2. İrade bayınının yazılı olması şartı aranmış olabilir. Şekil, özel bir irade beyanıdır.
3. Hukuki işlemin hem şartlarını hem de sonuçlarını düzenleyen hüküm (esaslar) kısmı vardır.

Milletlerarası özel hukuk bakımından, bu üçüne farklı sonuçlar bağlanmıştır. Her biri, farklı bağlama kuralları ile ilişkilendirilmiştir.

Şekil, bizim hukukumuzda bazen geçerlilik (sıhhat) şartıdır. Bazen de ispat şartı olarak karşımıza çıkar. Milletlerarası özel hukukta işlemin şekli denince, o işlemin hangi ülkenin hukukuna uygun olarak yapılması gerektiği anlaşılır. Bu konuda 14. yy statücüler tarafından getirilmiş olan tarihi ve geleneksel bir kural vardır: Locus Regit Actum (LRA). Buna göre, bir hukuki işlem, yapıldığı yer hukukuna uygun şekilde yapılmışsa, o hukuki işlem her yerde geçerlidir. LRA, statücüler döneminde işlemin tamamına uygulanmak iken; sonradan sadece şekle tâbi kılınmıştır.

Favor Negotii (işlemi şeklen geçerli kılmak için) ilkesine göre, bir hukuki işlem, mümkün olduğunca şeklen geçerli kılınır. Mesela, vasiyetname yapıldığı yer hukukuna göre geçerliyse, dünyanın her yerinde geçerli kabul edilmelidir. LRA kuralının altında bu düşünce yatar. Favor negotii ilkesi, bu kurala bir alternatif getiriyor. Buna göre, hukuki işlemin hüküm ve esasları, uygulanan hukuka uygunsa, o hukuka uygun olarak yapılan işlemler de geçerli kabul edilir. İşlemi bütün olarak idare eden hukuk, hükümdür. Öyleyse, o ülkenin hukukuna uygun şekilde yapılan işlemler de geçerli olmalıdır. Yani, hukuki işlemin şekline uygulanacak hukuk denince iki şey anlaşılır:

- 1) LRA
- 2) Lex Causae

MÖHUK m.6, şekille ilgili bir hükümdür. Buna göre, hukuki işlemler, yapıldığı yer hukukuna veya o hukuki işlemin esası hakkında yetkili hukuka uygun olarak yapılmışlarsa, geçerlidir. Örneğin; iki Türk, Almanya'da iken, Türkiye'deki bir gayrimenkule ilişkin olarak taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapıyorlar. Bu sözleşme, Alman Hukuku'nda adi yazılı şekilde yapılabilmektedir. Türkiye'de ise noterlerce yapılabilir. Taraflar, bu sözleşmeyi Almanya'da adi yazılı şekilde yapmışlardır. Sonrasında, satış vaadinde bulunan, taşınmazı satmaktan cayıyor. Alıcı Türkiye'de dava açıyor, satıcı vekili, sözleşmenin şeklen geçersiz olduğunu ileri sürüyor. Buradaki ihtilaf, hukuki işlemin şekline ilişkindir. Ayrıca, yabancılik unsuru da mevcuttur. Şekil ikiye ayrılır:

1. LRA Kuralı : Almanya'da adi yazılı şekilde yapılması yeterli olduğundan; işlem, Alman Hukuku'na göre geçerlidir. Öyleyse MÖHUK m.6 gereği, Türkiye'de de geçerli olacaktır.

2. Lex Causae (Hukuki İşlemin Esası) : Hüküm statüsüne uygun olarak yapılmışsa, işlem geçerli olacaktır.

'Statü Değişikliğinden Doğan İhtilaflar' (Conflict Mobile)
konusunu anlatmadı, kitaptan okunacak!!

Bir işlemde, LRA'da resmi şekil aranmakta; lex causae'da adi yazılı şekil aranmakta ise ve işlem adi yazılı şekilde yapılmışsa; o işlem şeklen geçerlidir. Mesela, vasiyetname, kural olarak el yazılı ve resmi olarak yapılabilir. Olağanüstü olmayan bir halde Türkiye'de sözlü olarak yapılan bir vasiyetnamede, eğer bunu yapan yabancıysa ve kendi hukuku sözlü vasiyete cevaz vermekte ise, bu vasiyetname Türkiye'de de geçerlidir (vasiyete milli hukuk uygulanır).

Bir işlemin yapılmasında resmi şekil aranmışsa, resmîyetin nasıl yapılacağı, o işlem nasıl yapılırsa resmi olacağı, yapıldığı yer hukukuna tâbidir. Sadece resmi şekilden bahsediliyorsa, Türk Hukuku'nda yetkili yer, noterdir. Başka hukuk sistemlerinde resmîyeti kazandıracak makam başka olabilir. Mesela, bazı ülkelerde bu sıfatı avukatlar da kazandırabilmektedir. Örneğin; bizim hukukumuzda resmi şekil aranan bir işlem yurtdışında yapılırken, o ülkede resmîyeti hangi makam veriyorsa, o makamın yapması yeterlidir. O ülkede avukat resmi şekil kazandırabiliyorsa, bu da geçerlidir. Türkiye'deki bir gayrimenkule ilişkin taşınmaz satış vaadi sözleşmesi İsveç'te yapılmıştır ve İsveç'te mesela avukatlar resmîyet kazandırabilmektedir. Bu durumda sözleşme, Türkiye'de de geçerlidir. Sözleşme, resmîyet kazanmıştır.

LRA kuralı bakımından; tek taraflı işlemlerde irade beyanının açıklandığı yer esas alınır. Vasiyetnamede olduğu gibi. Çift ya da çok taraflı işlemlerde ise ikiye ayrılır:

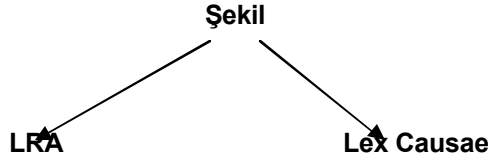
1. Hazırlar Arasında : Bu durumda tarafların bulunduğu yer önem kazanır.
2. Hazır Olmayanlar Arasında : Mesela, Norveçli ve Türk iki kişi arasında satım sözleşmesi vardır. İrade beyanları e-postayla ulaştırılıyor. Bu durumda hangi hukukun uygulanacağına ilişkin değişik görüşler vardır:
 - a) Akit, şekil yönüyle de birlikte hüküm statüsüne tâbi kılınır. Buna o hukuk karar versin.
 - b) İki hukuk sistemi birlikte uygulanmalıdır. Biri yazılı, diğeri sözlü şekil arıyorsa, yazılı şekil

esas alınsın.

c) Madem favor negotii var, öyleyse sözleşme iki taraftan birinin hukukuna göre geçerliyse, diğerine göre de geçerli kabul edilmelidir. Daha çok kabul gören görüş budur.

Şekilde Atıf Var Mıdır?

Şekil ya LRA ya da lex causae'ya tâbidir. MÖHUK m.6'da atıf uygulanmaz, burada atıf yoktur. Bu hüküm, genel kurallar içinde düzenlenmiştir. Genel kurallar, yalnız uygulanmaz, özel kurallarla birlikte uygulanır. Bu konuda iki görüş vardır. Birinci görüşe göre, hukuki işlemlerde atıf yoktur. Atıf hiçbir şekilde uygulanamaz. M. Aygül'ün de aralarında bulunduğu ikinci görüşüne göre ise: Amaç, hukuki işlemi şeklen geçerli kılmaksa ve de atıf hukuki işlemi geçerli kılsa, atfı kabul etmek lazımdır. Eğer işlem, atıf reddedilince geçerli olacaksa, atıf reddedilmelidir.



Bazı özel durumlarda bunlar birbirine alternatif olma özelliğini kaybederler. öyle durumlar vardır ki bazen LRA, bazı durumlarda da lex causae mecburen uygulanmak durumundadır.

LRA'nın Mecburi Olduğu Haller

1. **Evlenmenin Şekli:** LRA, evlenmenin şeklinde mecburidir. Burada artık lex causae'ya bakılmaz. Örneğin, iki Yunan vatandaşı Türkiye'de evlenmek isterlerse, evlenmenin Türkiye'deki şekline riayet etmek zorundadırlar. Bu kişiler, Fener Rum Kilisesi'nde evlenemezler. Bunu yapmaları durumunda, bizim hukukumuzda göre bu evlilik yok hükmündedir. Yine, iki Türk vatandaşı sadece dini nikâh ile evlenmek isterlerse, böyle bir ülkede evlenmelidirler (istisnası, konsüler evlenme).

2. **Aleniyeti Sağlayan Siciller:** Nüfus kayıtları gibi sicile kayıtlanan işlemler, o sicilin bulunduğu yerdeki hukuka uygun olarak yapılmalıdır.

3. **Resmîlik Sıfatının Kazanılması:** Bu da, işlemin yapıldığı yer hukukuna tâbidir.

Lex Causae'nin Mecburi Olduğu Haller

1. **Gayrimenkulün Aynına İlişkin İşlemler:** Bu işlemler, gayrimenkulün bulunduğu yer hukukuna tâbidir. Türkiye'deki bir gayrimenkulün aynına ilişkin işlem, Türk Hukuku'ndaki şekle uygun olarak yapılmalıdır (m.23/4).

2. **LRA'da Bilinmeyen İşlemler:** Bunlar, mecburen lex causae'ya uygun olarak yapılır. Mesela, Mısır Hukuku'nda evlat edinme işlemi tanınmamakta, bilinmemektedir. Yani, bu işlemin LRA'sı yoktur. İşte bu işlemde lex causae'nin şekil şartları aranır.

3. **Şirketin Kuruluşuna Dair İşlemler:** Bunların şekli de lex causae'ya tâbidir. Şirket kuruluşlarında, tescilden önce yapılması gereken işlemler vardır. Mesela, ortaklık sözleşmesindeki imzalar noterce tasdik edilir. Sözleşme, noter şartı olmayan bir ülkede yapılsa ve Türkiye'ye tescil için getirilse, bu işlem için noter şartı aranır. Burada da LRA hukuku uygulanamaz. (Bu, M. Aygül'ün kendisinin savunduğu bir görüştür)

MİLLETLERARASI HUKUKUN ÖZEL KISMI

HAK ve FİİL EHLİYETİ (m.8)

MK, 8. maddesiyle, hak ehliyeti bakımından genellik ilkesini benimsemiştir. Maddeye göre, her insanın hak ehliyeti vardır. Milletlerarası hukuk bakımından hak ve fiil ehliyeti, kişiye en yakın hukuki durumu ifade eder. Bu konuda kabul edilen iki kriter vardır:

1. Lex Patriae

Kişiye en yakın hukuk, milli kanundur. Kara Avrupası sisteminin kabul ettiği anlayıştır.

2. Lex Domicilii

Kişiye en yakın hukuk, ikametgâh hukukudur. Bu da Anglo-Amerikan sistemidir.

Bizim hukukumuzda benimsenen lex patriaedir. MÖHUK m.8, hak ve fiil ehliyetinin, kişinin milli hukukuna tâbi olacağını hükme bağlamaktadır.

Peki, lex patriaenin kabul edildiği hallerde, kişinin milli kanunu yoksa ne olacaktır? Buna MÖHUK m.4, çözüm getirmektedir. Maddenin (a) bendine göre vatansızlar hakkında ikametgâh hukuku; bu yoksa, mutat mesken; eğer o da yoksa,, dava tarihinde bulunulan devlet hukuku uygulanır. M.4, vatansızlarla birden fazla vatandaşlığa sahip olanları düzenlemekte, ancak mültecilerle ilgili bir hükme yer vermemektedir. Mültecilerin şeklen bir tâbiyeti vardır. ancak ülkesinden siyasi sebeplerle kaçtığından, vatandaşlık haklarından istifade edemez. Genel olarak kabul edilen görüşe göre, mülteciler hakkında da ikametgâh hukuku uygulanır. Bu konuda, Türkiye'nin de taraf olduğu 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi vardır.

Böylece, hak ehliyeti konusunda kural, m.8 hükmüdür. Mesela, bir Kanada vatandaşı Türkiye'de dava açarsa, madde hükmüne göre Kanada Hukuku yetkili olur. MÖHUK m.2/3 hükmüne göre ise, eğer uygulanacak hukuk, bir başka hukuk yetkili kılıyorsa, bu takdirde o hukuk uygulanır. Yani, m.8'de atıf mümkündür. Zira, m.2/3, genel bir hükümdür, özel hükümlerle birlikte uygulanır ve emredicidir.

Hak Ehliyetinin Uygulama Alanına Giren Konular

1. Hak ehliyeti, Türk Hukuku'nda sağ ve tam doğmak şartıyla, ceninin ana rahmine düştüğü anda başlar. Kişi sayılmak için sağ ve tam doğum şarttır. Her hukuk sistemi, kişiliğin nasıl başlayacağıyla ilgili farklı düzenlemeler getirmiştir. Mesela, Fransız Hukuku'nda hak ehliyetinin başlayabilmesi için, doğmuş olan çocuğun yaşama kabiliyetine sahip olması gerekir. Eğer çocuk, yaşama kabiliyetine sahip değilse, Fransız Hukuku'na göre kişi sayılmamaktadır. Bizim hukukumuzda ise, sağ ve tam olarak doğduktan sonra bir kere nefes aldıktan sonra ölmesi bile, kişi sayılması için yeterlidir. İspanyol Hukuku'na göre ise, doğmuş çocuğun kişi sayılması için en az 24 saat yaşaması gerekmektedir. Kişilik, ancak bu 24 saatin dolmasından sonra başlayacaktır. Hak ehliyetinin ve kişiliğin tespiti önemlidir. Zira, mirasçılık gibi bazı hususlar bakımından kişiliğin başlangıç anı önem arz eder. Hak ehliyetinin başlangıcı ise, kişinin hukukuna göre belirlenir. Örneğin, bir İspanyol çiftin çocuğu Türkiye'de doğsa, kişi sayılabilmesi için 24 saatin geçmesi gereklidir.
2. Hak ehliyetinin muhtevası da, hak ehliyetinin uygulama alanına giren bir konudur. Yani kişinin hangi haklara sahip olabileceği, hangi borçlar altına girebileceği gibi hususlar da kişinin milli hukukuna tâbidir.
3. Hak ehliyetinin sınırlandırılması. Buna örnek olarak, cinsiyetin değiştirilmesi verilebilir. Mesela, belli bir hakka sahip olabilmek için kadın olmak gerekir gibi. Bazı hukuk sistemlerinde, haysiyetsizce suç işleyenlerin hak ehliyeti sınırlandırılır. Kamu düzeninin gerektirdiği durumlarda hak ehliyeti de sınırlandırılabilir. İşte bu sınırlamalarda da kişinin milli hukuku uygulanır.
4. Yine, hak ehliyetinin son bulması hususunda da milli hukuk uygulanır. Bizim hukukumuzda hak ehliyeti, ölüm ve gaiplik halinde sona erer. Ölüm karinesi bizim sistemimizde gaipliğin içindedir. Ölüm karinesine her hukuk sisteminde farklı şekillerde rastlanır. Mesela, birlikte ölüm karinesinde, İngiliz Hukuku'nda şöyle bir durum vardır: Bir anne ile çocuğu ya da baba ile çocuğunun beraber ölmeleri ve ölüm anlarının tespit edilememesi durumunda yaşça büyük olan önce ölmüş sayılır. Bunlar da hep, milli hukuka tâbidir.

Bazı hukuk sistemleri farklı ölüm çeşitlerine yer vermiştir. Mesela, manastır ölümü; bir kimsenin, bir daha çıkmamak üzere manastıra kapanmasıdır. Bir hukuk sistemi buna hukuki sonuç bağlayabilir. Buna yer verildiği artık pek görülmemektedir. Yine, medeni ölüm halinde, kişi ömür boyu hapse mahkûm edilmişse, ölmüş gibi işlem yapılarak malvarlığı mirasçılara paylaşılır.

Hukukumuzda gaiplik iki çeşittir: Ölümüne muhtemel gözle bakılacak derecede kaybolma ve

uzun süre haber alınamaması. Gaiplik hak ehliyetini sona erdirir. Aslında gaiplik, MÖHUK'ta düzenlenmemiş olsa bile, bunu kanundan çıkartabilirdik. Ancak gaiplik, önemine binaen ayrıca düzenlenmiştir (MÖHUK m. 10). Gaiplik de milli hukuka tâbidir. Madde hükmünde 'ölmüş sayılma'dan bahsetmektedir. Bizim hukuk sistemimizde böyle bir kavram bulunmamaktadır. Bu maddenin esas getiriliş amacı, bir istisnadır. İstisna ise, kişi hakkında gaiplik kararı verilememesi durumunda, iki şartın varlığı halinde Türk Hukuku'na göre gaiplik kararı verilebilir. Bu iki şart şunlardır:

- ? Milli hukuka göre gaiplik kararı verilebilmesi herhangi bir sebeple mümkün olmamalıdır.
- ? Alternatif şu iki şarttan birinin gerçekleşmesi gerekmektedir:
 - o Kişinin Türkiye'de malı bulunmalı veya
 - o Eşi ya da mirasçılarından biri Türk vatandaşı ise, bu kişi hakkında Türk Hukuku'na göre gaiplik kararı verilebilir.

ÖRN : Türk baba ve Fransız anneden evlilik dışı bir çocuk dünyaya gelmiş ve doğumdan 1,5 saat sonra ölmüştür. Baba ise, doğumdan 15 gün önce vefat etmiştir. Bu olayda çocuk hak ehliyetine sahip olacak mıdır?

Hak ehliyeti, kişinin milli hukukuna tâbidir. Evlilik dışı doğan bu çocuk, şartlar gerçekleşmediğinden Türk vatandaşlığını kazanamamıştır. Çocuk Fransız Hukuku'na göre de hak ehliyetini kazanamamış olduğundan, ölen babanın mirasçısı olamayacaktır.

Hak Ehliyetinin İstisnaları

1. Hak ehliyeti, kural olarak milli hukuka tâbi olmakla birlikte, gayrimenkuller konusunda bir istisna kabul edilmiştir. Buna göre, bir kimsenin mülkiyet edinme konusundaki ehliyeti, kendi milli hukukuna tâbi iken; gayrimenkul söz konusu olunca, gayrimenkulün bulunduğu yer hukuku uygulanır (MÖHUK m.23). Öyle ki, gayrimenkulün bulunduğu yer hukuku, kişiye böyle bir hak tanımıyorsa, kendi milli hukuku bir hüküm ifade etmez.
2. Vasi olma ehliyeti açısından da bir istisna mevcuttur. Kişinin milli hukukunda mevcut olan vasi olma ehliyeti yeterli olmaz, aynı zamanda vesayet müessesesinin ilgili hukukta da yer alması gerekir.
3. Yine, kişinin mirasçı olabilmesi için, bu hakkının kanunda yer alması gerekir.
4. Türk Hukuku'na göre hakkında gaiplik kararı alınamayan kişi için, yabancı bir ülkeden gaiplik kararı alınabilir ve tanıma şartları da uygunsa, bu kişi gaip sayılabilir.

Fiil Ehliyeti

Fiil ehliyeti, kişinin kendi fiilleriyle haklar kazanabilmesi ve borç altına girebilmesidir. Türk Hukuku'nda fiil ehliyetine sahip olabilmek için; reşit olmak, mümeyyiz olmak ve kısıtlı olmamak şartları aranır. Taraf menfaati ön planda olduğu için, fiil ehliyet, şahsi statüye tâbidir. Fiil ehliyeti de, hak ehliyeti gibi, kişinin milli hukukuna tâbidir. Rüşet yaşına bağlama kuralı uygulanabilir. Ehliyetin derecelerine (tam ehliyetli, sınırlı ehliyetli vs) ise, kişinin milli hukuku uygulanır. Yine, kişinin fiil ehliyetini genişleten kazai rüşet, ya da sınırlayan hacir altına alınma gibi durumlar da milli hukuka tâbidir. Keza, evlenmenin kişiyi reşit kılıp kılmadığını da milli hukuk tayin eder. Bu, E. Nomer'in görüşüdür. M. Aygül de bu görüştedir. Aysel Çelikel'in görüşüne göre ise, evlenmenin kişiyi reşit kılıp-kılmayacağı hususu, evlenmenin genel hükümlerinin tâbi olduğu hukuka göre belirlenir.

Fiil ehliyetinin Uygulama Alanı ve İstisnaları

Fiil ehliyetinin uygulama alanı; yani başlangıcı, muhtevası, sınırlandırılması ve sona ermesi konularında da, hak ehliyetinde olduğu gibi, milli hukuk uygulanır. Uygulama alanı dışında kalan haller ise, şöyle sayılabilir:

- ? Kamu düzeni
- ? Özel bağlama kuralları
- ? Evlenme ehliyeti (m.12)
- ? Evlat edinme ehliyeti (m.18)

Fiil ehliyetinde kural olarak kişinin milli hukuku uygulansa da, bazı durumlarda milli hukuk

yerini hüküm statüsüne bırakabilir. Böyle durumlarda, o işlemde fiil ehliyetinin mevcut olup-olmadığı, o işlemin tâbi olduğu hukuk tarafından tayin edilir. Örneğin, kişinin haksız fiil ehliyeti, haksız fiilin ika edildiği yer hukukuna tâbidir.

Keza, Borçlar Hukuku ve Ticaret Hukukunda temsilcinin ehliyeti, temsil statüsüne tâbidir. Bizde, temsilcinin yaptığı işlemlerde, temsil statüsü uygulanır. Temsilin uygulandığı yer Türkiye ise, temsil statüsü Türk Hukuku'dur. Bizim hukukumuz açısından, temyiz kudretini haiz olmak yeterlidir.

Birlikte evlat edinmede, diğer eşin rızasının aranıp-aranmayacağına evlat edinme statüsü karar verir. Bu da, fiil ehliyetinin bir istisnasıdır.

Tasarruf yetkisi, tasarruf edilebilecek şeye uygulanan hukuka tâbidir. Aynı haklarda tasarruf yetkisi, aynı hak statüsüne tâbidir.

Mültecilerin ve vatansızların fiil ehliyeti konusunda tâbi oldukları milli hukukları bulunmadığından, fiil ehliyeti açısından oturdukları yer hukukuna tâbidirler.

Statü Değişikliği

Statü değişikliği, kişinin bağlı olduğu statünün, vatandaşlık değiştirme sonucu değişmesidir. Şahsın statüsündeki değişme, işlem (fiil) ehliyetini olumlu yönde etkiler. Fiil ehliyeti, statünün değişmesi ile sona ermez. Mesela, rüşt yaşını 17 olarak kabul eden bir ülkedeki yabancı, Türk vatandaşlığına geçtiğinde, reşit kabul edilir (m.8/3). Kişinin kazandığı rüşt hali, vatandaşlığın değişmesi ile sona ermez. Mesela, İsviçre'de rüşt yaşı 20'dir. 19 yaşındaki bir İsviçreli, Türk vatandaşlığına geçerse, reşit olur. Fiil ehliyetine sahip olur.

İşlem Güvenliği

Yabancılar ile işlem yapanlar açısından, işlem güvenliği bir tereddüt oluşturabilir. MÖHUK m.8/2 hükmüne göre, kendi milli hukukuna göre ehliyetsiz olan yabancı, Türk Hukuku'na göre ehilse, Türkiye'de yaptığı işlemler geçerli kabul edilir. Bu durumda, kişinin fiil ehliyeti, işlem güvenliği nedeniyle Türk Hukuku'na tâbi kılınmaktadır.

Sartları :

- ? Kişi kendi milli kanununa göre ehil olmamalıdır. Eğer bu kişi, kendi milli kanununa göre tam ehliyetli; işlemin yapıldığı yere göre sınırlı ehliyetli ise, tam ehliyetli kabul edilir.
- ? İşlem, işlem güvenliğinin söz konusu olduğu ülkede yapılmalıdır. İşlem güvenliği, 8. maddede tek yanlı olarak düzenlenmiştir. Türkiye'nin işlem güvenliği söz konusu olduğu için işlem, Türkiye'de yapılmış olmalıdır.
- ? İşlem, hazırlar arasında yapılmalıdır. İşlemi yapanlar, anılan ülkede hazır bulunmalıdır. Şayet orada hazır bulunmuyorlarsa, işlemi kanuni temsilcileri yapar. İşlem güvenliğinde vatandaşlık önemli değildir. İki yabancı Türkiye'de işlem yaparsa, şartları da varsa, işlem güvenliğinden yararlanırlar.
- ? İşlemin niteliği, işlem güvenliğine elverişli olmalıdır. İşlemin niteliği, borçlar hukuku ve ticaret hukuk alanında geçerlidir. Aile ve miras hukukunda ve de yabancı ülkede bulunan gayrimenkullerin aynına ilişkin hallerde, işlem güvenliği uygulanmaz (m.8/2 c.2). Bununla korunmak istenen, işlem güvenliğidir. Aile ve mirasta taraf menfaati vardır, bu nedenle işlem güvenliği uygulanmaz. Bu durum, istisnanın istisnasıdır.
- ? İşlemi yapanın iyiniyetli olması da gerekir. Ancak bu konu tartışmalıdır.

Örneğin, 19 yaşında kendi milli kanununa göre reşit olmayan bir kişi, Alanya'da işlem yapıyor. Burada işlem güvenliği dikkate alınarak, yapılan işlem geçerli sayılır. Bu kişi ehliyetsizliğini ileri sürse dahi dikkate alınmaz, hakim, işlem güvenliğini uygular. Ancak, mesela, bu işlem İsviçre'de yapılırsa ve uyuşmazlık Türk Mahkemeleri'nin önüne gelse, İsviçre'de rüşt yaşı 20 olduğundan, kanunun tek yanlı olarak uygulanması durumunda yapılan işlem geçersiz olacaktır. Zira, bu durumda kişi ehliyetsiz olmaktadır. Bu açıdan, kanunda her ne kadar tek yanlı dese de, bunun iki yanlı olarak uygulanması gerekmektedir. Bu, önemlidir.

Örneğin, Rusya'da rüşt yaşı 24 olsun. 21 yaşında bir Rus Alanya'da işlem yapıyor, bu geçerli olacak mıdır? İşlem Türkiye'de yapılmıştır ve kişi de Türk Hukuku'na göre ehil olduğundan, işlem güvenliği uygulanarak yapılan işlem geçerli sayılır. Bu kişi aynı işlemi Yunanistan'da yapsa ve uyuşmazlık Türk Mahkemeleri'nin önüne gelse, iki yanlı uygulamayı kabul ederek, işlem güvenliğini esas almak gerekir.

Kambiyo senetlerinde borçlanma ehliyeti, kişinin milli hukukuna tâbidir. Ancak kişinin milli hukuku, bir başka hukuka atıf yapıyorsa, o ülke hukuku uygulanır. Ancak kişi, gerek milli hukukuna, gerekse atıf yapılan hukuka göre ehil değil ve kendisini ehil sayan bir ülkede kambiyo yoluyla borçlanmışsa, vadeleri ile bağlıdır. Yani, bu durumda kişinin imza yeri kanunu uygulanır. Kişinin kambiyo senedindeki durumunu bu hukuk tespit eder.

Hacir Altına Alınma Sebepleri

Vesayet ve hacir kararı verilmesi sebepleri ve bu durumun sona erdirilmesi halleri de kişinin milli hukukuna tâbidir (m.9/1). Kural bu olmakla birlikte, bazı istisnaları da vardır. Bu istisnaları şöyle sıralamak mümkündür:

- ? Yabancı'nın milli hukukuna göre, vesayet veya hacir kararı verilemeyen hallerde, mutata meskeni Türkiye ise, bu kararlar Türk Hukuku'na göre verilebilir ve kaldırılabilir.
- ? Vesayet veya hacir kararı verilmesi sebepleri dışında kalan hususlar da Türk Hukuku'na tâbidir.
- ? Acil olan hallerde, mahalli kanun uygulanarak, hacir kararı verilebilir veya önceden verilmiş olan karar kaldırılabilir. Bu, doktrinde savunulan bir görüştür. Örneğin, reşit olmayan bir Alman turist, Türkiye'de yaptıkları bir kaza sonucu anne-babasını kaybediyor veya hapse düşüyor veyahut aniden bir akıl hastalığına tutuluyor. Bütün bu haller, acele hal olarak değerlendirilmelidir.

Kayımlık, küçüğün malvarlığını yönetmek için atanır. Kayımlık, Türk Hukuku'na tâbidir (m.9/3). Bu, tek yanlı bir kuraldır. Çünkü kayımlığın özünde bir tedbir vardır. Malları korumak ve diğer tedbirler, her zaman hakim'in hukukuna (lex fori) tâbidir.

Küçüklerin korunmasıyla ilgili 1961 tarihli bir Lahey Sözleşmesi bulunmaktadır. Türkiye de bu sözleşmenin tarafıdır. Bu sözleşme, küçüklerin hem velayet hem vesayet ve hem de kamu haklarını düzenlemektedir. Sözleşmeye ihtirazi kayıt konulmamışsa, küçüğün meskeni, akit devletlerinden biriye, bu sözleşme uygulanır. Türkiye, ihtirazi kayıt koymamıştır. Burada vatandaşlık esas alınmaktadır. Üç ülke, bu sözleşmeye çekince koymuştur. Sözleşmeye göre;

- o Küçüğün mutata mesken makamları, mutata mesken hukukunu uygulayarak gerekli tedbirleri alacaktır.
- o Küçüğün milli makamları da milli hukuku uygulayarak ve mutata mesken kurumlarına haber vermek kaydıyla gerekli tedbirleri alabilir.
- o Küçüğün mallarının bulunduğu yer makamları da böyle bir tedbir alabilir.
- o Kişinin küçük olup-olmadığı hem mutata mesken hem de milli hukuku uygulanarak belirlenir. Her ikisine göre de küçük olması gereklidir.

KİŞİLİK HAKLARI

Kişilik haklarına yapılan tecavüz, bir haksız fiildir. Böyle durumlarda, haksız fiillere ilişkin kurallar uygulama alanı bulur.

Adın Kazanılması ve Kaybedilmesi

Adın kazanılması ve kaybı konusunda, bizim hukukumuzda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konuda iki görüş bulunmaktadır: Bir görüşe göre ad, şahsi statüye tâbidir. Ad, kişilik haklarını ilgilendirdiğinden ve bu da şahsi statüye tâbi olduğundan, kanunda açık hüküm bulunmaması bir eksiklik oluşturmamaktadır. Bir diğer görüşe göre; ad, hangi hukuki ilişki ile kazanılıyorsa, o ilişkinin esasına ilişkin kurallara tâbidir. Bizim hukukumuzda savunulan görüşe göre, ad, kural olarak şahsi statüye tâbi tutulmakla birlikte, eğer bir hukuki ilişki ile kazanılmaktaysa, ikinci görüş geçerlidir.

Örneğin; ad, evlenme ile kazanılıyorsa, evlenme statüsüne tâbidir. Eğer evlat edinme ile kazanılıyorsa, evlat edinme statüsüne; nesep ile kazanılıyorsa da soybağına uygulanacak hukuka tâbidir.

Nişanlanma

Nişanlanma, bizim hukukumuzda farklı cinsiyetten iki insanın yaptığı evlenme vaadidir. Nişanlanma, şahısları yakından ilgilendirir, taraf menfaatleri ön plandadır ve bu nedenle de şahsi

statüye tâbidir.

Nişanlanma, bizim hukukumuzda bir aile hukuku akdidir. Fransız Hukuku'na göre ise, haksız fiil hükümlerine tâbi kılınmıştır. İngiliz hukuk sisteminde ise, bir borçlar hukuku ilişkisidir. Bizim çözüm şeklimiz, lex foridir. Nişanlanma ehliyet ve şartlarına taraflardan her birinin hukuku uygulanır. Her bir taraf, kendi milli hukukuna göre nişanlanmanın şartlarını yerine getirmelidir.

E. Nomer'e göre, ikisi birlikte uygulanmalı ve taraflar, her iki hukuka göre gerekli olan şartları yerine getirmelidir. M. Aygül'e göre ise, tarafların yalnızca kendi milli hukukuna tâbi olduklarını söylemektedir.

Nişanlanmanın Hüküm ve Sonuçları

Nişanlanmanın hüküm ve sonuçları, tarafların milli hukukuna, şayet o yoksa Türk Hukuku'na tâbidir (m.11/1-2).

Nişanın bozulması halinde hediyelerin iadesi, maddi ve manevi tazminat talepleri, nişanlanmanın evlenmeye zorlayıcı bir sebep olup-olmadığı gibi sorunlarda m.11 hükmüne göre çözüme ulaşılır. Ancak mesela, yabancı hukuk, nişanlanmanın evlenmeyi mecbur kıldığını söylüyorsa, burada kamu düzenini uygulayabiliriz.

Nişanlanmada ehliyet ve şartlar, nişanlanma anına göre; nişanlanmanın hüküm ve sonuçları ise dava anındaki müşterek milli hukuka (m.3), o yoksa, Türk Hukuku'na göre belirlenir. Tazminat talepleri ve hediyelerin mirasçılara geçip-geçmeyeceği hususları ise, miras statüsüne tâbidir.

Nişanlanmanın Şekli

Nişanlanmanın şeklinde m.6 uygulanır. Yani, yapıldığı yer hukukunun (LRA) ya da hüküm statüsünün (lex causae) şekil şartlarına uymak yeterlidir.

Tüzel Kişilerin Hak ve Fiil Ehliyeti

Tüzel kişi, gerçekten fiziki anlamda varlığı olmayan, fiktif, farazi bir kişiliktir. Tüzel kişilik, hukuk düzeni var dediği için var kabul edilir. Tüzel kişiliğe hükmi şahıs da denir. Hükmi şahıs, şahsiyetine hukuk düzeni tarafından hükmedilen kişiliktir.

Tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyetiyle ilgili olarak, dünyada yeknesak bir uygulama yoktur. Tüzel kişiliklerden dolayı bu konu, anlaşılması zor bir husustur. Hak ve fiil ehliyetinin somut durumunun aksine, tüzel kişilik somut olmadığı için, bunların hak ve fiil ehliyetleri meselesi de somut değildir.

Tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyeti konusu, tüzel kişilerin tâbiyeti ve bunlara uygulanacak hukuk meselesinden tamamen farklıdır. Uygulanacak hukuk dalları, hukuki metodlar, birbirinden çok farklıdır. Mesela, tüzel kişilerin tâbi olduğu hükümlerde, MÖHUK'a hiç atıf yapılmamaktadır.

Tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyeti konusunda, dünyada benimsenen iki ayrı kriter vardır:

1. Kuruluş Yeri Kriteri (Sicil Yeri Hukuku)

Bu kritere göre tüzel kişilik, hangi hukuk düzenine göre kuruluyorsa, hak ve fiil ehliyeti de o hukuk sistemine tâbi olmalıdır. Bu sistemde şirketin merkezinin nerede olduğunun bir önemi yoktur. Bu sistemin avantaj ve dezavantajları vardır. Bu sistemin tercih edilme sebepleri şunlardır:

- ? Bu sistemde tüzel kişiliğin tespiti kolaydır. Zira, hemen hemen tüm hukuk sistemlerinde tüzel kişilik, bir sicile kaydedilir. Bunu ispatlamak kolaydır.
- ? Milletlerarası karar ahengi de, bu kriterin tercih sebeplerinden birisidir. Zira, nereye giderse gitsin, aynı kural uygulanır.
- ? Bu kriter, şirkete serbest dolaşım imkânı tanır. Serbest dolaşım, AB açısından önemlidir. Şirket, bir yerde kurulmasından sonra faaliyetini nereye götürürse götürsün, her yerde aynı hak ve fiil ehliyetine sahip olacaktır. Örneğin, bir İngiliz şirketi, Hollanda, Türkiye ve Hindistan'da şube açarsa, bu yerlerde de aynı hak ve fiil ehliyetine sahip olacaktır.

Bu kriterin dezavantajları ise şunlardır:

- ? Kuruluş yeri sistemi, ağırlık noktası kriterini gerçekleştirilmemektedir. Örneğin, şirket ortakları, yönetimi vs. her şeyi Türkiye'den yürütülmekte olan bir şirketin İngiltere'de kurulması halinde, bu kriterde ağırlık noktası gerçekleştirilmemektedir.
- ? Kanuna karşı hileye imkân verir.

Bu sebeplerle, kuruluş yeri kriteri, çok tercih edilmemektedir. Anglo-Amerikan sistemi ve Avrupa ülkelerinden Hollanda ile Danimarka, bu sistemi kabul etmektedirler.

2. İdare Merkezi Kriteri

İlk olarak Fransa ve İtalya'da ortaya çıkmış olan sistemdir. Bu sistemde, şirketin kuruluş yeri neredeyse, idare merkezi de orada olmalıdır. Tersinden bakılacak olursa, şirket, idare merkezinin bulunduğu yerde kurulmalıdır. İdare merkezi kriterinde iki tane idare merkezi ortaya çıkmaktadır:

- a) Statüdeki (esas sözleşme tüzüğündeki) merkez
- b) Gerçek idare merkezi

İdare ile kastedilen, şirketin hukuki anlamda idaresidir. Yönetime ilişkin kararların alındığı ve icra edildiği yer, şirketin idare merkezidir. Eğer statüdeki idare merkezi ile, gerçek idare merkezi farklılaşırsa, bu teoriye göre esas alınması gereken merkez, gerçek idare merkezidir. Zira, bu tezinin uygulanma sebebi, tüzel kişiyle o ülke arasında sıkı irtibat kurulması gerekliliğidir. O tüzel kişinin faaliyetleri doğrudan o ülkeyi ilgilendirmektedir. Bunu gerçekleştiren kriter de, gerçek idare merkezi kriteridir. Bununla amaçlanan, ülkelerin ekonomik menfaatleridir.

BİLGİ : Şirketin paylarının nama mı, hamiline mi yazılı olacağı, hak ve fiil ehliyetini ilgilendiren hususlardır. Ama bir şirketin paylarının borsa kotasına yazılıp-yazılmayacağı, bu payların ne şekilde devredilebileceği, borsanın bulunduğu yer hukukuna tâbidir. Bu bir doğrudan uygulama kuralıdır.

İdare merkezi, küçük pay sahiplerinin, şirket ortaklarının haklarını koruduğu için tercih edilmektedir. Bu sistemin dezavantajı ise; şirketin idare merkezinin tespitinin kolay olmamasıdır. Şirketin idare merkezi ve kuruluş yeri farklıysa ne olacaktır? Bu sisteme yöneltilen en büyük eleştiri budur. İdare merkezi konusunda her ülkede farklı düzenleme olabilir. Ayrıca idare merkezi, şirketlerin serbest dolaşımını kısıtlar. Mesela, Alman Hukuku'na göre kurulmuş bir şirket, idare merkezini yurtdışına naklederse, tüzel kişiliği sona erer. Bu, 'tüzel kişilik, sınırdan ölür' şeklinde ifade edilmektedir.

Avrupa Adalet Divanı, kuruluş yeri sistemi lehine kararlar vermekte, ancak Almanya, Fransa ve İtalya bu kararlara halen direnmektedir.

Türk Hukuku'ndaki Durum

MÖHUK m.8/4 c.1 hükmü, bizim sistemimizin kuruluş yeri kriterine daha yakın olduğu bir anlam içermektedir. Bu hüküm, hem yerli hem de yabancı tüzel kişilikler için geçerlidir. Yerli bir şirket için zaten yüzde yüz olarak kuruluş yeri sistemi geçerlidir. Zira, TTK'ya göre, şirket, esas sözleşmede gösterilen yerde kurulmak zorundadır. Ama yabancı şirketler bakımından aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Çünkü bazı hukuk sistemleri, kuruluş yeriyle esas sözleşmede gösterilen yerin farklı olmasını kabul edebilir (Hollanda). Buna göre, Hollanda'da kurulan bir şirketin idare merkezi İngiltere olarak gösterilir ve uyuşmazlık bir Türk mahkemesinin önüne gelirse, m.8/4 hükmüne göre, İngiliz Hukuku uygulanır.

Madde 8/4 c.2'de bir de istisna öngörülmüştür. Buna göre, fiili idare merkezinin Türkiye'de olması halinde, Türk Hukuku uygulanabilir. Bu, tek taraflı ve ihtiyari bir kuraldır. Tek taraflıdır, zira, hangi hallerde Türk Hukuku'nun uygulanacağını göstermektedir. Yani, yabancı bir şirketin idare merkezi Türkiye'de ise, Türk Hukuku'nun uygulanıp-uygulanmayacağı hususunda hakim takdir yetkisi vardır. Bu istisna, yerli bir şirkete yabancı hukukun uygulanmasını değil; yabancı bir şirkete Türk Hukuku'nun uygulanabilmesini sağlar.

Ecnebi şirketler hakkındaki kanunun 15. maddesi karşısında bu hükmün (m.8/4) uygulanma imkânı azalmaktadır. M.15 hükmüne rağmen, bir şirketin fiili idare merkez Türkiye'de bulunabilir. M.8/4, bu hallerde uygulanabilir bu açıdan, Türk Hukuku'nda, ne idare merkezi ne de kuruluş yeri sisteminin var olduğu söylenemez.

Yabancı Şirketin Tanınması

Yabancı bir hukuk sistemi tarafından kişilik verilmiş, belli haklara sahip olduğu kabul edilen bir kişiliğin varlığını kabul etmek, yabancı hukuk tüzel kişisinin tanınmasıdır. Yabancı ülkede tüzel kişilik kazanmış bir şirketin var olduğunu söyleyebilmek için, hangi ülke hukukuna göre hak ve fiil ehliyetinin kazandığı belirlenmelidir. Tanıma, bir kanunlar ihtilafı problemidir. Bizim hukukumuzda tanıma, 8. maddedeki esas ya da istisna kuralına göre yapılır. 8. maddedeki kuralın tespit ettiği hukuk, bir tüzel kişinin varlığını kabul ediyorsa, o tüzel kişilik tanınır (ipso jure). Statüdeki idare merkezine göre bir tüzel kişilik kabul ediliyorsa, bu, bizim hukukumuzda göre de otomatikman tanınır. Ipso jure tanımadan önce sistemimizde, mahkeme kararıyla, yetkili makam tarafından tanıma gibi tanıma çeşitleri vardı.

Özetle, MÖHUK m.8/4 hükmüne göre, bir yabancı şirketin hak ve fiil ehliyeti varsa, bizim hukukumuzda da tanınır.

Statüdeki İdare Merkezi Neye Uygulanır?

- ? Tanıma.
- ? Şirketin kuruluşuna. (kuruluş işlemlerinin neler olduğu, tescilin nereye yapılacağı ve zamanı, hak ve fiil ehliyetinin kazanılma anı, hak ehliyetinin sınırları nedir, hangi işlemleri yapabilecek, bağlı, vasiyet kabul edebilecek mi vs.)
- ? Tüzel kişiliğin yönetimi. (yönetim nasıl olur, kimler tarafından yapılır vs.)
- ? Tüzel kişiliğin sona ermesi. (sona erme halleri vs) Ancak iflas, bazı özelliklerinden dolayı bazen bunun dışında kalabiliyor.

Bunların hepsi, statüdeki idare merkezi hukukuna tâbidir.

Uygulama Alanı Dışında Kalan Haller

- ? Kamu düzeni. Şirketin statüsündeki durum bizim kamu düzenimize aykırıysa, uygulama alanı dışındadır. Mesela, esas sözleşmesinde faaliyet alanı olarak insan ticareti yapmak olan bir şirket, bizim kamu düzenimize aykırılık oluşturur, uygulanmaz.
- ? Şirketin kurulmasından önceki sözleşme, şirket statüsünün dışındadır. Bu sözleşme, m.24'e tâbidir.
- ? Gayrimenkul edinme ehliyeti, gerçek kişilerde olduğu gibi LRS'ye tâbidir.
- ? İşlem güvenliğinin istisnası hakkında açık bir kural yoktur. Kıyas yoluyla ve amaca göre yorum yoluyla işlem güvenliğinin istisnası tüzel kişiler için de uygulanabilir.

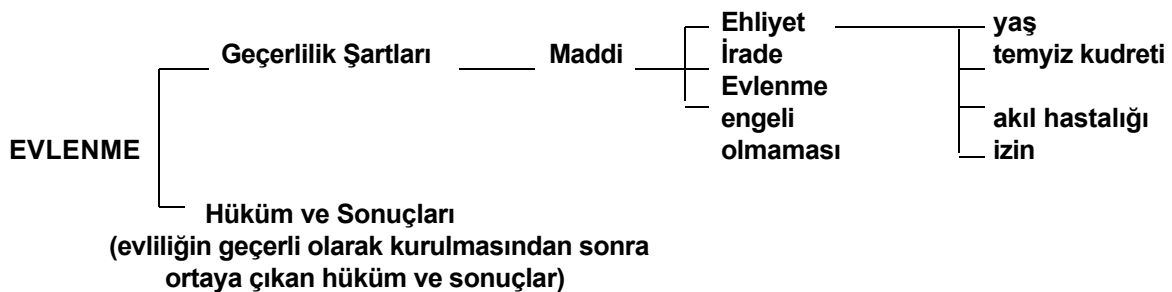
İdare merkezi yabancı ülke olarak gösterilen bir şirkete karşı, mahkeme önünde gerçek idare merkezinin Türkiye olduğu gerekçesiyle Türk Hukuku'nun uygulanması gerektiği iddiasında bulunulduğunda bakılır: Bu şirketin tüzel kişilik kazanabilmesi için Türk Hukuku'na uygun olarak Türkiye'de kurulması gereklidir. Türk Hukuku uygulanırsa, bu şirket, gerekli şartları taşımadığından, tüzel kişiliğe sahip olamayacaktır. Böyle bir durumda, tüzel kişilik bulunmadığından, husumet, ortaklara yönlendirilir.

MÖHUK'TA EVLENME

Evlenme müessesesi, kişiyi en çok ilgilendiren konulardan biridir. Dolayısıyla bu konuda taraf menfaati ön plandadır. Taraf menfaati gerçek bir bağlama noktası olmalıdır. Bu da ya milli kanun olur ya da ikametgâh. Bizde bu konuda milli kanun uygulanır.

Evlenme, iki kişiyi ilgilendiren bir hukuki olaydır. Evlenmede tarafların ikisi de farklı ülke vatandaşları ise, iki farklı hukuk karşımıza çıkar. Burada hangisinin milli kanunu uygulanacaktır? Evlenmeye ilişkin bazı konularda tercih yapma zorunluluğu olmaz. Ama tarafların ikisini de ilgilendiren konular varsa sorun nasıl çözülecektir? Mesela karı-kocanın yükümlülükleri, hangi hukuka göre tespit edilecektir? Bunlar arasında bir karşılık olmalıdır. Kocanın yükümlülüğü kocanın hukukuna tâbidir. Kadının hukukuna tâbi tutulamaz. Tarafların ikisini de ilgilendiren konularda birisinin tercih edilmesi gerekebilir. Bundan 30-40 yıl önce, ailenin reisi olarak koca kabul edildiğinden, kocanın hukukuna öncelik verilmekteydi. Feminist akımların etkisiyle, bir kişi lehine belirleme yapmak, bugün artık kabul edilmemektedir. Bugün, tarafların ikisi için de geçerli olabilecek bir bağlama noktası kabul edilmiştir. Buna göre, tarafların müşterek milli hukukları varsa, onun uygulanması gerektiği söylenmiştir. Yani, Türkiye'de iki Alman vatandaşının evlilikle ilgili ihtilaflarına, Alman Hukuku'nun uygulanması gerektiği söylenmiş ve daha çok bu görüş kabul görmüştür.

Evliliklerde çok önceleri kabul edilen bir kural vardı. LRA, evliliklere uygulanmaktaydı (lex loci celebrationis = evlenme yerinde geçerli olan hukuk). Evlenmenin yapıldığı yer hukuku, evliliğin tüm sonuçlarına uygulanmaktaydı. Bu sistem genel olarak terk edilmekle birlikte, ABD'nin bazı eyaletleri ve bazı Latin Amerika ülkeleriyle kısmen Danimarka'da halen uygulanmaktadır. LLC, bugün sadece şekil için geçerli kalmıştır.



Evliliğin maddi ve şekli şartları vardır. Bunların her biri için farklı bir bağlama noktası belirlenmiştir. Öncelikle bu bağlama noktası tespit edilmelidir.

Evliliğin Şartları

Evliliğin Maddi Şartları (m.12/1)

E. Nomer'e göre, evliliğin maddi şartlarının gerçekleşebilmesi için, her iki hukukun da aradığı şartlar yerine getirilmelidir. Bir diğer görüş ise, evlenme ehliyeti ve şartlarına, her taraf için kendi milli hukukunun uygulanacağını söylemektedir. Bu görüşe göre, her iki hukuk, her iki tarafa da uygulanmaz. M. Aygül bu ikinci görüştedir.

Medeni Kanunumuza göre, evliliğin maddi şartları üçe ayrılır: Ehliyet, irade ve evlenme engelinin olmaması.

1. Ehliyet

Ehliyetin için giren, ehliyeti belirleyen unsurlar vardır. Yaş, temyiz kudreti, akıl hastalığı ve izin, bunlar arasında sayılabilir.

- ? **Yaş** : Buna, tarafların kendi milli hukuku uygulanır. Örneğin 17 yaşında Türk vatandaşı biriyle 16 yaşında Suudi Arabistan vatandaşının evlenmesi durumunu düşünelim. Suudi Arabistan'da evlilik yaşı da 16 olsun. Evlenme için bunların her birine kendi milli hukukları uygulanır ve Türkiye'de yapılan bu evlilik geçerli olur. Ancak, Nomer'in görüşünü esas alırsak, bu evlilik geçerlilik kazanamıyor. Zira, Nomer'in görüşüne göre, her iki tarafın da 17 yaşında olması şarttır. Yine aynı örnekte, Suudi Arabistan vatandaşı 19 yaşında olsa ve S. Arabistan'da evlilik yaşı 19 olsa, Türkiye'de yapılan bu evlilik de geçerli olamayacaktır. Zira, bu durumda her iki tarafın da 19 yaşında olması gerekmektedir.
- ? **Temyiz Kudreti** : Kişinin temyiz kudretinden daimi ya da geçici olarak yoksun olması durumunda, evlenip-evlenemeyeceği kendi milli hukukuna göre belirlenir. Temyiz kudretinin yokluğu halinde evlenmeye izin veren yabancı bir hukuk kuralı da bizim kamu düzenimizi bozmaz. Zira, geçerli kabul edilmektedir.
- ? **Akıl Hastalığı** : Akıl hastalığı hususunda da taraflar, kendi milli hukukuna tâbidir. Türk hukukuna göre, doktordan evlenebileceğine dair rapor getiren akıl hastası, evlenebilir. Başka ülkelerde bu, daha geniş ya da daha dar olabilir. Akıl hastası evlenebileceğini ya da evlenemeyeceğin söyleyen bir yabancı hukuk, bizim kamu düzenimizi bozmaz. Ama Umumi Hıfzısıhha Kanunu'na göre, bulaşıcı hastalığı ya da akıl hastalığı olanlar evlenemez. İstanbul eski baro başkanlarından Yücel Sayman'ın bu konuda araştırmaları vardır. Sayman'a göre, bu, doğrudan uygulanan bir kuraldır. Ancak, bu akıl hastalığının evlenme engeli olması, irsi olmasına bağlıdır.
- ? **İzin** : Bir kişinin evlenmek için izin alıp-almayacağı, alması gerekiyorsa kimden ve nasıl alacağı da kişinin milli hukukuna tâbidir.
- ? **Ayrı Cinsiyet** : Aynı cinsiyetten kişilerin evlenmeleri, Türk Hukuku'nda mümkün değildir. Buna izin veren yabancı bir hukuk, bizim kamu düzenimize aykırılık teşkil eder.

Tüm bunlar, bir Türk vatandaşı için geçerli olan maddi şartlardır. Peki Türkiye'de yapılan bir evlendirmede, bir yabancı'nın kendi milli hukukuna göre evlenme ehliyetine sahip olup-olmadığı nasıl anlaşılacaktır. Kanun koyucu, bunu evlenme yönetmeliğinde düzenlemiştir. Buna göre, evlenecek yabancı kişi, kendi ülkesinden bir evlenme ehliyet belgesi getirmek zorundadır. Bu belgede ilgilinin yaşı, durumu, evlenip-evlenemeyeceği yazar. Bir yabancı'nın Türkiye'de evlenebilmesi, kendi ülkesinden böyle bir belge getirmesine bağlıdır. Yabancı, bu belgeyi getiremiyorsa, bakanlıklar aracılığıyla, o ülkeden belge getirtilebilir. Bu konuda, evlenme ehliyet belgesinin getirilmesine ilişkin Türkiye'nin de taraf olduğu bir uluslararası sözleşme de vardır.

2. İrade

Bizim hukukumuzda evlenme iradesi, özgürce açıklanmalıdır. Evlilik akdi karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla tamam olur. Bizim hukukumuzda göre evlenmede temsil caiz değildir. Temsilin hem maddi hem de şekli şarta giren bir durumu vardır. Temsil, eğer eşin seçimini de kapsıyorsa, maddi şarta ilişkindir. Ancak sadece akdin yapılışındaki irade açıklaması ise, şekle girer. Bizim hukuk sitemimizde her iki türlü şekil de mümkün değildir. Bazı hukuk sistemlerinde ölümden sonra evlilik müessesesi vardır. Mesela, Fransa'da evlilik için gerekli her şeyin hazırlanmasından, gerekli işlemlerin tamamlanmasından sonra, evlenme kesin iken taraflardan birinin ölümü halinde, Cumhurbaşkanının onayıyla, bu evlilik yapılmış sayılabilmektedir. Bunun amacı, geride kalanın (miras vs. gibi) haklı bir takım beklentilerini karşılayabilmektir. Ancak böyle bir durum, bizim kamu düzenimize aykırılık oluşturur.

Yine, evlenme iradesindeki sakatlıklar ve bunun hukuki sonuçları da kişinin kendi milli hukukuna tâbidir.

3. Evlenme Engeli Olmaması

Evlenme engelleri de, yine kişinin milli kanununa tâbidir. Bir kimsenin evlenmeye engel bir durumunun olup-olmadığına kendi milli hukuku karar verir. Keza, o evlenme engelini kaldırabilir veya kaldırılamaz nitelikte olduğuna da kişinin kendi milli hukuku karar verir. Bizim hukukumuzda iddet müddeti bir evlenme engelidir. Ancak kadın, hamile olmadığını bir doktor raporuyla ispatladığı takdirde, bu engel ortadan kalkar. Bekleme süreleri de kişinin milli hukukuna tâbidir. Önceki Medeni Kanun döneminde, evlatlık ile evlat edinen arasındaki evlatlık ilişkisi de bir evlenme engeliydi. Evlenme, ancak evlatlık ilişkisinin sona ermesinden sonra mümkün olabiliyordu. Evlatlık ilişkisi, şu an kaldırılamaz nitelikte bir evlenme engelidir.

En önemli evlenme engeli, hısımlıktır. Belli derecedeki hısımların evlenmesine izin verilmemiştir. Bizim hukuk düzenimizde, üçüncü dereceye kadar kan hısımları evlenemez. Bazı hukuk sistemleri bunu dar tutmuş (Almanya ikinci derece); bazı hukuk sistemleri ise daha geniş tutmuş olabilir. Burada da yine, kişinin milli hukuku uygulanır. Ancak, çok yakın akrabaların evlenmesine izin veren bir yabancı hukuk kuralı da, bizim kamu düzenimizi bozar.

Bundan başka, çok eşli evlilik de hukukumuzda bir evlenme engelidir. Buna da yine tarafların kendi milli hukukları karar verir. Kamu düzeni ise her zaman saklıdır. Örneğin, iki İran vatandaşı, Türkiye'ye evlenmek üzere geliyorlar. Bunlardan birisi İran'da evlidir. Bu, İran Hukuku'na göre bir evlenme engeli değildir fakat, bizim kamu düzenimize aykırılık oluşturur, Türkiye'de buna izin verilmez. Ancak bu kişiler, İran'da evlenirlerse, artık bunu kabul etmek zorundayız. Bir hukukçu bunu şöyle ifade etmiştir: "Hukuku ihlal etmek, hukukun ihlalini tolere etmekten daha iyidir."

Bir Türk kadın, bir S. Arabistan vatandaşının ikinci eşi oluyor. Bu geçerli midir? Bunu geçerli saymak mümkün değildir. Burada tek taraflı / çift taraflı evlenme engelleri karşımıza çıkıyor. Eğer bir evlenme engeli, karşı tarafı ilgilendirmiyorsa, tek taraflı evlenme engeli; eğer karşı tarafı da ilgilendiriyorsa çift taraflı evlenme engeli vardır. Birden çok evlilik, hısımlık çift taraflı evlenme engelidir. Bunlar, karşı tarafı da etkilemektedir. Bu nedenle, Türk amca, Alman yeğeniyle evlenemez. Bu nedenle, yukarıdaki örnekte, Türk vatandaşı kadının, S. Arabistan vatandaşı erkekle, ikinci karısı olarak evlenmesi, çift taraflı evlenme engelidir. Zira, karşı tarafı da etkilemektedir. Türk Hukuku, bekar bir kimseyle evliliği şart koşmaktadır. Akıl hastalığında da böyledir. Evlenilecek ülkede, o hastalık evlenmeye engel bir akıl hastalığı olarak kabul ediliyorsa, bu kişi kendi ülkesinde akıl hastası olmasa bile, yine de bu bir evlenme engeli oluşturur.

Rıza, yaş, bekleme süreleri tek taraflı evlenme engeli; hısımlık, mevcut evlilik, akıl hastalığı, bulaşıcı hastalıklar ise çift taraflı evlenme engelidir.

Örneğin; yabancı bir çift Türkiye'de boşanmıştır. Kendi milli hukukları boşanmayı kabul etmemektedir. Boşanan adam, Türkiye'de yeniden evlenmek istemektedir. Evlenebilir mi? Bu konuda iki farklı görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre, Türk mahkemesinin verdiği karar herkesi ve dolayısıyla evlenme memurunu da bağlar. Bu görüşe göre, mahkemenin vermiş olduğu bir boşanma kararı vardır ve bunu tanımamak mümkün değildir. Diğer bir görüşe göre ise, MÖHUK m.12 hükmü açıktır ve maddeye göre evlenme ehliyet ve şartları, kişinin milli hukukuna tâbidir. Kişi, evlenme ehliyet belgesi getirmek zorundadır. Ancak, kendi ülkesinde boşanma kurumu olmadığından, bu belgeyi getiremeyecektir. Kaldı ki, bir mahkeme kararı, bir ülkenin kanun hükmünü yok sayamaz, ortadan kaldıramaz. Bu konuda 1971 tarihli bir uluslararası sözleşme vardır. Bu sözleşmeye göre, bir ülkede evlilik bağına ilişkin bir karar verildiğinde sözleşmeye taraf diğer ülkeler de bu kararı tanıyacaktır. Türkiye, bu sözleşmeyi 1976'da onaylamıştır. Buna göre, Türkiye'de bir boşanma kararı verilmişse, diğer devletler de bu kararı tanımalıdır. Sözleşmeye taraf devletin, boşanma kurumunu kabul edip-

etmemesinin önemi yoktur. Hatta sözleşmeye o dönem için boşanma kurumuna yer vermeyen ülkeler de taraf olmuşlardır. Eğer bir ülke, bu sözleşmeye taraf değilse, böyle bir ihtilaf halinde, yukarıda belirtilen iki görüşten birini tercih etmek durumundadır. E. Nomer, böyle bir halde kişinin evlenemeyeceğini söyler. Nomer'e göre de bir mahkeme kararı, bir hukuk kuralını ortadan kaldıramaz. Bu sorun bugün ortadan kalkmıştır. Zira, bugün için boşanma kurumu, hemen hemen tüm ülkelerde kabul edilmektedir.

Yabancı hukukun boşanmayı kabul etmemesinin, bizim kamu düzenimize aykırı olduğu söylenmektedir. Boşanma ve yeni evlilik bu nedenle kabul edilmektedir.

Kamu düzenine aykırı olan haller şunlar olarak sıralanabilir:

- ? Aynı cinsten evlilik,
- ? İrk, din vs. ayırımına dayanan kurallar,
- ? Yakın hısımların evlenmesine izin veren yabancı hukuk kuralları. Yakın hısımlığın kamu düzenine aykırı olabilmesi, bizde izin verilen dereceden daha yakın bir hısımlık durumunda söz konusu olur. Peki böyle bir hısımlık durumunda olan iki kişinin Almanya'da evlenmesi durumunda ne olacaktır? Böyle bir halde, tanımama yönündeki görüş ağır basmaktadır. M. Aygül de bu görüştedir.

Hukuka aykırılık hallerinde, hangi hukuka aykırılık söz konusu ise, o ülke hukuku uygulanır. Eğer her iki tarafın hukukuna aykırılık varsa, daha ağır müeyyide içeren hukuk uygulanır. Mesela, İngiliz Hukuku, evliliği yok sayıyor, Türk Hukuku mutlak butlana tâbi tutuyorsa, İngiliz Hukuku uygulanır.

Evliliğin Şekli Şartları (lex loci celebrationis)

Şekil, her ülkede farklı düzenlenmiş olabilir. Mesela, Türkiye, resmi şekli kabul etmişken, İngiltere ve İsveç gibi ülkeler hem resmi şekli hem de dini nikâhı kabul etmiş olabilirler.

MÖHUK m.12/1 c.2'ye göre, evlenmenin şekli, yapıldığı yer hukukuna tâbidir. Türkiye'de resmi şekil benimsenmiştir. Bunun dışında başka bir şekilde evlenme merasimine izin verilmemiştir. Evlenmenin şekli LRA bakımından mecburidir. Türkiye'de yapılan bir yabancı çiftin evlenmesine, kendi milli hukuklarındaki şekil uygulanmaz. Bu, bizim hukukumuz bakımından geçersizdir. Örneğin, iki Yunan vatandaşının Türkiye'de bir kilisede evlenmesi, Türk Hukuku'na göre yok hükmündedir.

Yabancı ülkede, o ülkenin hukukundaki şekli herkes tanımak zorundadır. Örneğin, iki Türk vatandaşı İngiltere'de, ancak o ülkenin şekline uygun olarak evlenebilirler. İngiltere'de hem dini hem de resmi merasim geçerlidir. Bu nedenle iki Türk vatandaşı, İngiltere'de bunlardan herhangi birini seçerek evlenirlerse, bu evlilik Türkiye'de de geçerlidir. Bunun istisnası, konsüler evlenmeleridir.

Hangi hususların şeklin içine gireceği, bir vasıflandırma meselesidir. Şahit, vs. bunlar, hakimnin hukukuna tâbidir.

Konsüler Evlenme

Bazı şartlar dahilinde konsolosluklarda evlenme merasimi yapılabilir. Konsoloslar genellikle, yabancı ülkede kendi vatandaşlarının bazı işlemlerini yapan kişilerdir. Konsolosların, doğum, ölüm, evlenme, miras kaydetme gibi bazı işleri vardır. Konsolosların yetkilerinden bir tanesi de evlendirme yetkisidir. Bir konsolosun evlendirme yapabilmesi için iki şart aranır:

1. Yetki Şartı

- a. Gönderen Devlet Bakımından : Konsolosu gönderen devletin bu yetkiyi vermiş olması gerekir. Türk Hukuku'nda bu yetki genel olarak çok eski tarihli (1885'lerden kalma) bir genelgeyle verilmiştir.
- b. Kabul Eden Devlet Bakımından : Kabul eden devletin de bu yetkiyi tanımış olması, izin vermesi gerekir. Bu ya genel bir şekilde yapılır (Türkiye'de olduğu gibi) ya konsoloslara tek tek verilir ya da uluslararası anlaşmalarla yapılır. Türk Hukuku'nda genelde, yabancı konsolosların yabancıları bazı şartlarla evlenme yetkisi kabul edilmektedir.

2. Evlenecek Kişilere İlişkin Şartlar

Kural olarak bir konsolos ancak kendi devlet vatandaşlarını evlendirebilir. Mesela, Türk Hukuku'nda yabancı konsoloslukların evlendirme yetkisi, ancak kendi devlet vatandaşlarını

evlendirmeleri koşuluyla kabul edilmiştir. Yabancı konsolos, Türk vatandaşlarını evlendirme yetkisine sahip değildir. Türk konsolosların yurtdışındaki evlendirme yetkileri ise şöyle tayin edilmiştir: Taraflardan birinin Türk olması. Yani, diğer taraf yabancı olabilir. Ancak yabancı, o ülke vatandaşı da olmamalıdır. Almanya'daki bir Türk konsolos, bir Türk ile bir Alman'ı kural olarak evlendirebilir. Ancak Almanya bu şartı ileri sürmüştü, evlendiremeyecektir. Almanya'daki Türk konsolosu bir Türk ile bir Fransız'ı ise evlendirebilir. Yani iki Yunan vatandaşının, Türkiye'deki Yunan Konsolosluğunda evlenmesi durumunda, evlilik geçerlidir.

Evliliğin Genel Hükümleri

Kanun bunu ikiye ayırmıştır: Evliliğin genel hükümler ve evliliğin mal rejimleri. Aslında mal rejimleri de evliliğin genel hükümlerinin içerisine dahildir ancak kanun bu şekilde bir ayırım yapmıştır.

Evliliğin genel hükümleri, daha çok MK'da karı-koca arasındaki hukuki ilişkide görülür. MÖHUK m.12/2'de evliliğin müşterek milli hukuka; bu yoksa, müşterek ikametgâh; bu da yoksa, mutata mesken ve eğer bu da yoksa Türk Hukuku'na tâbi olacağı düzenlenmiştir.

Müşterek ikametgâhın neresi olduğu, Türk Hukuku'na göre belirlenir. Önceki MK'ya göre bunu belirlemek kolaydı. Zira, kadının ikametgâhı, kocasının ikametgâhıydı. Şimdi bu durum değişmiştir. İkametgâh tespit edilemiyorsa mutata meskene bakılır. Eğer o da farklıysa, artık Türk Hukuku uygulanacaktır.

Uygulama Alanına Giren Konular

- ? Karşılıklı hak ve borçlar
- ? Sadakat yükümlülüğü
- ? Evlenme birliğinin temsili
- ? Eşlerin meslek ve sanat sahibi olup-olamayacakları (daha çok kadının). Bir yabancı kural, kadını çalışmasını kocasının iznine tâbi kılıyorsa, bizim kamu düzenimize aykırı olup-olmadığı tartışılabilir. Bir hususun kamu düzenimize aykırılık teşkil edebilmesi için, anayasal bir değerimizi ihlal etmesi gerekir. Tartışılabilir.
- ? Eşlerin üzerlerine düşen vazifeleri ihmal etmeleri durumunda ne olacağı (m.12/2). Evlilik içi nafaka mümkündür, buna karar verilebilir. Ancak bunun evlenmenin genel hükümlerine tâbi olması gerektiği halde, bu konuda imzalanmış olan bir Lahey Sözleşmesi'ne göre, sözleşme hükümleri tüm nafakalara uygulanabilir. Bunun anlamı, bu sözleşme tüm nafakalara uygulanacağından ve de farklı bir bağlama noktası getirdiğinden dolayı, evlilik içi nafaka farklı olabilir.

Evlilik birliğinin hükümlerine çok aykırı olan kurallar da kamu düzenimizi ihlal edeceğinden, uygulanmazlar. Mesela, sadakat yükümlülüğünü tanımayan bir hukuk sistemi gibi.

BOŞANMA

Boşanma, evlilik birliğine son verilmesidir. Yabancı unsurlu boşanmalarda birbirinden farklı anlayışlar silsilesi görülür. Bazı hukuk sistemlerinde boşanma, yeni kabul edilmiştir. Bazı hukuk sistemlerinde boşanma için mahkeme kararı aranmaktadır. Bazı sistemlerde ise, boşanma yasaktır. Bundan başka, bazı İslam ülkelerinde tek taraflı irade beyanı ile de boşanma gerçekleştirilmektedir (talâk). Bu farklılıklar, milletlerarası özel hukuk anlamında bazı problemleri de beraberinde getirecektir. Çünkü, yabancı unsurlu boşanmalara uygulanacak hukuk çoğu zaman kamu düzenimizi ihlâl edecektir.

Boşanmadan söz edilebilmesi için, ortada geçerli bir evliliğin olması gerekir. Evliliğin varlığı veya yokluğu, boşanma davalarında önmesele teşkil edecek ve hakim kendi kanunlar ihtilafı kurallarından hareketle, evliliğin varlığını veya yokluğunu tespit edecektir.

Boşanma, yabancı bir ülkede gerçekleşmiş ise, bu kararın Türkiye'de hüküm ve sonuç doğurabilmesi için tanınması gerekir ve yabancı mahkeme kararı Türkiye'de tanınmamışsa, boşanma davası açılabilir. Yabancı mahkeme, ayrılık kararı vermiş ve bu karar Türkiye'de tanınmışsa, yine boşanma davası açılacaktır.

Boşanmaya Uygulanacak Hukuk

Boşanmada, tarafların menfaati ön planda olduğu için, müşterek bir hukukun uygulanması gerekecektir. MÖHUK'a baktığımızda, m. 13 boşanma ve ayrılığı hüküm altına almış ve boşanma ve ayrılık sebep ve hükümlerini müşterek milli hukuka tâbi tutmuştur (m. 13/1). Tarafların müşterek milli hukuku varken hakim Türk Hukuku'nu uygulayamaz. Eğer müşterek hukuk yoksa veya ayrı vatandaşlıklar söz konusu ise, ikametgâh hukuku uygulanacaktır. Eğer bu da yoksa, müşterek mutad mesken hukuku; bu da yoksa, nihai olarak lex fori olarak Türk Hukuku uygulanacaktır.

Tespit Edilen Bağlama Kuralının Uygulama Alanı

Tespit edilen bağlama kuralı;

1. Boşanma ve ayrılık sebeplerine,
2. Sebeplerin gerçekleşme şartlarına,
3. Boşanma ve ayrılık hükümlerine uygulanır.

Boşanma halinde yoksulluk ve iştirak nafakası, çocukların velayeti, maddi ve manevi tazminat, kadının soy ismi gibi hususlar da boşanma statüsüne tâbidir. Yine, evlenme işleminin yapılışı ve evlenme engelleri gibi sırf evlenme olayına ilişkin olmayan ve evlilik devam ederken ortaya çıkan ve evliliği sona erdiren haller de boşanma statüsüne tâbidir. Örneğin, gaiplik kararının evliliği sona erdirip-erdirmeyeceği boşanma statüsüne tâbidir. (Geçen yılın bütünleme sorusu) Evliliğin butlanı içinse m. 12 uygulanır. Eğer evliliği sona erdiren sebep, şekil şartlarındaki eksiklikten m. 13 değil, m. 12 uygulanır.

Ömür boyu hapis cezasının, din değiştirmenin, ölüm ya da gaipliğin evliliği sonra erdirip-erdirmedeği de boşanma statüsüne tâbidir. Boşanma davası devam ederken maddi vakaları ispat ve delillerin ispat gücü ise, usul hukukunu ilgilendirdiğinden, bunlar lex foriye tâbidir. Bir yabancı boşanma kararının Türkiye'deki etkisi, tanıma ve tenfiz konusuna dahildir.

Madde 13'teki bağlama kuralı sabitleştirilmemiştir. 3. maddenin de delaletiyle dava anındaki vatandaşlık, ikametgâh ya da mutad mesken hukuku uygulanacaktır.

Eski hukuka göre, o zaman meydana gelmiş bir olay, o hukuka göre boşanma sebebi teşkil etmiş olsa bile, yeni hukuk bunu bir boşanma sebebi olarak kabul etmiyorsa, boşanma gerçekleşmeyecektir.

Türk Hukuku'nda boşanma, kazai niteliktedir. Yani, boşanma için bir mahkeme kararına ihtiyaç vardır. Bazı hukuklarda ise buna gerek yoktur (talâk). Eğer m. 13'e göre uygulanması gereken hukuk, Türk Hukuku ve boşanma da Türkiye'de gerçekleşecekse, mahkeme kararına ihtiyaç vardır. Ancak yabancı bir hukukun hakim olduğu boşanmalarda mahkeme kararına ihtiyaç olduğunu söylemek zordur. Çünkü Türkiye'de gerçekleşecek boşanmaları Türk şekil şartına tâbi tutan bir hüküm bizde yoktur. Uygulanması gereken hukuk yabancı ve taraflar da yabancı ise, kendi kanunlarının emrettiği şekilde Türkiye'de boşanabilirler (talâk örneği). Ancak taraflardan bir tanesi Türk vatandaşı ise, bu durumda Türk mahkemeleri yetkili olacağı için, mahkeme kararına ihtiyaç duyulacaktır. Bu E. Nomer'in görüşüdür. Tekinalp'e göre ise; talâk, kamu düzenimize aykırıdır. Türkiye'de talâk ile boşanma kabul edilemez. Çünkü mahkeme kararı ile boşanma, bizim kamu düzenimizdendir. Talâk bir Türk mahkemesinde, bir boşanma şekli olarak görülemez.

Taraflar, yabancı bir ülkede kendi milli hukuklarına göre boşanmış iseler, bu takdirde bu boşanma Türkiye'de de kabul edilmelidir. Yani, taraflar talâkla boşanmış ve bunu kadılığa tescil de ettirmişlerse, bu boşanma Türkiye'de tanınmalıdır. Eğer taraflardan birisi Türk vatandaşı ise, Türkiye'nin böyle bir boşanmaya rıza göstermesi gerekir. Hakim de bu durumda anlaşmalı bir boşanmanın varlığını kabul eder. Böyle bir halde bu boşanma tescil de edilmişse, Türkiye'de tanınacaktır. Türkiye razı değilse, kamu düzeninin ihlali akla gelebilecektir.

Eğer tarafların milli hukuku boşanmayı yasaklıyorsa, bu bizim kamu düzenimize aykırıdır. Nomer'e göre ise, boşanmanın yasaklanması ya da şartlarının ağırlaştırılması kamu düzenimize aykırılık oluşturmaz. Nomer'e göre, ancak taraflardan birinin Türk vatandaşı olması halinde, kamu düzenimize aykırılık söz konusu olur.

NAFAKA HUKUKU

Medeni Kanun'daki nafaka çeşitleri şunlardır:

- ? Tedbir nafakası

- ? Yardım nafakası
- ? İştirak nafakası
- ? Yoksulluk nafakası
- ? Evlilik içi yükümlülüklerden doğan nafaka

Tedbir nafakası, boşanma davası devam ederken, eşlerden biri ayrı yaşamakla yoksulluk içinde kalacaksa, diğer eşin ona yardımda bulunmasıdır. Yardım nafakası, altsoy, üstsoy ve yansoylardan kardeşler için var olan nafaka yükümlülüğüdür. Bu nafaka türü, bazı hukuk sistemlerinde daha geniş, bazılarında daha dar tutulmuş olabilir. Mesela, Avrupa'da kardeşler arasında nafaka kaldırılmıştır. En son 2000 yılında İsviçre bunu terk etmiştir. İştirak nafakası, velayet kendisine bırakılmayan kimsenin, çocuklar için ödediği nafakadır. Yoksulluk nafakası, boşanmadan sonra yoksulluğa düşecek olan eşe, diğer eş tarafından verilen nafakadır. Tedbir nafakasından farklı olarak bu, devamlılık arzeder. Ayrıca, tedbir nafakası dava süresince devam ederken, yoksulluk nafakası, boşanmadan sonra ödenir. Evlilik içi yükümlülüklerden doğan nafaka ise, eşlerden birinin üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmemesi halinde ödediği nafakadır.

Nafaka, devletler özel hukukunda daha genel olarak, ikiye ayrılır:

1. Bakım nafakası
2. Yardım nafakası

Evlilik dışı çocuğun reşit olmasından sonra babasından isteyebileceği nafaka, yardım nafakasıdır. Velayetten doğan bir nafakadır (iştirak). MÖHUK'ta nafaka ile ilgili iki hüküm vardır. M. 21, yardım nafakasının milli hukuka tâbi olacağını düzenlemektedir. Diğerisi ise, m. 13/3 hükmüdür. Bu hükme göre, geçici tedbir niteliğinde olmayan boşanma ve ayrılıkla ilgili nafakalar, boşanma ve ayrılık hakkında yetkili olan hukuka tâbidir. Buradaki nafakalar, yoksulluk nafakası ve iştirak nafakasıdır. Bunlar, boşanma statüsüne tâbidir. Çünkü, bunlara boşanmadan sonra hükmedilmektedir.

Evlilik içi yükümlülükler için hükmedilecek nafakalar, tarafların mali yükümlülüklerine tâbi olduğu için, evliliğin genel hükümlerine tâbidir. Evliliğin genel hükümlerine hangi hukuk uygulanmaktaysa, bu nafaka da o hukuka tâbidir.

Tedbir nafakasıyla ilgili olarak iki görüş vardır. Bir görüşe göre, tedbir nafakası, usule ilişkin bir konudur. Usul ise lex foriye tâbidir. Bu nedenle, tedbir nafakasına hakimın hukuk karar vermelidir. Buna karşılık, diğer bir görüşe göre ise, tedbir usule ilişkin değil, maddi hukuka ait bir konudur. Dolayısıyla, buna boşanma statüsü karar vermelidir. Yani, boşanmaya hangi hukuk uygulanıyorsa, o hukuk karar vermelidir. Fakat aciliyeti olan bir durum söz konusu ise, yani yabancı hukuk bilinmiyor, tespit edilemiyor ya da gecikmesi, telafisi güç zararlar ortaya çıkacaksa, hakimın hukukuna göre de karar verilebilir. Ancak bunun haricindeki durumlarda, bu yapılamaz.

Nafakaya uygulanacak hukuka dair 1973 tarihli bir uluslararası sözleşme vardır. MÖHUK 1982 yılında yürürlüğe giriyor ve Türkiye bu sözleşmeyi 1983'te onaylıyor. Bu sözleşme çok geniş kapsamlıdır. Bu nedenle, sözleşmenin onaylanmasıyla birlikte kanunun bazı hükümleri uygulanamaz hale gelmiştir. Türkiye, bazı konularda sözleşmeye ihtirazi kayıt koymuştur. Bu hallerde sözleşme değil, kanun hükümleri uygulanır. Türkiye aile hukuku alanında en çok nafakayla ilgili sözleşme imzalamıştır. Bu sözleşmeye göre, nafakasının ödenmesinde, ülkeler arasında bazı aracı kurumlar belirlenmiştir. Türkiye'de bu görevi savcılıklar yerine getirmektedir. Bu, tenfizini iki istisnasından birini oluşturur. Bunun için tanımaya gerek yoktur.

Sözleşmenin 1. maddesi hükmünden, sözleşmenin tüm nafaka çeşitlerini içine aldığı anlaşılmaktadır. M. 3, sözleşmenin, akit tarafı olmasa bile, yetkilendirilen kanun için karşılık şartı aranmaksızın sözleşmenin uygulanacağını hükme bağlamaktadır. Bu sözleşme, genel uygulama imkânına sahip olan bir sözleşmedir. Sözleşme, bizim kanunumuzdaki bağlama noktasını değiştirmiştir. Sözleşme, atfı reddetmektedir. Uluslararası sözleşmeler, genellikle atfı reddetmektedirler. M. 4, mutad meskene ilişkin bir bağlama noktası getirmektedir. Nafakanın, kişinin yaşadığı yere göre belirlenmesi, gerçeğe daha uygun bir durumu yansıtacağından, daha yerinde bir bağlama noktasıdır.

Ayrıca sözleşme sadece bir bağlama noktası ile de yetinmemiş, şelale bağlama noktaları kabul etmiştir. Ancak ilk basamak, mutad meskenidir. Sözleşme, 5. maddesinde, müşterek milli kanunu da ikinci bağlama noktası olarak belirlemiştir. Eğer buna göre de tespit edilemezse, hakimın hukuku uygulanacaktır. Yani, sözleşme ile belirlenmiş üç tane bağlama noktası mevcuttur. Yine, sözleşmenin uygulanabilmesi için, borçlunun ikametgâhının Türkiye olması zorunludur.

M. 14'te ihtirazi kayıt konulabilecek durumlar düzenlenmiştir. Türkiye, civar ve sıhri hısımlar arasındaki nafaka yükümlülüğüne ilişkin hükümlere çekince koymuştur. Bu hallerde, sözleşmenin uygulanması zorunlu değildir. M. 8 hükmüne göre, boşanma sebebiyle verilecek nafakalarda sözleşme

uygulanmaz, boşanma statüsü uygulanır. Ancak daha sonra nafakanın değişmesi halinde sözleşme uygulanır. Türkiye'nin koyduğu bir diğer ihtirazi kayıt, özellikli müşterek milli hukuktur. Buna göre, hem nafaka alacaklısı hem de nafaka borçlusunu kendi vatandaşıyla, bunlara kendi hukukunu uygulayabilecektir.

Uygulama Alanı

Nafakaya yer var mı? Nafakanın borçlusunu, alacaklısı kim? Nafakanın ne miktarda ödeneceği, sona erme sebepleri gibi meseleler bu kuralların uygulama alanı içindedir. Uygulama alanı dışında kalan konular ise kamu düzenidir. Buna göre, uygulanacak hukuk, hakimnin kamu düzenini bozuyorsa, o hukuk uygulanmaz. Mesela, yabancı hukuk nafakayı hiç tanımamışsa, bu kamu düzenimizi bozar. Ama mesela, Alman Hukuku'ndaki kardeşler arasında nafaka yükümlülüğünün olmamasının, bizim kamu düzenimize aykırı olduğu da söylenemez. Yani bu hal, bizim kamu düzenimizi tamir edilemeyecek derecede sarsar diyemeyiz. Nafaka tarafların sosyo-ekonomik düzeyleri araştırılmadan veriliyorsa, bu, kamu düzenimizi bozar. Mesela, adamın biri Almanya'da, ikisi Türkiye'de toplam üç çocuğu vardır. Almanya'daki çocuk için bu kişinin maaşının yarısının nafaka olarak belirlenmesi, diğer iki çocuğu olumsuz etkiler. Bu durum, kamu düzenimize aykırıdır. Her olayda, somut durumun özelliğine bakılmalıdır.

Yoksulluk nafakası, bizim hukukumuzda 1984-85'e kadar, belli bir süreyle sınırlı olarak verilmekteydi. Bir yıldan sonra yoksulluk nafakası ödenmezdi. Şimdi böyle bir süre yoktur. Peki, böyle bir süre sınırı olan yabancı bir hukuk, bizim kamu düzenimizi bozar mı? M. Ayyıldız'a göre, bozmaz. Ancak, bir babanın çocuğuna nafaka ödeme yükümlülüğünü öngörmeyen bir yabancı hukuk bizim kamu düzenimizi bozar.

MİRAS HUKUKU (m. 22)

İntikâl kanunu, bir kimse öldüğü zaman terekesinin hangi hukuka göre intikâl edeceğini söyler. Bu konuda iki sistem vardır:

1. Birlik Sistemi

Bu sisteme göre, mirisin terekesi bir bütün halinde tek bir hukuka tâbi olarak intikâl eder. Menkul-gayrimenkul malları, ayrıma tâbi tutulmaksızın, mirasçılara geçer. Bunun hangi hukuka göre yapılacağı, hukuk sistemlerinin benimsediği esasa göre değişir.

2. Ayrım Sistemi

Mirisin terekesi iki kısma ayrılır: Menkul tereke ve gayrimenkul tereke. Menkul mallar, gayrimenkullerden ayrı tutulur ve ya milli kanuna ya da ikametgâh hukukuna göre intikâl ettirilir. Gayrimenkul terekeyse, gayrimenkullerin bulunduğu yere göre mirasçılara geçer.

Peki, m. 22/1 hükmüne göre bizim sistemimiz hangisidir? Bizde birlik sistemi uygulanmaktadır. Ancak bunun bir istisnası olarak, Türkiye'deki gayrimenkullerde, Türk Hukuku uygulanır. Örneğin, bir Yunan vatandaşı Türkiye'de ölüyor. Bu kişinin Türkiye'de, Yunanistan'da ve ABD'de gayrimenkulleri, menkulleri vardır. Miras intikâl ederken, sadece Türkiye'deki gayrimenkul mallar için Türk Hukuku uygulanacaktır. ABD'deki gayrimenkullerin intikâli Türk Hukuku'nu ilgilendirmeyecektir. Eğer bizde ayrım sistemi olsaydı, Türk Hukuku, ABD'deki gayrimenkullerin intikâlinde de uygulanacaktı.

Doktrinde savunulan sistem de genellikle birlik sistemidir. Bizde kabul edilmiş olan istisna, birlik sisteminin faydalarını azaltan bir hükümdür. Ancak, kanun koyucunun iradesi bu yöndedir.

M. 22/2 hükmüne göre, mirasın açılmasına, iktisabına ve taksimine ilişkin hükümler, terekenin bulunduğu yer hukukuna tâbidir. Bu da bir istisnadır. Tereke neredeyse, o yer hukuku uygulanacaktır. Bu istisnanın gerekçesi, mirasın bizde ölümle birlikte açılmasıdır. Bizim sistemimizde mirasın intikâli, kül halinde ve kendiliğinden olur. Ancak her hukuk sistemi bunu böyle kabul etmemiştir. Mesela, bazı hukuk sistemlerinde mirasın açılması için bir idari karar ya da mahkeme kararı aranmaktadır. Mesela, ABD'de miras önce bir yediemine geçer. Mirasın taksimi, hukuk sistemlerinde çok farklı şekillerde düzenlenmiştir. Bu nedenle f.2'deki istisnanın pratik ihtiyaçlardan kaynaklandığını söylemek mümkündür. Bizim mahkemelerimizde milli kanun nasıl bir taksim öngörürse öngörsün, Türkiye'deki terekeler için, Türk Hukuku uygulanır. Vele ki, miras, yabancı bir hukuka tâbi olsun.

Mirasçılık Ehliyeti ve Mirasçıların Tespiti

Kimin mirasçı olduğu, miras statüsüne tâbidir. Yani, kişinin milli hukukundaki intikâl kanunu uygulanır. İntikâl kanunu deyince, m. 22/1 hükmü akla gelmelidir. Uygulanacak milli hukuk, ölüm anındaki milli hukuktur. Kanuni mirasçılar kimlerdir, altsoyun mirasçılığı, ceninin mirasçılığı gibi hususlar farklılık arz edebilir. Mesela, ceninin mirasçılığı bizde MK'da "mirasın açılması" başlığı altında düzenlenmiştir. Ceninin mirasçılığı da ehliyetle ilgilidir. Bu durumda da intikâl kanununa giren bir durum vardır.

İntikal kanunu deyince, m. 22/1 anlaşılır. Aynı maddenin ikinci fıkrası bunun istisnasını oluşturur.

İntikal Kanununun Uygulama Alanına Giren Konular

1) Mirasçı Olma Ehliyeti

Mirasçı olma ehliyeti, murisin ölüm anındaki milli hukukuna göre belirlenir. Kanuni mirasçılık, ceninin mirasçılığı gibi konular kişinin öldüğü andaki milli hukukuna tâbidir. MK'da ceninin mirasçılığı, 'mirasın açılması' başlığı altında düzenlenmiştir. Bir görüşe göre, bu nedenle miras Türkiye'de açılmışsa, Türk Hukuku uygulanacaktır. M. Aygül buna katılmıyor. Nerede düzenlendiği önemli değildir. Önemli olan konunun niteliğidir. Yani, miras statüsüne tâbi olmalıdır.

Mirasçılık sıfatının kazanılması da miras statüsüne tâbidir. Üstsoy mirasçılığı da miras statüsüne tâbidir. Devletin mirasçı olup-olamayacağı meselesine gelince, m. 22/3'e göre, Türkiye'de bulunan mirasçısız tereke, devlete kalır. E. Nomer'e göre bu, tek taraflı bir bağlama kuralıdır. M. Aygül'e göre ise, burada uygulanacak hukuk gösterilmemektedir. Bu nedenle burada bir kanunlar ihtilafı kuralı yoktur.

Örneğin, İsrail vatandaşı olan bir kadın Türkiye'ye turistik amaçla geliyor. Kadının oldukça değerli mücevherleri bulunmaktadır. Kadın, kaldığı otelde ölüyor ve otel müdürü mücevherleri mahkemeye teslim ediyor. Hakim, mirasçılığın tespiti için, kadının milli hukukuna bakacaktır. Kadının mirasçısı da bulunmamaktadır. Bu bir mirasçısız terekedir ve mahkeme, terekenin devlete aidiyetine karar verecektir. Gerekçesi ise m. 22/3 hükmü olacaktır. Kişinin kanuni mirasçısı yoksa, kendi milli hukuku ne derse desin, miras, Türk Devleti'ne kalacaktır. Bunun menfaatler dengesi açısından çok da adil olduğunu söylemek mümkün değildir. Kişi, mirasının bir devlete kalacağını bilse, her halde kendi devletini tercih eder. Bu hüküm, bunu engelleyici niteliktedir. Bazı yazarlar, vatandaşlık bağı velayete benzetirler. Bu nedenle kişinin mirası, tâbi olduğu devlete kalmalıdır. Karşılaştırmalı hukukta mahkemelerin mirası ilgilinin kendi devletine verdikleri görülür. Ancak hakim, normatif adalet gereği bu kuralı uygulayacaktır.

Sağ kalan eşin mirasçılığı da miras statüsüne tâbidir. Evlatlığın mirasçı olup-olamayacağı, olursa hangi oranda olacağı meseleleri de miras statüsüne tâbidir. Ancak evlatlık statüsünün de evlatlığın mirasçılığını kabul etmesi gerekir. Yani, evlat edinenin milli hukuku, evlatlığın mirasçılığını tanımalıdır. Evlatlığın kimlerle ve hangi oranlarda mirasçı olabileceğini, miras statüsü belirler.

2) Mirastan Mahrumiyet

Mirastan mahrumiyet de miras statüsüne tâbidir. Mirasın reddi, Medeni Kanunumuzda 'mirasın kazanılması' başlığı altında düzenlenmiştir. Bu nedenle E. Nomer, bu konunun iktisapla ilgili olduğunu ve terekenin bulunduğu yer hukukuna tâbi olduğu görüşündedir. M. Aygül buna katılmamakta, mirastan mahrumiyetin ehliyetle ilgili olduğunu ve bu nedenle de intikâl kanununa tâbi olduğu görüşündedir.

3) Terekenin Kapsamı

Terekeyi teşkil eden malların nelerden ibaret olduğu da miras statüsüne tâbidir. Ancak bir malın murise ait olup-olmadığı sorusu varsa bu bir önmesedir ve aynı hak statüsüne tâbidir. Aynı hak statüsünde genel kural, malın bulunduğu yerdir.

Mirasta iade, bizim hukukumuzda 'mirasın taksimi' başlığı altında düzenlenmiştir. Mirasta iade, mirasın taksiminden önce terekenin kapsamını belirlemeye ilişkindir ve bu yüzden intikâl kanununa tâbidir. Örneğin, mirasta iade davası.

4) Mirasın İntikâlinin Hükümleri

Bunlar da intikâl kanununun kapsamındadır. Bunun istisnası, iktisaptır. Resmi tasfiyenin şekli, Türk Hukuku'nda yapılan şekle tâbidir. Bunun dışına çıkılması, uygulama bakımından mümkün değildir.

5) Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümleri

Ölüme bağlı tasarrufların şekli ve ehliyetle ilgili olarak, 22. maddede ayrı bir düzenleme yapılmıştır. Ancak ölüme bağlı tasarrufların hüküm ve sonuçlarıyla ilgili bir hüküm yoktur. Bunlar, m. 22/1'in uygulama alanındadır. Mirasçı nasbı; muayyen mal vasiyeti; ölüme bağlı tasarrufa konulabilecek şart ve yükümlülükler; mirastan ıskat; ölüme bağlı tasarruf ile vakıf kurma; tasarruf nisabının tespiti ve mahfuz hisse; saklı pay ve oranları; ölüme bağlı tasarrufların iptali davası; miras mukavelesinin ivazlı yapılıp-yapılmayacağı gibi hususlar miras statüsünün uygulama alanındadır.

İntikal Kanununun Uygulama Alanı Dışında kalan Haller

1) M. 22/2

2) Kamu Düzeni

Miras hukuku bakımından kamu düzenini bozucu, tahammül edilemez haller neler olabilir? Evlilik içi ve dışı farklı miras payları öngören bir hüküm kamu düzenimizi bozar. Din, ırk, mezhep farkı sebebiyle bir kimseyi mirastan mahrum bırakan bir hukuk kuralı da kamu düzenimize aykırılık oluşturur. Eş, mal rejimi vs. ile korunmuyor ve miras dışında bırakılıyorsa, bu da kamu düzenimize aykırıdır. Ancak, miras dışı bırakılan eş, mal rejimi gibi yollarla tatmin edilebiliyorsa, bu durumda mirastan yoksun bırakılması, kamu düzenimize aykırılık oluşturmaz.

3) İhtiyati Tedbirler

Miras hukukunda, terekenin korunması için alınması gereken tedbirler de daha çok terekenin bulunduğu yer hukukuna tâbidir. Türkiye'de bulunan terekenin korunmasına ilişkin tedbirler, Türk Hukuku'ndaki tedbirlerdir. Ancak bunun istisnası vardır: Viyana Konsolosluk Sözleşmesine göre konsolosların kendi vatandaşlarına ait tereke üzerinde ihtiyati tedbir yetkileri mevcuttur. Örneğin, Türkiye'de ölen bir Alman vatandaşı için, Alman Konsolosluğu bu sözleşme kapsamında tedbir alabilir. Ancak konsolosluğun bir mahkeme gibi kara vererek zor kullanma yetkisi de yoktur. Konsolosluk, mahkemeden ihtiyati tedbir de talep edebilir. Konsolosluk, kendi devletinin hukukuna uygun olarak tedbir alabilir.

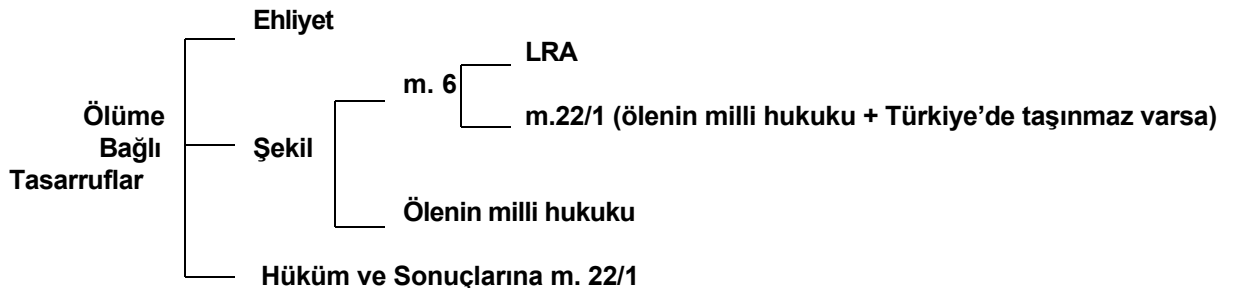
Ölüme Bağlı Tasarruflar

Ölüme bağlı tasarrufları üç kısma ayırabiliriz:

- ? Ehliyet
- ? Şekil
- ? Ölüme bağlı tasarrufların hüküm ve sonuçları

Ölüme bağlı tasarruflarda ehliyet, genel hüküm olan m. 8'den ayrı tutulmuştur. Eğer m. 22'de ayrı bir hüküm düzenlenmiş olmasaydı, ölüme bağlı tasarruflarda da ehliyetle ilgili genel kural uygulanacaktı. Ancak, m. 22/5 ile ayrı bir hüküm getirilmiştir. Bu hükümlerle, tasarrufu yapanın milli hukukundaki bağlama noktası sabitleştirilmiştir. Ölüme bağlı tasarruf ehliyetine, tasarrufun yapıldığı andaki milli hukuk karar verecektir. Örneğin, vasiyetname yaşı bizde onbeştir.

Şekille ilgili olarak da, özel bir hüküm mevcuttur. M. 22/4, 6. maddeye gönderme yapmakta ve ölenin milli hukukuna uygun şekilde yapılan ölüme bağlı tasarrufları geçerli olarak kabul etmektedir. Yani, m. 6'ya göre, ölüme bağlı bir tasarruf, yapıldığı yerde geçerliyse, bizim hukukumuzda da geçerli olacaktır (LRA). Bir de m. 22/1 hükmü vardır. Buna göre miras, ölenin milli hukukuna tâbidir. Türkiye'de bulunan gayrimenkuller için Türk Hukuku uygulanır. Bu ikisi bir arada bulunabilir.



LRA'da atfa bakılmaz. Yani, m. 6'da artık atıf yapılmaz. Bu şekle bağlı olarak yapılan ölüme bağlı tasarruflar, şeklen geçerlidir.

Ölüme bağlı tasarrufların hüküm ve sonuçlarının içine mirastan iskat; vasiyeti tenfiz memuru atama; vakıf kurma; tasarruf nisapları; mahfuz hisse; ölüme bağlı tasarrufların iptali davası; mirasçı nasbı; miras sözleşmesinin ivazlı ya da ivazsız yapılabilmesi girer. Tüm bunlara miras statüsü uygulanır.

Ölüme bağlı tasarrufların, şekli başka statüye, ehliyeti başka statüye, hüküm ve sonuçları başka statüye tâbi tutulmuştur.

Vasiyet ile ilgili uluslararası bir sözleşme vardır: Vasiyetin Şekli Hususunda Lahey Sözleşmesi. Bu sözleşmenin amacı, vasiyet sözleşmelerini şeklen geçerli kılmaktır. Bu sözleşmede, karşılıklılık şartı da aranmamaktadır. Sözleşme, sekiz ayrı bağlama noktası getirmektedir: Gayrimenkulün bulunduğu yer hukukuna göre geçerliyse, geçerlidir; LRA; mirasbırakanın ölümü anındaki mutata mesken; mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufu yaptığı andaki mutata mesken; mirasbırakanın tasarrufu yaptığı anda vatandaşı bulunduğu devletin hukuku; mirasbırakanın ölümü anında vatandaşı bulunduğu devletin hukuku; mirasbırakanın ölümü anındaki ikametgâh hukuku ve tasarrufu yaptığı andaki ikametgâh hukuku.

BORÇLAR HUKUKU

Borçlar hukuku, bizim kanunumuzda bir madde (m. 24) ile düzenlenmiştir. Karşılaştırmalı hukukta ise oldukça ayrıntılı şekilde ve belirgin özelliği olan akit tipleri için farklı bağlama noktaları geliştirilerek düzenlenmiştir. Örneğin, tüketici sözleşmeleri, iş sözleşmeleri, fikri mülkiyet sözleşmelerinin her biri için farklı düzenlemeler ve özelliklerine göre farklı bağlama noktaları getirilmiştir. Bizim sistemimizde ise böyle değildir. Bizde bütün akitler, m. 24 hükmüne tâbidir. Bu bir eksikliktir.

Borçlar hukuku, uluslararası ticaretin temelidir. Borçlar hukuku, taraflara en çok irade muhtariyeti tanıdığı alandır. Taraflar, bu alanda belli çerçevede, istediği gibi sözleşme yapabilir. Borçlar hukukunun iç hukuklardaki bu sözleşme özgürlüğü, milletlerarası özel hukuka da yansımıştır. Milletlerarası özel hukukta da irade özgürlüğü gündeme gelmiş ve uluslararası alanda da taraflara böyle bir özgürlük tanınmıştır. Buna, sübjektif esasa göre akde uygulanacak hukukun tespiti denir. Sübjektif esasa göre, akde uygulanacak hukukun tespiti taraf iradeleriyle akde uygulanacak hukukun tespitidir. Bu, objektif iradelerin dışındadır.

Milletlerarası özel hukuktaki irade muhtariyeti ile uluslararası alandaki irade muhtariyeti birbirinden farklıdır. İç hukuktaki irade muhtariyeti, kanunun çizdiği sınırlar içinde tanınmıştır. Mesela, sözleşmeler BK m. 19 ve 20'ye aykırı olamaz. Milletlerarası özel hukuktaki irade muhtariyeti ise bundan farklıdır. Milletlerarası özel hukukta bir hukuk seçimi yapıldığı zaman, bu hukuk, tüm emredici, tamamlayıcı, düzenleyici kurallarıyla birlikte uygulanır. Örneğin, iki yabancı tacir, kendilerine uygulanmak üzere İtalyan Hukuku'nu seçmişlerdir. Böyle bir olayın önüne geldiği Türk Mahkemesi, Türkiye'nin emredici hukuk kurallarını uygulayamaz. Milletlerarası özel hukuktaki irade muhtariyeti, seçilen hukukun bir bütün olarak emredici, tamamlayıcı ve düzenleyici kurallarıyla birlikte uygulanmasını gerektirir. Kamu düzeni (m. 5) ve doğrudan uygulama kuralları ise her zaman vardır.

İrade muhtariyeti milletlerarası özel hukukta niye tanınmıştır? Hukuk seçimi sözleşmesi ile, milletlerarası yetki sözleşmesi birbirinden farklıdır. Hukuk seçimi sözleşmesi m. 24'te, milletlerarası yetki sözleşmesi m. 31'de düzenlenmiştir. Milletlerarası özel hukukta taraflara hukuk seçimi tanınması milletlerarası ticaretle ilgilidir. Milletlerarası ticarete, taraflar bir sözleşme yaptığı, zaman hangi hukukun uygulanacağını önceden bilmelidirler ki, akdi yükümlülüklerini yerine getirebilsinler. Milletlerarası özel hukukta, hukuk seçimi hemen hemen tüm dünya ülkelerince kabul edilmiştir. Bu, hukuki kesinlik ve güvenliği, öngörülebilirliği sağlar. Buna göre uyuşmazlık, hangi ülkenin mahkemesi önüne gelirse gelsin aynı hukuk uygulanır. Bu durum basitlik ve kolaylık sağlar. Ayrıca, taraf menfaatlerine de uygundur.

Hukuk Seçimi Nasıl Olmalıdır?

Üç türlü hukuk seçiminden bahsedebiliriz:

1- Hukuk Seçimi Açık Bir İrade Beyanıyla Yapılabilir

Örneğin, "işbu sözleşmeden doğan ihtilaflar, İngiliz Hukuku'na tâbidir" şeklinde bir beyan varsa, hukuk seçiminin açık irade beyanıyla yapıldığı söylenebilir. Hukuk seçimi sözleşmesi, ya esas

sözleşmeye konacak bir şart ile ya da bağımsız bir sözleşme şeklinde yapılabilir. Her iki halde de bu sözleşme, bağımsız bir sözleşmedir. Yani, esas sözleşme geçersiz olsa bile, bu şart geçersizlikten etkilenmez. Yani, bağımsız bir akitir.

2- Zımni İrade Beyanı ile Hukuk Seçimi

Zımni irade beyanında da aslında bir irade beyanı vardır. Ancak, üstü örtülüdür. Akdin genel hükümlerinden veya olayın genel durumundan makul bir kesinlikle bir hukuk seçiminin varlığı anlaşılabilir, zımni irade beyanı ile hukuk seçiminin var olduğu söylenebilir. Örneğin, sadece bir ülkenin hukukunda yer alan tip akitler (kanunda belirlenmiş akitler) seçilmişse, devam eden akitler varsa akdin dili, o dilin ait olduğu hukuk kavramları, o hukuk düzenine özgü şartlar, mükellefiyetler varsa, bir ülkenin örf ve adet kurallarına göndermede bulunulmuşsa, bunlar akit hükümlerinden anlaşılabilen hususlardır. Akit dışı olan hususlar ise, tarafların işyerlerinin bulunduğu yer, ikametgâh, hatta vatandaşlık gibi hususlar dikkate alınarak bir ülke hukukunun seçilmiş olduğu anlaşılabilir, zımni irade beyanı vardır, denebilir. Yetki sözleşmesinde sadece bir ülke mahkemesinin yetkili kılınması yetmez, diğer hususların da bunu desteklemesi gerekir.

3- Farazi İrade Beyanı ile Hukuk Seçimi

Bu durumda, gerçekte tarafların bir iradesi yoktur. “Bunlar, orta zekâlı, makul, basiretli bir tacir olarak seçim yapmış olsalardı hangi hukuku seçmiş olurlardı?” sorusunun cevabı, farazi irade beyanını verir. Buna hakim karar verir. Bu tür bir irade beyanı, hukuk sistemlerinde kabul edilmemektedir.

Kanunumuzdaki Durum

M. 24/1'e göre, açık bir irade beyanı ile hukuk seçiminin kabul edildiği söylenebilir. Lafzi yoruma bakıldığında, tarafların, uygulanacak hukuku açık olarak seçmeleri gerektiği düzenlendiği için, zımni irade beyanının kabul edilmediği söylenmektedir. Kanunun tarihi yorumuna başvurduğumuzda da, yine zımni irade beyanı ile hukuk seçiminin olmadığı görülür. A. Çelikel ve E. Nomer, hukukumuzda zımni irade beyanının kabul edilmediğini belirtirler. Fakat, 1990'dan sonra yazılan eserlere ve karşılaştırmalı hukuka bakılarak gai (amaçsal) yorum yapıldığında, kanunun amacı ve tarafların beklentileri ve uluslararası toplumun ihtiyaçlarına bakıldığında, zımni irade beyanının da kabul edilmesi gerektiği söylenmektedir. Zımni irade beyanında da aslında bir irade beyanı vardır. Fakat bu, yeterince açık değildir. Çoğunlukla kabul edilen, irade beyanı, “makul bir kesinlikle” anlaşılabilir, zımni beyanın da kabul edilmesi gerektirir.

Ayrıca, m. 24/1 hükmü ‘hukuk’tan değil, ‘kanun’dan bahsetmektedir. Bunun sebebi, atfi reddetmek amacıdır. Ancak bu şekilde yazılmasa da aynı sonuca ulaşılabilirdi. Taraflar, irade belirtmişse atfi zaten uygulanmayacaktır. Zira, tarafların iradesi, atfın reddine sebep olur.

Hukuk Seçimi Sözleşmesinin Geçerliliği Hangi Ülke Hukukuna Tâbidir?

Buna seçilen ülke hukuku karar verecektir. Hukuk seçimi sözleşmesi esas sözleşmeden bağımsız olduğu için, esas sözleşmenin geçersizliği, hukuk seçimi sözleşmesinin geçerliliğini etkilemez. Yani, esas sözleşme geçersiz, hukuk seçimi sözleşmesi geçerli olabilir.

Hukuk seçiminin bir sınırı var mıdır? Taraflar istediği hukuku seçebilirler mi? Mesela, Kayserili bir tacirle Konyalı bir tacir, kendilerine İngiliz Hukuku'nun uygulanmasını isteyebilirler mi? Kayserili bir tacirle, Konyalı tacirin aralarında doğacak ihtilafları İngiliz Hukuku'na tâbi kılmak istemeleri, geçersizdir. Zira, burada yabancılik unsuru yoktur. Hukuk seçimi sözleşmesi, yabancılik unsuru yoksa yapılamaz. E. Nomer ise, tarafların yabancı bir hukuku seçmeleriyle artık bu ihtilafların yabancı unsurlu bir nitelik taşımaya başladığını ve dolayısıyla seçilebileceğini söyler. Ancak bu görüşün çok da yerinde olduğunu söylemek mümkün değildir. Böyle bir durum, iç hukuka tâbidir.

Peki, seçilebilecek hukuk düzenleri açısından bir sınır var mıdır? Mesela, bir Türk tacirle Alman tacir satım sözleşmesi yapıyor. Sözleşme, Almanya'da ifa edilecektir. Taraflar kendilerine mesela İsviçre Hukuku'nun uygulanmasını isteyebilecekler midir? Kural olarak, bağlantısız bir ülkenin hukuku da seçilebilir. Uygulamada bu yönde seçimlerin kabul edildiği görülmektedir. Mesela, deniz ticareti hukuku alanında, İngiliz Hukuk çok gelişmiştir. Taraflar, bağlantı olmasa da deniz ticareti alanında İngiliz Hukuku'nu seçebilmektedirler. Ancak bunda da kötüniyetli olmamak aranır. Mesela, sırf hakimi uğraştırmak için, bağlantılı olmayan bir ülke hukukunun seçilmesi halinde, bu, kabul edilemez.

Milli karakteri haiz olmayan hukuk kuralları da seçilebilir mi? *lex mercatoria* uluslararası ticaretin uygulamalarından doğan ve milli devletlerin hukukundan bağımsız olarak ortaya çıkmış örf ve adet kurallarıdır. Uluslararası ticarete, yerleşmiş örf ve adet kuralları oluşmuştur. Bunu, tacirlerin kendileri oluşturmuştur. İlk olarak 10. yüzyılda ortaya çıkmış, sonra feodalitenin güçlenmesiyle ortadan kalkmış ve 18. yüzyıldan sonra yine uygulanmaya başlanmıştır. Günümüzde bu kurallar oldukça önemli bir hale gelmiştir. Bunlar, bir milli devletin parlamentosu tarafından kabul edilmemişlerdir. Uluslararası ticaretin kendine özgü örf ve adet kurallarıdır. Bunlar, bir milli hukuku sisteminin parçası değildirler. Bu konudaki bir görüşe göre, bunlar emredici kuralları bertaraf edemez, yedek hukuk kuralları olarak uygulanırlar. Buna karşılık, daha çok kabul edilmekte olan bir diğer görüşe göre ise, taraflara, hiç bağlantısı olmayan bir ülke hukukunu seçmesine izin verilip, örf ve adet kurallarının uygulanmaması bir tezattır. Bu hal, uluslararası ticaretin ihtiyaçlarına aykırıdır. Tarafların, bu tür kuralları seçmesine izin verilmelidir. Aslında bu kurallar, bir uyumsuzluğu her yanıla çözebilecek durumda da değildirler. Ayrıca bunların tespitinde de belirsizlik vardır. Bunlara rağmen uluslararası tacirler, örgütler kurarak kendi aralarındaki örf ve adet kurallarını kodifiye etmiş ve yayımlamışlardır. Mesela, uluslararası bir nitelik taşıyan Paris Ticaret Odası'nın üyeleri, tüm dünyadaki ticaret odalarının üyeleridir. Paris Ticaret Odası, Fransız Hukuku'ndan bağımsızdır. PTO, kendi alanındaki kuralları kodifiye ederek yayımlamakta ve belirsizlikleri ortadan kaldırmaktadır. Mesela, nakliye sigortasının satıcı tarafından ödeneceğini belirleyen CIF satış; teslimin gemi bordasında yapılacağını belirleyen FOB satış gibi uygulamalar, PTO'nun yayımladığı broşürlerde yayımlanmış olduğu şekillerdir. Bizim mahkemelerimiz de bu bunları, bir kanun hükmü gibi uygulamaktadır. PTO, birçok alanda broşürler yayımlamıştır. Mesela, akreditife ilişkin uluslararası kurallar, PTO tarafından kodifiye edilmiştir. Bunlar hep *lex mercatoria*'nın bir parçasıdır. Özetle, *lex mercatoria*, uluslararası kuruluşların kodifiye ettiği kurallardır.

Bunlardan başka, bir de uluslararası kamu kuruluşları vardır. Mesela, UNCITRAL, UNTAD, BM. Bunlar, kendi alanlarında kurallar yayımlıyorlar. Bu kurallar da *lex mercatoria*'nın parçası haline gelmiştir. Devletler umumi hukukunun genel prensipleri, genel hukuk prensipleri de (ahde vefa, iyiniyet gibi) *lex mercatoria*'nın parçasıdır. Yine, sektörel uluslararası örgütler vardır. Dünya Hububat Odası, Milletlerarası Mühendis ve Müşavirler Birliği (FIDIC). Bunlar da kendi alanlarına ilişkin kurallar yayımlamaktadırlar. Yine bu kurallar da *lex mercatoria*'nın bir parçasıdır.

Uluslararası ticaretin mahkemesi, uluslararası tahkimdir. Hakemler ihtilaflarda *lex mercatoria*'yı uygulamaktadırlar. Bu kuralların milli mahkemelerde uygulanıp-uygulanmayacağı ise, o ülkenin kanunlar ihtilafı kurallarına bağlıdır. M. Aygül'e göre, bizim kanunumuzu da amaçsal yorumlamak lazımdır ve taraflar *lex mercatoria*'ya atıf yapmışlarsa, öncelikle ve tamamıyla bu kurallar uygulanmalıdır. Zira, tarafların menfaati ve uluslararası ticaretin menfaatleri bunu gerektirir.

Belirli akitler bakımından bir sınır var mıdır? Karşılaştırmalı hukukta vardır. İrade muhtariyeti sınırlandırılmıştır. Bizim kanunumuzda akitlerin her biri ayrıca ve açıkça düzenlenmediği için, bir sınır yoktur.

Kısmi hukuk seçimi mümkün müdür? Bölünebilir bir kısmı varsa, mümkündür. Ancak bölünememektedir, bu mümkün değildir. Ancak, akit yapma ehliyeti (m. 8) ve şekli (m. 6) bakımından genel kurallar geçerlidir.

Hukuk seçiminin zamanı var mıdır? Yoktur. Hukuk seçimi esas akitle birlikte veya daha sonra ya da mahkeme önünde dahi yapılabilir. Ama bu hukuk seçimi, üçüncü kişilerin haklarını da ihlâl etmemelidir.

Objektif Esasa Göre Akde Uygulanacak Hukukun Tespit Edilmesi

Mecliste, bir MÖHUK tasarısı vardır. Bu, m. 24'ü tamamen değiştirmekte ve zımni iradeyi de kabul etmektedir. Tasarı, AB hukukundan hareketle hazırlanmaktadır. AB hukukunda bu konuda 1990 tarihli bir Roma Sözleşmesi vardır. Bu sözleşmeye sadece üye devletler katılabilir. Yani bu bir AT sözleşmesidir. Kanunlar ihtilafı kuralları 1997'ye kadar topluluğun yetki alanı dışındaydı. Bu konuda tüzük, yönerge vs. çıkarılamazdı. Kanunlar ihtilafı kuralları açısından yetkisi yoktu. Ülkeler bunu bir ihtiyaç olarak görmüş ve kanunlar ihtilafı kurallarını yeknesaklaştırmayı düşünmüşlerdir. Bu amaçla da bu sözleşme yürürlüğe girmiştir. Tüm üye devletler bu sözleşmeye katılmak zorundadır.

Taraflar bir hukuk seçimi yapmamışlarsa, ihtilaf, objektif esaslara göre belirlenecek hukuka tâbidir. Buna göre, m. 24/2 hükmüne bakılır. Borcun ifa yeri hukuku, bir bağlama noktası oluşturur. Eğer birden fazla ifa yeri varsa, borç ilişkisinin ağırlığını tespit eden yer hukuku uygulanacaktır. Bu, karakteristik edimin ifa yeri hukukudur. Karakteristik edim, bir sözleşmeyi diğerlerinden ayıran edimdir. Mesela, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde genellikle bir taraf para öder. Para ödeme akdi karakterize etmez. Zira, bir satım sözleşmesinde de kira sözleşmesinde de para ödenmesi söz

konusudur. Burada, akdi diğerlerinden ayıran, paranın karşılığında alınan edimdir. Mesela, satım sözleşmesinde satıcının; kira sözleşmesinde kiralaayanın; eser sözleşmesinde müteahhidin edimi, karakteristik edimdir. Yine, taşıma sözleşmesinde taşıyıcının; tüketici sözleşmelerinde satıcının; iş akdinde işçinin edimi, karakteristik edimdir.

Örneğin, Roche ile Eczacıbaşı arasında bir lisans sözleşmesi vardır. Bu tip bir sözleşmede lisans verenin (Roche) borçları, formülü vermek; yan etkilerini, hatta deney sonuçlarını bildirmek; hammaddeyi vermek; ilacın kullanım şeklini söylemek; ilacın geliştirilmesiyle ilgili olarak işbirliği yapmak. Lisans alanın (Eczacıbaşı) borçları ise, ilacı üretmek; pazarlamasını yapmak; ilacın geliştirilmesine katkıda bulunmak; lisans bedelini ödemek. Bu tür bir sözleşmede karakteristik edim, hangi tarafın edimidir? Burada karakteristik edimin belirlenmesi çok mümkün değildir. Yine, franchising sözleşmelerinde de karakteristik edimin belirlenmesi kolay değildir. Bunu için başka yollar aranmıştır. Mesela İsviçre, daha çok lisans verdiği için hareketle, lisans verenin hukukunun uygulanacağına dair hükümler getirmiştir. Bizim kanunumuzda bu konuda hüküm bulunmamakla birlikte, tasarıda, lisans veren devlet hukukunun uygulanması konusunda hükümler mevcuttur. Karakteristik edimin tespitinin mümkün olmadığı bu gibi hallerde sıkı irtibatlı hukuka bakılır. Akit, hangi ülkeyle daha sıkı ilişki içindeyse, o hukuk uygulanır.

Atıf konusuna gelince; sıkı irtibatlı hukuk konusunda atıf reddedilmektedir. Ancak borcun ifa yeri ve karakteristik edimin ifa yeri konusunda atıf kabul edilmektedir.

Roma Sözleşmesi, 3. maddesinde hukuk seçimini düzenler. Buna göre, taraflar uygulanacak hukuku açıkça seçmişlerse ya da bu hukuk olaydan anlaşılabilirse, o hukuk uygulanır. Ama tüketici ve iş akitlerinde hukuk seçimi sınırlanmıştır. İş sözleşmelerinde, işçinin işi ifa ettiği yer; tüketici sözleşmelerinde tüketicinin mutad mesken hukuku uygulanır. Sözleşme, 4. maddesinde birinci bağlama noktası olarak sıkı irtibatlı hukuk seçilmiştir. Sıkı irtibatlı hukuk, her mahkemeye göre değişebilir. Hatta uyuşmazlığın tarafları, mahkemeye gidene kadar uygulanacak hukuku bilemeyebilirler. Bu, güvensizlik demektir. Uluslararası ticarete ise, hukuki güven ve istikrar çok önemlidir. AB, uygulanacak hukukun önceden tespiti için bu nedenle bazı karineler kabul etmiştir. Bu karineler şunlardır:

- ? İlk karine, karakteristik edim borçlusunun mutad mesken hukukudur.
- ? İkinci karine, mutad mesken daha çok gerçek kişiler için söz konusu olduğundan, ortaklıklar için ortaklık merkezinin bulunduğu yer hukuku uygulanır denmiş.
- ? Üçüncü karine olarak; akit, bir kişinin mesleğinin icrasıyla ilgiliyse, onun işyerinin bulunduğu yer hukuku uygulanmalıdır.

Bunlar birer adi karinedir. Bunların aksini iddia eden, ispat etmelidir. Önemli olan, sıkı irtibatlı hukukun uygulanmasıdır.

Tüketici ve iş akitlerine uygulanacak hukuk, sözleşmenin 5. ve 6. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, iş sözleşmelerinde işçi, işini nerede ifa ediyorsa, o yer hukuku uygulanır. Tüketici akitlerinde ise, tüketicinin mutad mesken hukuku uygulanır. Akit, bir gayrimenkulün aynına ya da kullanımına ilişkinse, akit ile gayrimenkulün bulunduğu yer sıkı irtibatlıdır (LRS).

Nakliye sözleşmelerinde, taşıyıcının işyeri, nakliyenin yapıldığı yer ise, oranın hukuku uygulanır.

Bizde, tüm akitler için MÖHUK m. 24 hükmü kabili tatbiktir. İfa yerini bırakmak, bizde de Roma Sözleşmesi'ne geçmek gereklidir. Zira, uluslararası ticaret bun gerektirmektedir.

Akit Statüsünün Kapsamı

Akit statüsü, akitle ilgili tüm hukuki sorunlara uygulanacaktır.

Uygulama Alanı İçinde Kalan Haller

- ? Akdin kuruluşu ve geçerliliğine, akit statüsü uygulanır. Akit icap ve kabulle kurulur. Bu icabın nasıl yapılacağı; icapla bağlılık süresi; kabul beyanının nasıl olması gerektiği (şekil hariç); akdin hata, hile ve ikrah gibi sebeplerle geçersizliği; sözleşme öncesi sorumluluk (culpa in contrahendo) gibi hallerde akit statüsü uygulanacaktır. Mesela, taraflardan birisi bir icapta bulunuyor, karşı taraf ise susuyor. Bu susmayla sözleşmenin kurulmuş olup-olmadığı da akit statüsüne tâbidir. Kamu düzeni istisnası ise her zaman saklıdır.
- ? Akdin ifası; borçların ve edimin nasıl yerine getirileceği; ifanın yeri ve zamanı, üçüncü kişilerce yapılıp-yapılmayacağı; ödemezlik def'i de akit statüsüne tâbidir. Fakat ifanın usûlü, yapılış tarzı,

ifa yeri hukukuna tâbidir. Euro'nun Hukuki Araçlara Etkisi ile Akaryakıt Tüketim Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un m. 6/3 hükmüne göre, ödemenin hangi para birimiyle yapılacağına da ödeme yeri hukuku karar verecektir. Bunun sebebi, pratik zaruretlendir.

- ? Akdin ihlâlinin sonuçları da akit statüsünün uygulama alanındadır. Karşı tarafın hakları; dönüp-dönemeyeceği; dönebilirse neleri geri isteyebileceği; faiz; tazminat gibi hususlar da akit statüsüne tâbidir.
- ? İbra; ifa; takas; alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi ve bu hallerde borcun sona erip-ermediği gibi hususlar ve borcu sona erdiren sebepler de akit statüsüne tâbidir. Yine, zamanaşımı da akit statüsüne tâbidir.

Uygulama Alanı Dışında Kalan Haller

- ? Kamu düzeni
- ? Ehliyet (akit yapma ehliyeti m. 8'e tâbidir)
- ? Şekil (akit yapma şekli m. 6'ya tâbi)
- ? İspata ilişkin sorunlar da usûl hukukunu ilgilendirdiğinden, lex foriye tâbidir
- ? İfanın yapılış tarzı, ölçme ve tartmanın nasıl yapılacağı gibi hususlar da ifa yeri hukukunun uygulama alanındadır
- ? Ödemenin hangi para birimiyle yapılacağı da akit statüsünün uygulama alanı dışındadır.
- ? Ayrıca, doğrudan uygulama kuralları da her zaman kabili tatbiktir. Akit statüsü ne derse desin, hakimin hukukunda doğrudan uygulama alanına giren bir kural varsa, doğrudan uygulama kuralları uygulanacaktır.

Hakemlik sözleşmesinde karakteristik edim, hakemin edimidir. Ancak bu, hakem ile taraflar arasında yapılan bir sözleşmedir. Bu, sözleşmelere konan tahkim şartından farklıdır. Burada da akdi bir ilişki vardır. Bu nedenle de m. 24 uygulanacaktır. Hakem, edimini tahkim yerinde ifa edecektir. Hakemler, maddi hukuk kurallarına bağlıdır. Ancak hakeme, hakkaniyete göre çözme yetkisi verilmişse, hakem bu şekilde çözümleyebilir.

ULUSLARASI TİCARETTE KULLANILAN TESLİM ŞEKİLLERİ (INCOTERMS = International Commercial Terms)

Bu kurallar, milletlerarası ticaret odası tarafından kodifiye edilmiştir. Paris Ticaret Odası, tüm ticaret odalarına uygulamakta oldukları örf ve adet kuralların sormakta ve daha sonra bütün dünyada benimsenmiş ortak kuralları tespit etmektedir. Bundan sonra da PTO, bu kuralları kodifiye eder. Incoterms de bu şekildedir. Bizim mevzuatımızda bu konuda düzenleme yoktur.

Uluslararası ticarete bu teslim şekilleri niçin kabul edilmiştir? Taraflar, bu kurallardan birini seçmek suretiyle malların teslim şeklini, nefi ve hasarın hangi anda geçeceğini, nakliye masraflarının kime ait olacağını belirlemiş olmaktadır. Dört tane şekil kabul edilmiştir. Bunlar, %90 oranında satım sözleşmelerine uygulanır. Bu şekiller şöyle gruplandırılabilir:

E Grubu

Ex works teslim (işyeri teslimi). Uygulamada bu İngilizce kavramlar kullanılmaktadır. Konya'daki bir tacir de ihracat yaparken, İngilizce bilmese bile ex works teslim der. Ex works teslim, satım konusu malların, satıcının teslimiyle sorumluluğunun sona ermesini ifade eder. Malların nakliyeciyeye teslimiyle, nefi ve hasar alıcıya geçer. Yani, nakliye ve sigorta gibi masraflar, artık alıcıya ait olur. Ex works teslimde satıcının malları yükleme zorunluluğu bile yoktur. Sözleşmeye satıcının işyeri yazılır: "Ex works Konya" gibi.

F Grubu

Bu grupta üç çeşit teslim şekli vardır. Bunlardan en çok kullanılanı FOB (free on board = gemi bordasında teslim) satıştır. Burada, satıcının sorumluluğu yükleme limanına kadardır. Mal, gemi bordasına aktarıldığı anda, nefi ve hasar alıcıya geçer. Nakliye ve sigorta masrafları, artık alıcıya aittir. İhraç işlemleri satıcı tarafından yapılır. Gemiyi kural olarak alıcı tayin eder. Burada FOB satışlarda hangi limandan yükleme yapılacaksa o limanın adı yazılır. "FOB Marmara" gibi.

C Grubu

C grubunda dört tür teslim vardır. Bunlardan en çok kullanılanları CIF satış (cost insurance freight = masraflar, sigorta ve navlun ödenmiş olarak teslim) ve CFR satıştır. CIF satış, malların yükleme limanında gemi bordasına yüklenmesiyle birlikte, satıcının sorumluluktan kurtulduğu teslim şeklidir. Artık nefi ve hasar alıcıya aittir. Satıcı, asgari bir sigorta yaptırma yükümlülüğü altındadır. Ancak bu, kapsamlı bir sigorta değildir. Alıcı, bir sigorta daha yaptırmak zorunda kalabilir. Nakliyeciyile sözleşme yapma yükümlülüğü satıcıya aittir. Burada varış limanının adı yazılır. Örneğin, "CIF New York". CFR satışın, CIF satıştan farkı, satıcının sigorta yaptırma yükümlülüğünün olmamasıdır.

Teslim limanı, FOB satışta Marmara olduğundan, Türk Hukuku uygulanır. CIF satışta da ifa yeri, yine yükleme limanıdır. Zira, yükleme anında sorumluluk bitmektedir.

D Grubu

Bu grup teslim şekli, uygulamada pek de kullanılmaz. Bu konuda mesela, sınırda teslim vardır. Sınırda tüm sorumluluk satıcıya aitken, sınırda alıcının nakliyecisine teslim edilmesiyle birlikte alıcıya geçer. Rıhtımda teslimde ise, mallar rıhtıma inene kadar nefi ve hasar satıcıya aittir. Bir de alıcının işyerinde teslim vardır. Satıcı, burada malı alıcıya kadar götürmektedir. Bu teslim şeklinde ihracat işlemlerini ve alıcının kendi ülkesindeki ithalat işlemlerini de satıcı yapmaktadır. Ancak buna pek itibar edilmemektedir. Satıcının, başka bir ülkenin ithalat mevzuatını bilmesi pek mümkün değildir. Bu sonucusu, satıcının sorumluluğunun azami olduğu şekildedir.

Taraflar, bu terimlerden bir tanesini seçerler ve bununla birlikte, tarafların sorumlulukları, nefi ve hasarın hangi andan itibaren geçeceği de belirlenmiş olur.

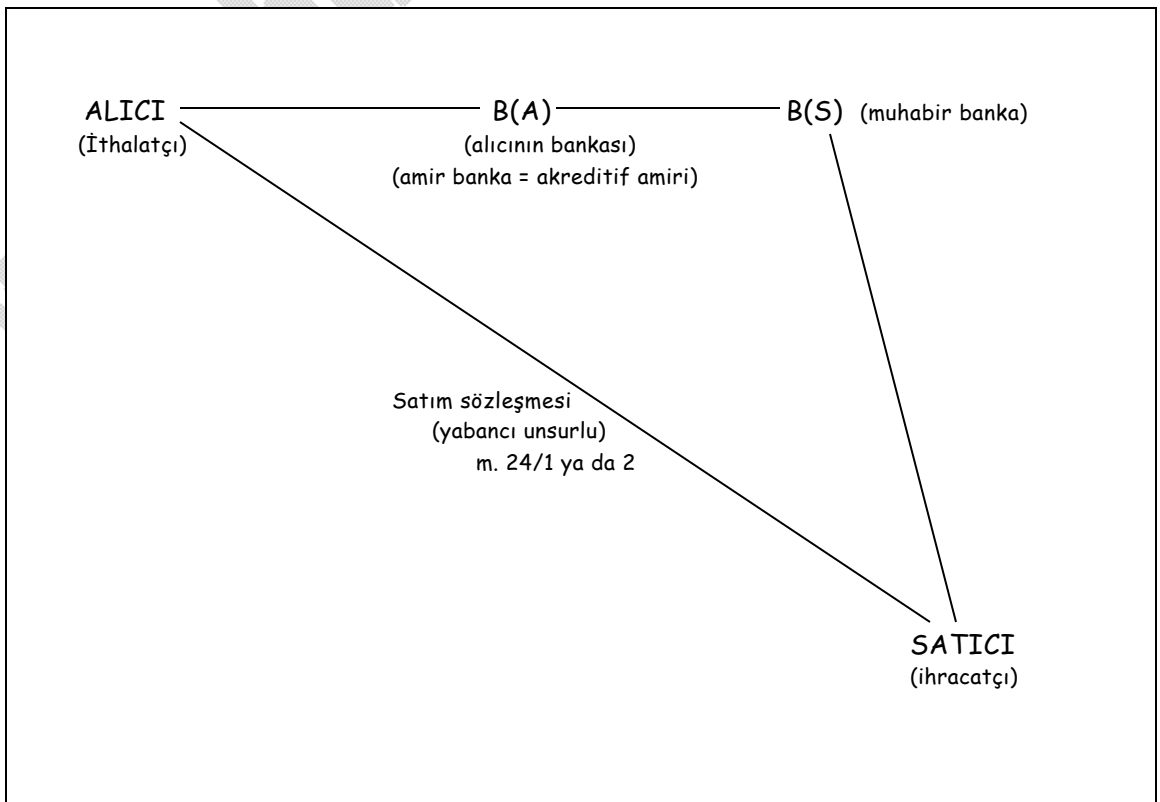
ULUSLAR ARASI TİCARETTE ÖDEME YÖNTEMLERİ

Uluslararası ticarete pek çok ödeme yöntemi olmakla birlikte, bunlardan iki tanesi öne çıkmaktadır:

1. Akreditif (letter of credit = L/C)
2. Belge mukabili tahsil
- 3.

Akreditif

Uluslararası ticarete taraflar, farklı ülkelerdendir. Mesela, Konya'daki satıcı, İsveç'teki alıcı olan Volvo'ya araba parçası satacaktır. Taraflar ilk defa ticaret yapmaktadırlar ve birbirlerini tanımamaktadırlar. Satıcı, malları teslim ettikten sonra acaba parasını alabilecek midir? Yine alıcı, parayı ödedikten sonra malları teslim alabilecek midir?



Banka bir belge düzenler (küşat mektubu). Burada akreditifin ne kadar olduğu, hangi şartlarda ödeneceği, kimin lehine akreditif açıldığı ve akreditifin niteliği yazılır. Banka iki sebeple akreditif açar: Ya alıcının bankada parası vardır ya da banka alıcıya kredi açar. Banka, burada alıcıdan komisyon alır. Banka, alıcının emriyle küşat mektubunu düzenledikten sonra amir banka, satıcının ülkesindeki bankasıyla diyaloga geçer ve açılan akreditifi satıcıya ihbar etmesini ister. Satıcının bankası bu akreditifin doğruluğunu, sahte olmadığını teyit ederek satıcıya ihbar eder. Bu banka da komisyon alır. Bundan sonra, satıcının akreditifi alabilmesi için bazı belgeleri teslim etmesi gerekir. Konişmento, sigorta belgeleri, fatura, gümrük belgeleri ve diğer belgeler vs. bu belgeleri alıcı tayin eder ancak fatura ve konişmentonun bulunması zorunludur. Malın alıcı tarafından gümrükten çekilebilmesi için bu belgelerin teslim edilmesi zorunludur. Satıcı, belgeleri bankaya ibraz ederek parasını alır. Yani satıcı, malı yükleyip konişmento alacak ve faturayı keserek bu belgeleri bankaya teslim ederek parasını alacaktır. Böylece satıcı parasını, alıcı da malları almayı garantileyecektir.

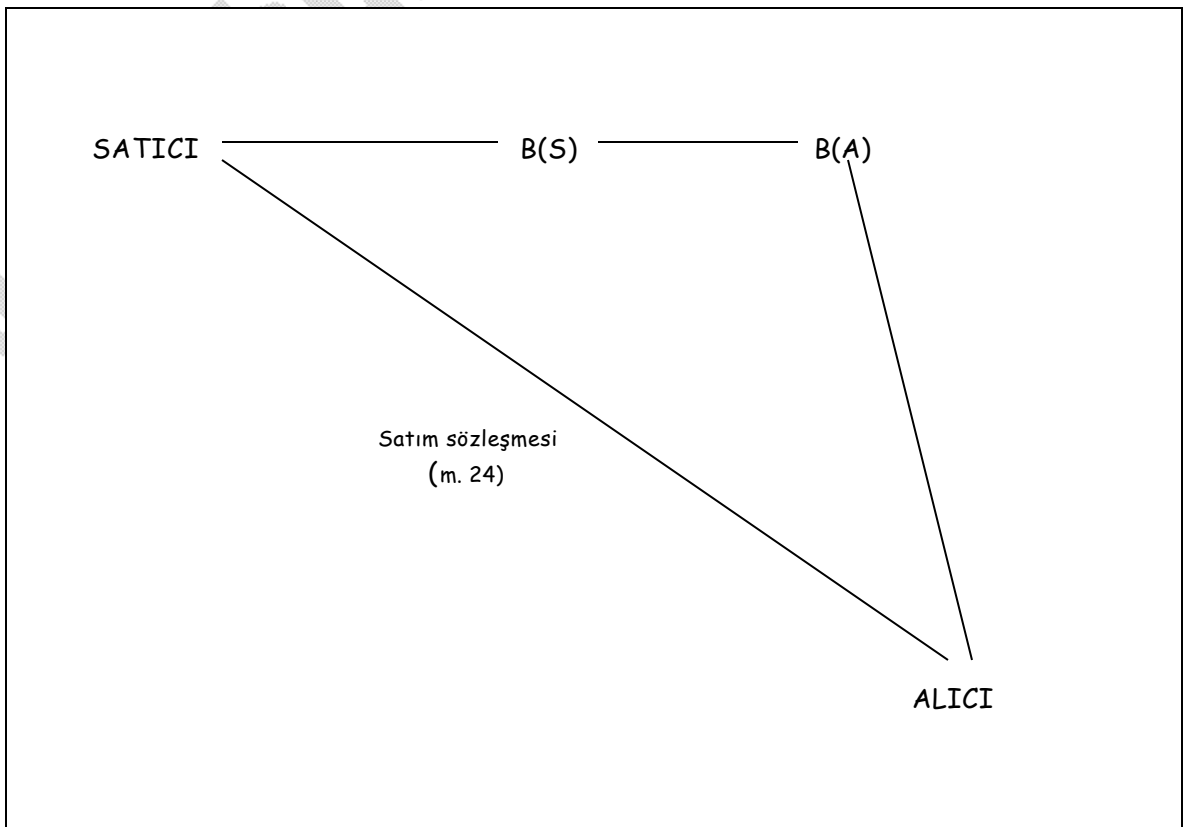
A ile B(A) arasındaki ihtilaf, yabancı unsurlu olabilir. Bu durumda bankanın edimi, karakteristik edimdir. Hukuk seçimi yapılmamışsa, o uygulanır. Bankalar arasında ise, amir bankanın edimi, karakteristik edimdir. B(S) ile satıcı arasında bir ilişki yoktur. B(S), sadece ihbar etmektedir. Muhabir bankanın akit dışı sorumluluğu vardır. Banka, yanıtacak işlem yapamaz, akreditifin doğru olup olmadığını kontrol eder. Bu belgelerin ibraz süresi kural olarak 21 gündür. Bu süre içinde ibraz edilmezse, akreditif düşer ve yeniden akreditif açılması gerekir. Akreditif amiri bu süreyi uzatabilir.

Akreditif Çeşitleri

Dönülebilir akreditifte, satıcı akreditiften dönebilir. Dönülemez akreditifte (gayrikabili rücu) ise, belli bir sürenin geçmesinden sonra, dönme mümkün değildir. Teyitli ve gayrikabili rücu varsa, B(S) de sorumlu olur. Vadeli akreditif de vardır. Mesela, belgelerin ibrazından 30 gün sonra para alınması, böyledir. Teyitli akreditif, muhabir bankanın, amir bankanın borcunu garanti etmesidir. Bunu yapması, bir garanti sözleşmesi ile olur.

Belge Mukabili Tahsil

Satıcı, alıcıyla bir satım sözleşmesi imzalıyor ve satım konusu malları temsil eden belgeleri (taşıma senedi, fatura, sigorta belgeleri gibi) kendi ülkesindeki bir bankaya vererek, belgeleri alıcıya ulaştırmasını ve malı almasını ister. Ya da satıcı, B(S)'yi atlayarak, direkt alıcının bankasıyla da irtibata geçebilir.



Satıcıyla B(S) arasında hukuk seçimi yoksa, bankanın edimi karakteristik edimdir. B(S) ile B(A) arasında alıcının bankasının edimidir. Zira, tahsilatı yapan odur. Alıcı bankanın hukuku uygulanmalıdır.

Alıcı için bu sistem daha lehedir. Satıcı burada risk altındadır. Alıcı parayı yatırmazsa mal geri gelecektir. Akreditif yolunda ise, para, mallar gelince ödenir.

MİLLETLERARASI USÛL HUKUKU

Milletlerarası kelimesi, gerçek anlamda bir milletlerarası hukuk olduğu anlamına gelmemektedir. Her devletin kabul ettiği usûl hukuku kaynakları vardır. Milletlerarası kelimesi burada, yabancılik unsurunu belirtmek için kullanılır. Milletlerarası usûl hukuku, tamamen iç hukuktan kaynaklanmaz. Bu konuda uluslararası sözleşmeler de vardır. Ama bu anlaşmaların varlığı, milletlerarası usûl hukukunun niteliğini değiştirmemektedir. Yine, teamüller de, milletlerarası usûl hukukunun kaynaklarındandır.

Bir devlet, hangi yabancı unsurlu davalara bakabilecektir? Bunun için devletin yargı hakkının olması gerekir. Bazen devletin o konuda yargı hakkı bulunmayabilir. Mesela, ABD, İskenderun limanından Irak'a bomba atarken, bombanın bir tanesi tarlaya düşüyor ve bütün mahsül yok oluyor. Tarla sahibi, burada ABD'yi dava edemeyecektir. Böyle bir olayda, Türkiye'nin yargı hakkı yoktur. Devletlerin kamu gücünü kullanmasıyla meydana gelen uyuşmazlıklarda dava hakkı yok; özel hukuk kökenli ihtilaflarda ise, dava hakkı vardır. Yargı hakkı, egemenlik hakkının bir uzantısıdır. Uluslararası teamül kuralları bunu sınırlandırabilir böyle bir durumda bir devlet, diğerini mahkemelerinde yargılayamaz.

Milletlerarası Usûl Hukukunun Kapsamı

Yabancıların, bir ülkenin mahkemesinde hak arayıp-arayamayacakları hususu yabancılara tanınmış bir hak mıdır? Bir dava açma hakkı karşılık şartına bağlanamaz. Yine, bir yabancıнын ülkeye girmesi, dava açma hakkını ortadan kaldıracaksa, yasaklanamaz. Ancak bu kimse, ülkeye girmesi yasak kişilerdence, bu takdirde devletin menfaati öne alınabilir. Dava açma hakkının yasaklanamaması ve kısıtlanamaması, hak arama hürriyetinin doğal bir sonucudur. Hak arama hürriyeti, uluslararası hukuka uygun olmak kaydıyla sınırlandırılabilir. Mesela, bizim hukukumuzda, yabancıların dava açabilmeleri için teminat yatırma zorunluluğu getirilmiştir.

MÖHUK'ta mütekabiliyet şartı bertaraf edilmiştir ancak, milletlerarası usûl hukukunda vardır. Mesela, teminat, tenfiz, hakem kararlarının tanınması ve tenfizi durumlarında hâlâ vardır. Mütekabiliyet şartı, politik bir şarttır. Kökeni comitas gentiuma kadar gider ve devletlerin işbirliği esasına dayanır. Ama bazı durumlarda devletlerin dışında bireylerin hakları söz konusudur. Dolayısıyla, bir bireyin hakkının kabul edilip-edilmeyeceğinin bir şarta bağlanması doğru değildir. Yani, bir bireyin hakkına kavuşabilmesi, ülkesinin diğer ülkeyle iyi ilişki içinde bulunmasına bağlı olması durumu ortaya çıkmaktadır ki bu da yerinde olmasa gerektir.

Karşılıklılık şartı, hakem kararlarında da aranır. Ancak bazı hakem kararlarının milliyeti tespit edilemez. Örneğin, Paris Ticaret Odası'nın, başka hiçbir ülkede bulunmayan birtakım tahkim kuralları vardır.

Milletlerarası usûl hukukunun kapsamında dava ehliyeti, taraf ehliyeti, davayı takip ehliyeti, kaziye-i muhkeme, yabancı ülkeye tebligat, yabancı ülke mahkeme kararlarının tanıma ve tenfizi, hakem kararlarının tanınması ve tenfizi gibi hususlar da vardır. Milletlerarası usûl hukuku, ne özel hukuk, ne de kamu hukuku karakterlidir. Milletlerarası usûl hukuku, özel hukuktan kaynaklanan usûl hukukunu konu edinir.

Milletlerarası Usûl Hukukunda Lex Fori Prensibi

Yargılama usûlüne ilişkin sorunlar, lex foriye tâbidir. Bir mahkeme, hangi devlet tarafından kurulmuşsa, o mahkemenin nasıl çalışacağı, yargılamayı nasıl yapacağı hususları mutlaka o devletin kurallarına göre belirlenmelidir. Bu, yabancı bir hukuka tâbi kılınamaz. Yabancı bir hukuk, bir devlet mahkemesinin nasıl çalışacağını, nasıl yargılama yapacağını söyleyemez. Bu durum, usûl kurallarının niteliğinden kaynaklanır. Ayrıca, maddi hukuk açısından doğru bir karara varılabilmesi için hangi usûl kaidelerinin uygulandığının bir önemi de yoktur.

Milletlerarası unsurlu davalarda da usûl hukuku ile ilgili bir meseleyle karşılaşıldığında, hakimin hukuku uygulanır. Bu durum, birtakım zorlukları da beraberinde getirebilir. Mesela, bir konunun usûl hukukuna mı yoksa maddi hukuka mı ait olduğunun belirlenmesi gibi.

Dava şartları, usûl hukukuna ait bir konudur ve nelerin dava şartı olduğu, hakimin hukukuna göre belirlenir. Bizim hukukumuzda dava şartları, hakimin re'sen gözetmek zorunda olduğu ve davanın her aşamasında kontrol edeceği şartlardır.

DAVA ŞARTLARI

_____	Mahkemeye İlişkin (yargı hakkı, adli/idari görev)
_____	Taraflara İlişkin (dava ehliyeti, taraf ehliyeti, davayı takip yetkisi. Dava ehliyeti ve hak ehliyetinin milli hukuka tâbi olduğu kuralının istisnasıdır)
_____	Dava Konusuna İlişkin (Kaziye-i muhkeme, hukuki yarar)

Davayı takip yetkisi, kural olarak ihtiyaridir ve usûl hukukundan ya da maddi hukuktan kaynaklanabilir. Davayı takip yetkisi, usûl hukukundan kaynaklanıyorsa, hakimin hukukuna; maddi hukuktan kaynaklanıyorsa, ilgilinin milli hukukuna tâbidir.

Bazı hallerde davayı takip yetkisi, maddi hukuktan da kaynaklanabilir. Mesela, müşterek maliklerden bir tanesinin, malı korumak için dava açıp-açamayacağı meselesi maddi hukuka ilişkindir ve bu nedenle de lex foriye tâbi değildir.

Dava ehliyeti, kişiye karşı dava açılıp-açılmayacağını belirler. Mesela, bir çocuk dava ehliyetine sahip değildir, fakat taraf ehliyeti vardır. Yine, iflas halinde, iflas memurunun davayı takip yetkisi vardır. Bu, usûl hukuku karakterlidir ve bu nedenle lex foriye tâbidir. Bazen savcılarının da davayı takip yetki vardır. Bu da, usûl hukuku karakterli olup, lex foriye tâbidir. Eşin dava ehliyeti ise, maddi hukuk karakterlidir.

Türk hukukunda tüzel kişiliği olmayan ortaklıkların taraf ehliyeti yoktur. Ama dava ehliyeti kabul edilmiştir. Bir görüşe göre, ortaklığın fiili idare merkezine göre dava ve taraf ehliyeti varsa, Türkiye'de de kabul edilmelidir.

SORU : İşlem güvenliği, dava ve taraf ehliyeti bakımından da uygulanabilir mi? Yani, kendi hukukuna, yani şahsi statüsüne göre dava ve taraf ehliyeti olmadığı halde, Türkiye'de dava ve taraf ehliyeti varsa, bu kişi davalı ve davacı olabilir mi?

Bir borç akdiyse, bir ticari ilişki söz konusu ise, işlem güvenliği uygulanır. Ancak velayet gibi bazı aile hukuka ilişkin hallerde işlem güvenliği istisnası uygulanmaz. İşlem güvenliği istisnası, m. 8/2'deki şartlar varsa uygulanır.

İspat ve Deliller

İspata ilişkin sorunlar, lex foriye tâbidir. Bu bağlamda, ispat araçlarının neler olduğu, bunların kabul edilebilirliği, delillerin ikamesi gibi hususların tamamında lex fori uygulanır. Hakimin hukukuna yabancı ispat araçlarının uygulanması kabul edilemez. Bunlar, hakimin hukukunda bir ispat aracı olarak kullanılamaz. Dolayısıyla, hangi delillerin kesin delil olduğu, delillerin ispat gücü gibi hususlar da hep hakimin hukukuna tâbidir.

Bir vakayı kimin ispat edeceği (beyyine külfeti = ispat yükü) meselesine gelince, MK m.6'ya göre, ispat yükü, iddiada bulunana ait olup maddi hukuka tâbidir. Bu bağlamda, birlikte ölüm karineleri, özelliği olan karineler maddi hukuk kaynaklıdır. Dolayısıyla, hakimin hukukuna değil, hüküm statüsüne tâbi kabul edilir. Haksız fiilden dolayı ispat yükü varsa, haksız fiil statüsüne; akit ise, akit statüsüne tâbi olacaktır. Ancak ispat külfeti, maddi hukuka ilişkin olmayıp da, tarafların dava sırasındaki davranışlarına göre belirlenirse, bunlar lex foriye tâbi olurlar. Örneğin, tarafın isticvaba gelmemesi, delillerini sunmaması gibi hususlar, hakimin hukukuna tâbidirler.

Delil Çeşitleri

Bunlar, MÖHUK'ta özelliği olan delillerdir.

Senet, ikiye ayrılır: Adi senet ve resmi senet. Senetlerin ispat gücü, lex foriye tâbidir. Örneğin, imzası ikrar edilmiş olan senet kesin delildir. Ancak adi senedin ispat gücü, hakimin hukukuna tâbidir. Resmi senetlerin de ispat gücü hakimin hukukuna tâbidir. Yabancı ülkede resmi olarak düzenlenen senedin Türk hukukunda resmi senet olarak kabul edilebilmesi için bazı şartlar vardır. Buna göre, böyle bir senedin resmîlik sıfatını, düzenlendiği yer hukukuna göre belirleriz. Resmi olarak düzenlenen senet, takdiri bir delildir. Yani, resmi senet gücünde değildir. Böyle bir senedin Türkiye’de de resmi senet olarak kabul edilebilmesi için o ülkedeki Türk Konsolosluğu tarafından tasdik edilmesi gerekir. Bu konuda 1961 tarihli bir Lahey Sözleşmesi vardır. Hemen hemen tüm Avrupa ülkelerinin taraf olduğu bu sözleşme, yabancı ülkelerde düzenlenmiş olan resmi senetlerin tasdik mecburiyetinin kaldırılması hakkındadır. Buna göre, resmi senedin, düzenlendiği devletin resmi makamları, senedin resmi olduğunu tasdik ederse, o senet konsolosluk tasdikinden muaftır. Buna Apostille Şerhi (tasdik şerhi) denilmektedir. Bununla, bir senedin resmi sıfatını haiz olduğu tasdiklenmiş olur. Ancak bu, yalnızca sözleşmeye taraf olan devletler için geçerlidir. Türkiye de bu sözleşmeye taraftır. Bizim hukukumuzda bu tür resmi senetler ikiye ayrılmıştır: Adliyeler tarafından verilen ve diğer senetler. Adliyeler tarafından verilen senetlerde apostille şerhini Adalet Komisyonu verir. Adliyeler dışında apostille şerhini ise, valilikler verir. Yabancı bir ülkeden gelen kararın tanınması için konsolosun tasdiki ya da apostille şerhi gerekir.

Yemin, bilirkişi de lex foriye tâbidir. Şahitlik bakımından, kimin şahit olacağı, şahitlikten imtina hakkının olup-olmadığı, şahidin beyanlarının gücü hakimin hukukuna tâbidir.

Milletlerarası Yetki

Milletlerarası anlamda üç değişik yetki vardır:

1. Yargı Hakkı (Yetkisi) (Kaza Hakkı)
2. Kaza hakkının varlığından sonra o yer mahkemelerinin yetkili olup-olmadığını; yetkili ise, hangisinin yetkili olduğunu gösteren milletlerarası yetki
3. Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde yetki

1) Yargı Hakkı

Yargı hakkının kaynağı, uluslararası hukuktur. Devlet bu hakkı uluslararası hukuktan alır. Uluslararası hukukta bu hakkın sınırlandırıldığı bazı haller vardır. Mesela, devlet, bir başka devletin başkanını yargılayamaz. Yine, yargı hakkından feragat mümkündür (kapitülasyon). Bu hallerde yargı hakkı yoktur. Kural olarak her devletin yargı hakkı vardır. Anayasa m. 9’a göre, yargı hakkı, bağımsız mahkemelerce kullanılır. Bu yargı hakkının sınırları uluslararası hukuka göre çizilir.

Öncelikle yargı hakkının olup-olmadığı, sonra ise görevli mahkeme incelenir. Devletler genel hukuku, uluslararası hukuk, devletin yargı hakkını çok geniş tutmuştur. Ancak burada, uluslararası hukuktan gelen istisnalar da vardır. Bir devlet, diğer bir devleti yargılayamaz. Devletlerin yargı muafiyetleri vardır. Diğer bir ifadeyle, bir devlet, diğer bir devlet üzerinde yargı hakkına sahip değildir. Fakat I. Dünya Savaşı sonrasında bu anlayış değişmiştir. Devlet artık uluslararası alanda sadece kamu gücüne dayanarak bulunmamakta, özel hukuk ilişkileri içerisine de girmektedir.

Devletlerin yargı muafiyetleri konusunda üç görüş vardır:

a) **Mutlak Muafiyet** : Bir devlet, her türlü yargı faaliyetinden bağımsızdır. Dolayısıyla, diğer bir devlet, Türk mahkemelerinde yargılanamaz. 1982’ye dek bizde bu anlayış geçerliydi.

b) **Sınırlı Muafiyet** : Bu görüş, devletin fonksiyonları bakımından ikiye ayrılır: Devletin hakimiyet tasarrufları ve temsil tasarrufları. Hakimiyet tasarrufları, devletin, kamu gücünü kullanarak yaptığı tasarruflardır. Temsil tasarrufları ise devletin, üstün kamu gücünü kullanmadan yaptığı, eşit hukuki ilişkililerdir. Mesela, devletin bir satım, kira ya da eser sözleşmesi yapması. Devlet, bunlarda Borçlar Kanununa tâbi olur. Hakimiyet tasarruflarında devletin yargı muafiyeti tam iken; temsil tasarruflarında ise devletin yargı muafiyeti yoktur.

c) **Yargı Muafiyetinin Olmadığı Görüşü** : Bu anlayışta prensip, yargı muafiyetinin tamamen kaldırılmasıdır. Belki birkaç istisna kabul edilebilir. Bizim hukukumuzda MÖHUK m. 33’te düzenlenmiştir. Örneğin, ABD’ye ait bir ticaret gemisi, bir Türk armatörünün gemisine kusurlu olarak çarparsa, burada ABD’nin yargı muafiyeti yoktur. Ancak bu gemi, bir askeri gemi olsa ve İskenderun limanından Irak’a bomba atarken bir çiftçinin tarlasına zarar verse, burada ABD’nin yargı muafiyeti söz konusu olacaktır. Zira, burada kamu kudretinin kullanılması söz konusudur.

Yani, ihtilafın doğduğu uyuşmazlığın karakterine bakılır. Buna göre, ABD gemisi mazot olmaya gelirken bir yaliya çarparsa, burada da yine yargı muafiyeti olmayacaktır. Zira, bu da özel hukuk karakterli bir uyuşmazlıktır.

Yabancı bir devlet bir gayrimenkul kir alıyor ve kira bedelini ödemiyor. 1982 yılına dek, Yargıtay'a göre dava açılmazdı. Ancak bu anlayış bugün yoktur. Bu da bir özel hukuk karakterli uyuşmazlıktır, dava açılabilir. Yabancı devlete açılacak davalarda tebligat, büyükelçiliğe yapılabilir (m. 33/2).

Ancak, yargı muafiyeti olsa da, bir devlet bu hakkından tek taraflı olarak feragat ederse, dava görülebilir. Mesela, çiftçinin açacağı davada ABD, yargı muafiyetinden feragat ederse, bu dava görülebilir.

Devlet başkanlarının da yargı muafiyetleri vardır. Bunlarda da yine özel hukuktan kaynaklanan yargı muafiyeti tanınmamaktadır. Fakat bunlara cebri icra uygulanamaz. Diplomatik ilişkiler hakkındaki 1961 tarihli Viyana Sözleşmesi, diplomatik temsilcilere ceza hukuku bakımından tam bir muafiyet tanımıştır. Türkiye de bu sözleşmeye 1984'te taraf olmuştur. Bu sözleşmeyle tanınan ceza alanındaki muafiyet, özel hukuk alanında ise tanınmamıştır. Aynı hak davaları; diplomatik temsilcinin kendi adına yaptığı miras işlemleri; başka bir meslek icra etmekteyse, bundan doğan ihtilaflarda da yargı muafiyeti tanınmamıştır. Diplomasi temsilcilerinin aileleri de aynı muafiyetlerden yararlanır. Son olarak, diplomatik temsilcilere kendi haklarında açılan davalarda tebligat kendilerine değil, devletlerine yapılmalıdır.

2) Milletlerarası Yetki

Milletlerarası yetki, yabancı unsurlu bir davada yargı hakkının nasıl kullanılacağını gösteren kurallardır. Medeni Usûl Hukukunda yetki denilince ise, yer bakımından yetki akla gelir. Her devlet yabancı unsurlu ilişkilerde bağlantının nasıl olacağına kendisi karar verir. İki Alman vatandaşının Türkiye'deki boşanmalarında hangi mahkemenin yetkili olacağı, devletin bu boşanma davasına bakıp-bakamayacağı konusu buraya dahildir. Bu konuda uluslararası hukuktan gelen bir sınırlama yoktur, devlet kendisi belirler. Milletlerarası yetki kuralları iki şekilde düzenlenir:

- Milletlerarası davalar için özel yetki kuralları kabul edilebilir. Böyle bir düzenleme varsa, iç hukuk için ayrı yetki kuralları, uluslararası hukuk için ayrı yetki kuralları söz konusu olur.
- Her ikisi için ayrı düzenleme yapılmaz. İç hukuktaki yetki kurallarına gönderme yapılır. Yani, çifte fonksiyonu vardır. Bu yöntem, eleştiriye açıktır.

Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, m. 27'de düzenlenmiştir. Türkiye'deki yetki kuralları, çifte fonksiyona sahiptir ama sadece bununla yetinilmemiş, bazı durumlarda özel yetki kuralları da getirilmiştir. Ama esas olarak iki sistem benimsenmiştir. Milletlerarası bir davanın Türk mahkemelerinde görülebilmesi için iç hukuk bakımından yetkili bir mahkeme olmalıdır. Yoksa, dava, yargı hakkının olmasına rağmen, Türkiye'de görülemez.

HUMK m. 9'a göre, genel yetkili mahkeme, davalının ikametgâhı mahkemesidir. Bu yoksa, son oturduğu yerdir. Milletlerarası bir davada, davalı Türkiye'deyse, o yer mahkemesinde, yani ikametgâh veya son oturduğu yer mahkemesinde dava açılabilir. Medeni Kanunda ikametgâhın iki şartı gerçekleşmişse, Türkiye'de ikametgâhı vardır denilir. Yabancıların ikamet tezkeresi almış olması, onun Türkiye'de Medeni Kanun anlamında ikametgâhı olduğu anlamına gelmez.

Bir Türk vatandaşı, Türkiye dışında ikametgâh edinebilir mi? Türk Medeni Kanununda ikamet tekliği prensibi vardır. Yani, bir Türk vatandaşı, iki yerde ikametgâh edinemez. Yani, kişinin yurt dışında ikametgâhı olabilir ancak, bu durumda Türkiye'de ikametgâhı yoktur. Yargıtay, bir kararında Türk vatandaşlarının nüfusta kayıtlı olduğu yerde ikametgâhlarının olduğu yönünde bir içtihatla bulunmuştur. Kişi, 30 yıldır yurt dışında çalışmaktadır, eşi orada, çocukları da yine yurt dışında öğrenim görmektedir. Yargıtay'ın bu kararına göre, kişinin ikametgâhı yine Türkiye'dedir. Bunu değiştirmek için ya o ülkenin vatandaşlığına geçmesi ya da başvuruda bulunması gerekir. Burada, vatandaşlığa eş bir ikametgâh anlayışı görülmektedir. Bu, Medeni Kanundaki ikametgâh anlayışına terstir. Adam geçici olarak yurt dışına gitse, belki bu görüş kabul edilebilir ancak daimi suretle yurt dışında bulunan bir kimse hakkında bu yönde karar verilmesi yerinde değildir. Yargıtay, bu kararıyla Anglo-Sakson hukukuna, İngiliz hukukuna yakın bir anlayışa yaklaşmış olmaktadır.

Vatandaşlık ile ikametgâh kavramları birbirinden farklıdır. Bir kimse Türk vatandaşı olsa bile, Türkiye'de ikametgâhı olmayabilir. Biz, MK'daki ikametgâh anlayışını benimseyeceğiz. Oturma izni ile ikametgâh aynı şey değildir. Oturma izninde yerleşme niyeti yoktur. Eşler Türkiye'de oturuyorken, yabancı ülkede boşanma davası açamayacakları söylenemez.

Münhasır Yetki

Bir kural, o davaya sadece Türk mahkemelerinin bakacağını söylüyorsa, münhasır yetki kuralı vardır. Örneğin, bir yabancı mahkeme, Türkiye'deki bir gayrimenkulün aynına ilişkin olarak karar verirse, bu, Türk hukukuna göre kabul edilemez. İfa yeri Türkiye ise, Türk mahkemeleri yetkilidir. Yine, akitlerde, akit Türkiye'de yapılıyorsa, Türk mahkemeleri yetkilidir.

Akitlerde, akit statüsü tespit edildikten sonra, lex causae karar verir. Akit statüsüne göre olduğuna göre, HUMK m. 10'daki ifa yeri akit statüsüne göre belirlenir. Aysel Çelikel ise, lex fori uygulanacağını ifade etmektedir.

Haksız fiillerde ise dava, HUMK m. 21'e göre, fiilin gerçekleştiği yer ya da davalının ikametgâhı mahkemesinde görülür. Fiille zararın farklı yerlerde olması durumunda ne olacaktır? Bu durumda her iki mahkeme de yetkili olabilir. Yargıtay da bunu kabul etmiştir.

HUMK m. 16 hükmüne göre, Türkiye'de ikametgâhı olmayanlar aleyhindeki mal davaları, Türkiye'de sakini buldukları yer mahkemesinde, bu yoksa, malların bulunduğu ya da teminatlı ise, teminatın bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. Dava dışı, malın bulunduğu yer mahkemesi de yetkilidir. Malın kıymeti konusunda bir sınır yoktur. Bu yetki kuralı, milletlerarası usûl hukukunda aşkın yetki olarak adlandırılır. Aşkın yetki, yeterli bir kıstas olmadan, bir ülkenin mahkemelerinin yetkili kılınmasıdır. Söz konusu mal, kıymetsiz de olabilir. O mahkemelerde yeterli bir bağlantı, yetki kıstası yoktur. İngiliz ve Amerikan mahkemelerinde aşkın yetki pek çıkmaz, genellikle yetkisizlik kararı verirler. Bizde aşkın yetki görülmektedir.

Sigorta davalarında da yetki, HUMK m. 19 hükmünde gösterilmiştir. İç hukuktaki her yetki kuralı, aynı zamanda milletlerarası usûl hukukunda da geçerlidir. Bundan başka, iflas davalarında, muamele merkezinin olduğu yer yetkilidir. Bazı davalarda ise, özel yetki kuralları getirilmiştir.

Özel Yetki Kuralları

1) Türk Vatandaşlarının Kişi Hallerine İlişkin Davalar

MÖHUK'un yürürlüğe girmesinden önce, Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davaların tümü Türkiye'de görülmek zorundaydı. MÖHUK m. 28 ile artık Türk mahkemeleri münhasıran yetkili olmaktan çıkarılmıştır.

Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davalar için Türkiye'de bir mahkemenin hazır bulundurulması sağlanmıştır. Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davalar, yabancı mahkemeler önünde görülebilecektir. Bunun bazı şartları vardır:

- ? Kişi hallerine ilişkin bir dava olmalı (velayet, nesep, boşanma gibi)
- ? Taraflardan birinin Türk vatandaşı olması yeterlidir
- ? Türkiye'de iç hukuk bakımından yetkili bir mahkeme bulunmamalıdır.

Yabancı ülkede dava açılmamış ya da açılmamış olması ifadesiyle, derdestlik durumu kabul edilmiştir. Yabancı derdestlik, m. 28 ile m. 31'de kabul edilmiştir. Yetkili mahkeme, ilgilinin sakin olduğu yer, bu yoksa Ankara, İstanbul, İzmir mahkemeleridir.

2) Yabancıların Kişi Hallerine İlişkin Davalar

Bazı davalar bakımından Türk mahkemeleri yetkili görülmüştür (m. 29).

3) Miras Davaları

Murisin son ikametgâhı mahkemesi yetkilidir (HUMK). MK'da da aynı kural vardır. Son ikametgâhı Türkiye'de değilse, terekeye dair hükümler gereği, malların olduğu yer mahkemesi yetkilidir.

Murisin malları Türkiye'deyse, Aysel Çelikel, Türk mahkemelerinin yetkili olduğunu söylemektedir. Musa Aygül'e göre, kanun açıktır. Son ikametgâh mahkemesi yetkilidir. Aksi halde, malların olduğu yerde görülür.

Türk mahkemelerinin yetkisi yokken açılmış bir dava, mahkemenin re'sen gözeteceği bir durum değildir ve karşı taraf da buna itiraz etmemişse, yetkisiz mahkeme, yetkili hale gelir (MÖHUK m. 27). Dava konusu ihtilafın da buna müsaid olması gerekir. Mesela, bu durum, bir boşanma davasında söz konusu olamaz.

Yetki Anlaşması

Medeni usûl hukukunda olduğu gibi, devletler özel hukukunda da yetki anlaşması ile, yetkili

olmayan bir mahkeme yetkili kılınmaktadır. Yetki anlaşmasında taraf iradeleri önemlidir. Yetki anlaşması iki şekilde yapılabilir:

- ? Yetkili olmadığı halde Türk mahkemeleri seçilebilir
- ? Türk mahkemelerinin yetkisi olmasına rağmen, yabancı bir ülke mahkemesi seçilebilir

Bunlar birbirinden farklı hükümlerdir ve kanunda da farklı yerlerde düzenlenmiştir. Türk mahkemelerinin seçilmesini düzenleyen ayrı bir kural yoktur. Türk mahkemelerinin yetkisi, m. 27 hükmüdür. İç hukuka göre de yetki, HUMK hükümlerince belirlenir. Hangi şartlarda seçim yapılabileceği, Türk hukukuna tâbidir. Bunun için iki şart aranır:

- ? Yazılı olmalı (geçerlilik şartıdır)
- ? Hukuki ilişki belirli ya da belirlenebilir olmalıdır

Mesela, taraflar, Türk mahkemelerinin yetkili olduğunu belirtmişlerse, burada mahkeme belirli ya da belirlenebilir değildir. E. Nomer'e göre ise, ifa yeri İstanbul olan bir sözleşmede, ihtilafları konusunda Türk mahkemelerinin yetkili olduğu yönünde bir ifade varsa, belirlenebilir nitelikte olduğundan, böyle bir yetki anlaşması geçerli kabul edilmelidir. M. Aygül de böyle düşünmektedir. Yani, iç hukukta yetki belirlenebiliyorsa, objektif kısıtlara göre belirlenebilen bir mahkeme ortaya çıkıyorsa, geçerli kabul edilmelidir.

Tarafların iradesine bırakılan her konuda yetki sözleşmesi yapılabilir.

Yabancı Mahkemelerin Seçimi

Yabancı mahkemelerin seçimi m. 31'de düzenlenmiştir. Yabancı mahkeme seçimi, aslında Türk mahkemeleri yetkiliyken, yabancı bir mahkemenin yetki sözleşmesi ile yetkili kılınmasıdır. Bunun şartları, m. 31'de belirtilmiştir:

- ? Yabancılık unsuru taşıyan bir sözleşme olmalı
- ? Yetkinin kamu düzenine veya münhasır yetkiye ilişkin olmaması gerekir. Bunlar daha çok Borçlar Hukukuna, Ticaret Hukukuna ait konulardır. Türkiye'deki bir gayrimenkule ilişkin olarak yabancı mahkeme seçimi yapılamaz. İş, sigorta ve tüketici akitlerinde ise, M. Aygül'e göre, bu sözleşmelerde davayı zayıf tarafın açması kaydıyla yapılabilir.
- ? Yabancı mahkeme belirli ya da belirlenebilir olmalıdır.

Kanunda bir şekil öngörülmemiştir ancak uygulama yazılı şekil üzerinedir. Seçilen mahkemenin bu yetki sözleşmesine göre yetkili olup-olmadığı ise o ülkenin mahkemesince belirlenir. Yani bunun tespiti, MÖHUK m. 31'e göre değil, lex foriye göre yapılır. M. 31'in sebebi, Türk hukukuna tesiri bakımındandır. Bu konuda iki kavram karşımıza çıkmaktadır: Münhasır Yetki ve Münhasır Etki.

Münhasır Yetki : Bir kural, münhasır yetki kuralıysa, o kuralın kapsamına giren tüm uyuşmazlıklar o ülkenin hukukuna tâbidir. Türkiye'deki gayrimenkullerin aynına ilişkin davaların Türkiye'de görülmesi gibi.

Münhasır Etki : Münhasır etki söz konusu olduğunda, dava, sadece seçilen mahkemede görülür. Bu anlamda m. 31, münhasır etkiye sahip bir kuraldır. Kamu düzeni veya münhasır etkinin bulunmaması halinde taraflar, bir ülke mahkemesini yetkili kılarak uyuşmazlığın orada sonuçlandırılmasını isteyebilirler.

Yargıtay'ın verdiği kararlarda, 1998 yılında dek münhasır etkiyi kabul etmediği görülür. Kanuna bakıldığında ise, münhasır etkinin varlığı görülür.

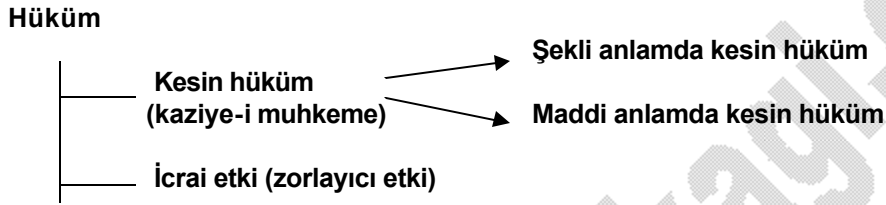
Bir dava Türk mahkemelerinde açıldığında, yetki ilk itirazında bulunulabilir. Eğer yurtdışında açılmış bir dava, Türkiye'de de açılırsa, derdestlik itirazı yapılır. Yabancı mahkeme kendini yetkisiz sayarsa, Türk mahkemeleri tekrar yetkili hale gelecektir (m. 31). Ama o ülkede fiilen dava açılmıyorsa, hak arama hürriyeti ortadan kalkmışsa (savaş hali vs.), Türkiye'de de dava açılabilir.

Burada tenfiz şartı aranabilir mi? Derdestlik itirazında davacı, yabancı ülkeden alınacak kararın tenfizinin mümkün olmadığı itirazında bulunursa, haklı mıdır? Haklı değildir. Tenfiz edilmeme itirazı dikkate alınmaz. Zira, tenfiz daha sonraki bir konudur. Bir Alman ile Türk tacir, yaptıkları sözleşmede Hamburg mahkemelerini yetkili olarak belirlemişlerdir. Alman vatandaşı, Türk

vatandaşının ikametgâhı olan Alanya mahkemelerinde dava açmıştır. Türk vatandaşı olan davalı da yetki itirazında bulunmuştur. Alman davacı da bunu hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirmektedir? Hangisi haklıdır? M. 31, başka hiçbir şeye bakmaksızın münhasır etkiye sahiptir. Tarafların iradeleri önemlidir. Belki Türk vatandaşının, davanın Almanya'da görülmesinde menfaati vardır. Ayrıca her iki ülkenin kanunlar ihtilafı kuralları farklıdır. Yani, yetkisizlik itirazı burada bir hakkın kötüye kullanılması niteliğinde değildir.

Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi (m. 34)

Bir mahkeme, kendi egemenlik yetkisine istinaden adalet dağıtır. Uluslararası hukuk tarafından kendisine tanınmış olan adalet dağıtma hakkını kullanır. Bazen yabancı bir ülkeden alınan ilamın da bir başka ülkede hüküm ve sonuç doğurmasına müsaade edilmiştir. Uluslararası mücemele (nezaket ve işbirliği) gereği buna izin verilmiştir. İlk çıkış noktası burasıdır (Grotius). Daha sonra müktesep hak esası söz konusu olmuştur. Örneğin, bir boşanma kararı diğer bir ülkede tanınmazsa, o birey zarar görür. Ayrıca tanıma ve tenfiz kabul edilmezse, topal hukuki işlemler ortaya çıkar. Usûl ekonomisi de bunu gerekli kılmaktadır. Tanıma ve tenfiz, her ülkede değişik şartlara bağlanmıştır.



Şekli anlamda kesin hüküm, kanun yollarının kapalı olmasıdır. Maddi anlamda kesin hüküm ise, hükmün muhtevasının kesin olması, bir daha o konunun ihtilaf konusu yapılamamasıdır. Örneğin, gaiplik kararı, şekli anlamda kesindir fakat maddi anlamda bir kesinlik taşımamaktadır. Nafaka davası da böyledir. Gaiplik kararından sonra hakkında gaiplik kararı alınmış olan kişi gelebilir ve bu durumda aynı konu yeniden ihtilaf konusu yapılabilir. Yani, bu karar, maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez.

Maddi anlamda kesin hükmün iki etkisi vardır: Olumlu etki ve olumsuz etki. Olumlu etki, maddi anlamda kesin hükmün, kesin delil niteliğinde olmasıdır. Olumsuz etki ise, kesin hüküm olması, bir daha ihtilafa konu olamayacak olmasıdır.

Tanıma : Yabancı bir ilamın kesin hüküm kuvvetinin diğer bir ülkede kabul edilmesidir.

Tenfiz : Yabancı ilamın, icrai etkisini kabul edilmesidir.

Tanımadaki icrai etki yoktur. Bu nedenle tanıma, daha hafif şartlara tâbi tutulmuştur. Kesin hükmün durumu, cebri icradan bağıştır.

Kararlar, eda, tespit ve inşai olmak üzere ayrılabilir. Tespit kararlarının ve inşai kararların tanınması yeterliyken; eda kararlarının tenfizi gereklidir. Bir yabancı ilamın kesin delil kuvvetinin kabul edilmesi derken, sonuçlar Türk hukukuna göre olur. Kesin hüküm kuvvetinin ne şekilde sonuç doğuracağı Türk hukukuna tâbidir. İhtilafsız kaza kararları ve tespit kararları tanımaya tâbidir.

Tanıma iki şekilde olur:

1. Görülmekte olan bir dava sırasında
2. Bağımsız olarak

Görülmekte olan bir davada ilgili kişi, kesin delilden yararlanmak istemektedir. Mesela, davalı, davacıdan alacaklı olduğuna dair bir yabancı ilama sahipse, mahkeme, tanıma şartları da varsa o kararı tanır ve kesin delil olarak kullanılmış olur. Nafaka, velayet davalarında yabancı mahkemeden alınmış boşanma kararları ileri sürülebilir.

Tanıma, bağımsız olarak da olabilir. Örneğin, yabancı bir ülkede sonuçlanmış olan boşanma davasının kararının tanınması amacıyla mahkemeye başvurulabilir.

Tanıma ve Tenfizin Önşartları

Bu şartlar olmadan, diğer şartlara geçilmez:

1) Tanınacak kararlar, özel hukuka ilişkin kararlardır. Önemli olan ilamın niteliğidir. Hangi mahkemenin karar verdiği önemli değildir. Hangi ilamların özel ya da kamu hukukuna ait olduğu bir vasıflandırmadır ve hakimın hukukuna göre belirlenir. Bireysel iş hukukundan doğan kararların da tanınması ve tenfizi mümkündür. Dava masrafları, özel hukuka aittir. Bunların da tanınması ve tenfizi mümkündür. İflas kararı, tenfize ait bir karardır.

BMW şirketi, bir müşteriye araba satıyor. Araba nakliye sırasında çiziliyor fakat şirket bunu boyayarak müşteriye teslim ediyor. Otomobilin değer kaybı 4.000 dolardır. Müşteri, mahkemeye gidiyor. Mahkeme, 4.000 dolarlık değer kaybının yanında 1 milyon dolar da cezai nitelikte bir tazminata hükmediyor. Böyle kararlar Türk hukukunda kabul edilecek midir? Doktrinde, fahiş olmadığı sürece kabul edilmesi gerektiğini söyleyenler olduğu gibi, ağırlıklı görüş, bu tür cezai nitelikteki tazminat kararlarının (punitive damages) tenfizinin Türkiye’de mümkün olmadığı şeklindedir. Zira, bu cezai nitelikte bir karardır. Bizim mevzuatımızda ise yeri yoktur.

2) “Yabancı” mahkemeden alınmış bir karar olmalıdır. Karar, egemen bir devlet adına faaliyette bulunan bir mahkemeden alınmalıdır. Kararı veren mahkemenin ülkesinin tanınmış olması da şart değildir. Devlet artık ortadan kalkmışsa, o devletin verdiği tararların tanınması ve tenfizinin de mümkün olmadığı ifade edilmektedir.

3) Yabancı “mahkemeden” verilmiş bir karar olmalıdır. Örneğin, Danimarka’da, boşanmaya, belediyeledi bir kurum karar verir. Böyle bir durumda, bu kurumun verdiği kararlar Türkiye’de tanınmaz ve tenfiz edilemez. Tâlâk, hukuki işleme gerçekleşmişse, yine, tanınmaz ve tenfiz edilemez. Ama ortada bir mahkeme kararı varsa (onaylatılmışsa vs), tenfiz edilebilir.

4) Kesinleşen mahkeme kararları tanınabilir ve tenfiz edilebilir. Bu kararların kesinleşip-kesinleşmediği bizim hukukumuzda göre değil, kararı veren yabancı mahkeme hukukuna göre belirlenir. Çoğunluk, şekli anlamda kesinliğin yeterli olduğu görüşündedir. Bizim hukukumuzda göre, hiçbir şekilde kesinlik taşımayan kararların tanınması ve tenfizi mümkün değildir. Tanımayan ve tenfiz edilmeyen kararlar, HUMK’a göre takdiri delil olarak kullanılabilir.

5) Exequatur (tenfiz kararı)

Bu konuda değişik sistemler vardır:

- ? Provizyon Sistemi : Yabancı ilamın tanınması ya da tenfize karar verilirken, yabancı mahkeme kararları yeniden gözden geçirilir. Mahkemenin esasa uygulanacak hukuku doğru uygulayıp-uygulamadığı denetlenir. Buna göre hakim, yabancı mahkeme kararı, kendi hukukuna uygunsa tenfiz kararı verir. Eğer ortada uygun bir karar yoksa, tenfizi reddeder. Burada vaka ve deliller yeniden değerlendirilerek bir revizyona tâbi tutulur.
- ? Tenfiz Davası Sistemi (Actio Judicatio) : Yabancı ilam, bir dava yoluyla icra edilmeye çalışılır. Yani, dava yoluyla yabancı ilamın icrası mümkün kılınır. Mahkeme, şartları varsa tenfiz kararı verir. İngiltere’de uygulanan sistem budur.
- ? Tescil Sistemi : Daha çok, sıkı işbirliği içerisinde olan ülkeler arasında uygulanır. Eskiden İngiltere veya İrlanda’dan verilen bir kararın İskoçya’da yerine getirilmesi, tutulacak bir kayda bağlıydı.
- ? Exequatur (Kontrol Sistemi) : Mahkeme sadece tenfiz şartları açısından hükmü gözden geçirir ve şartları varsa tenfiz eder. Bu sistemde mahkeme, yabancı mahkeme kararının içeriğini inceleyemez. Bunun tenfiz davası sisteminden farkı, bir tenfiz kararı verildiğinde, ilamın yeniden yazılmamasında kendini gösterir. Mahkeme, ilamı yeniden yazma, yalnızca “tenfize” demekle yetinir. Oysa, tenfiz davası sisteminde, yeni bir karar yazılır. İcra makamları, kendi ülke mahkemesinin kararını yerine getirirler. Bizde bu sistem uygulanmaktadır. İcra edilen karar, yabancı mahkeme kararıdır. Yani, revizyon yasağı vardır (revision aufond). Tenfiz hakimi, yabancı ilamın tenfize karar verirken bunu denetleyemez. Ancak tenfiz şartları bakımından inceleme yapılır. Bizde bu, çok katı uygulanmıyor. Tenfiz şartları, içeriğe bakmayı da gerektiriyorsa, tenfiz hakimi içeriğe de bakabilir. Ama bu sadece içeriğe bakmanın zorunlu olması halidir.

Tenfizin Asli Şartları

Tanımaya daha hafif şartlara tâbi kılınmış iken; tenfiz, daha ağır şartlara tâbi tutulmuştur. Tenfizin asli şartları şunlardır (m. 38):

- ? Müttekabiliyet Şartı : Kanunda düzenlenmiş ilk şart, müttekabiliyet şartıdır. (a) bendine göre, o

ülkeyle Türkiye arasında bir anlaşma bulunmalı, tenfizi mümkün kılan bir kanun hükmü olmalı veya fiili bir uygulama olmalıdır. Bunlardan bir tanesinin bulunması yeterlidir. Karşılıklılık, mahkemenin ait olduğu ülkeyle aranır, yoksa davanın taraflarının tâbiyetine bakılmaz. Mütakabiliyet, aslında uluslararası bir diplomatik şarttır. Karşılıklılık, devletlerin ilişkileriyle ilgilidir. Devletin karşılıklılık şartını aramasının amacı, kendi kararlarının da tanınmasıdır. Tanıma ve tenfizde sadece karşılıklılık yetmez, bunun yanında başka şartlar da aranır. Bir kararın tanınıp-tanınmamasından bireyler zarar görecektir. Bir mahkeme kararıyla, yabancı bir ülkede bir kimse açısından müktesep hak doğmaktadır. Ama bu hakkın tanınması karşılık şartına bağlanmaktadır. Yani, devletler arası ilişkilerin kötü olması, bireyleri etkilemektedir. Burada devletlerin değil, bireylerin menfaati söz konusudur. Ayrıca bu şart, kolay kolay tespit edilebilecek bir şart da değildir. Akdi ise, tespit edilebiliyor ama diğer durumlar için ve her konuda ayrı ayrı değerlendirme yapmak gerektiği düşünülürken, durum biraz zorlaşmaktadır.

? İlamın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması : Bir yetki kuralının münhasır yetki kuralı olması halinde, o ilam, Türk mahkemeleri tarafından tanınmaz ve tenfiz edilmez. İç hukuktaki kesin yetkiyle, milletlerarası usûl hukukundaki münhasır yetki aynı değildir. Yabancı ilam, bizim münhasır yetki alanına ilişkin kabul ettiğimiz bir konudaysa, tenfiz edilmez. Mesela, HUMK m. 13 gereği, Türkiye'deki gayrimenkullerin aynına ilişkin davalarda Türkiye münhasır yetkilidir. Bu yönde yabancı bir ülkeden alınmış karar tanınmaz ve tenfiz edilmez.

ABD'deki bir boşanma davasında, eşlerin mallar paylaşılırken, Türkiye'de bulunan gayrimenkuller de paylaşılıyor, bu karar tenfiz edilebilir mi? Yine, miras davalarında, murisin son ikametgâhının Türkiye olmasına rağmen, Türkiye'deki bir gayrimenkulün taksimine ilişkin bir yabancı karar, Türkiye'de tenfiz edilebilir mi?

Burada öncelikle ihtilaf gayrimenkulün aynına mı ilişkindir, yoksa başka sebeplerle mi ortaya çıkmıştır, bunun belirlenmesi yapılır. Eğer ihtilaf, gayrimenkulün aynına ilişkinse, tenfiz edilemez. İlk soruda malların taksimine ilişkin bir hüküm varsa ve bu malların bir kısmı da Türkiye'deyse, tenfiz edilebilmelidir. Zira, bu, gayrimenkulün aynına değil, taksime ilişkindir. Ancak bu konuda Yargıtay farklı görüştedir. İkinci olayda ise, M. Aygül'e göre, yabancı ülkeden bu konuda alınmış bir karar varsa, bu da tenfiz edilebilmelidir.

İş, tüketici ve sigorta akitlerindeki kurallar nisbi emredici olduklarından, zayıf tarafın lehine olmaları durumunda tenfiz edilebilmelidirler. Mesela, İİK m. 154 de münhasır yetki kuralıdır. Fakat tek taraflıdır. Borçlunun muamele merkezinin Türkiye'de olmasını aramaktadır. Buna ilişkin kararlar, tenfiz edilebilir.

? Hükümün kamu düzenimize açıkça aykırı bulunmaması gerekir : Madde 5'teki kamu düzeni anlayışıyla buradaki kamu düzeni anlayışı birbirinden farklıdır. M. 5'teki kamu düzeni yabancı hukukun uygulanmasını engellerken; buradaki kamu düzeni anlayışı, yabancı ilamın tenfizini engeller. Yani, birisinde bir hakkın doğması engellenirken, diğerinde yabancı hukukta doğmuş bir hakkın tanınması engellenmektedir. Kamu düzeni şartının aranmasının sebebi, devletin icra makamlarının, yabancı bir devletin mahkemelerinin emrine girmesinin önüne geçme düşüncesidir. Bu şart, tüm devletlerin ve toplumların menfaatlerine hizmet eder. Kamu düzeni ile revizyon yasağı bu kapsamda ele alınırsa mahkeme inceleme yapamayacaktır. Revizyon yasağı katı şekilde uygulanırsa, sadece hükme bakılacaktır. E. Nomer, bu şekilde kabul eder. Nomer'e göre, hüküm, kamu düzenine aykırı olmamalıdır. Mahkemenin yargılama yaparken takip ettiği usûl, bizim kamu düzenimize aykırı olsa fakat hüküm bizim kamu düzenimize aykırı olmasa, tenfiz edilmelidir. Tetkik edilecek kısım, sadece hüküm kısmıdır. Bu görüşe göre mesela, hüküm kısmında boşanmaya karar verilmişse burada kamu düzenimize aykırılık yoktur. Mahkemenin izlediği usûl önemli değildir. Fakat sadece hüküm kısmı esas alınır, kamu düzenine aykırılık hemen hemen imkânsız hale gelir. Zira her olayda hüküm kısmı kamu düzenimize uygun olacaktır. Mesela, yabancı mahkeme, Türkiye'den çıkarılması yasak olan bir eşyanın aynen ifasına karar verse, esasa uygulanacak hukuk kamu düzenine aykırı olmasa bile, hüküm kamu düzenine aykırıdır (Nomer'in örneği). Ama mesela, mahkeme aynen ifa yerine tazminata karar verseydi, burada kamu düzenimize aykırılık olmayacaktı. Zira böyle bir durumda, bir paranın tazminat olarak ödenmesi söz konusuydu. Örneğin; kız çocuğunu sistemli olarak anaya veren bir hukuk sisteminin, verdiği bir kararında kız çocuğun velayetini yine anneye vermesi halini düşünelim. Anne, velayeti hak etmemektedir. Burada da kamu düzenimize aykırılık vardır. Bu nedenle bu görüş eleştirilmektedir. Mesela, Fransız hakim, kendi kızının boşanma davasına bakıyor ve Türk koca aleyhine tazminat ve nafakaya hükmediyor. Boşanma, nafaka ve tazminat hususları, kamu düzenimize aykırı değildir. Ama ortada öyle bir karar vardır ki, hakimin bağımsızlığı ilkelerine

aykırıdır. Burada da yine revizyon yasağı olduğu söylenerek bu karar tenfiz mi edilecektir? Artık burada içeriğe de bakılması gerektiği savunulmaktadır. Zira, kamu düzenine bariz bir aykırılık vardır. Revizyon yasağı kuralı, mutlak olarak uygulanmamalıdır. Fakat yabancı hukukun bizim kamu düzenimizi bozabilmesi için, kamu düzenimize açıkça aykırı olması gerekir. Yani, her kararda yabancı mahkeme kararlarının tenfizi engellenmemelidir. Kamu düzenimizi tamir edilemeyecek şekilde ihlâl edip-etmediğine bakılmalıdır. Her aykırılıkta da kamu düzeni nedeniyle tenfizin reddine karar verilmemelidir.

M. 5'teki kamu düzeni anlayışıyla m. 38'deki kamu düzeninin kapsamı nasıldır? M. 5, daha müdahaleci bir anlayıştayken; m. 38, daha dar kapsamlıdır. M. 5'te daha hak kazanılmadan engellenmektedir. 38. maddede ise, hak kazanılmıştır fakat tanınmamaktadır (m. 38/1-c). Buna, kamu düzeninin hafifletilmiş etkisi denir. M. 5'te müdahale imkânı daha fazladır. Tanıma ve tenfizde kamu düzeni nedeniyle oldukça az müdahale edilmelidir.

? Bağlantının zayıflaması : Bağlantı, zaman bakımından, mekân bakımından ve kişi bakımından zayıflamış olabilir. Mekan bakımından bağlantının zayıflamasında, ihtilaflar, hakim in ülkesiyle ilgili değilse, bunların tanıma ve tenfizinde kamu düzenine pek bakılmaz. Mesela, Fransa'da tâlâk ile boşanma kabul edilmemekteyken, sıkı bağlantılı olan Fas ve Cezayir'de kabul edilmektedir. Burada mekânlar farklıdır. Böyle durumlardaki bu kararlar tenfiz edilebilmektedir. Kişi bakımından ise, davanın tarafları o ülke vatandaşı değilse, kamu düzeni müdahalesi zordur.

Tüm bunlara rağmen, her ülkenin kamu düzeninin dokunulamaz bir kısmı vardır. Burayı ihlâl eden kural, her ne kadar bağlantısız olursa olsun, uygulanmaz. Örneğin, insan ticaretinin Türkiye'yle hiçbir ilgisi olmasa bile, kamu düzenimize aykırılık oluşturur.

Hukukumuzda rızai boşanmalar henüz kabul edilmemiş olduğundan, Yargıtay, 1998 yılına dek rızai boşanmaları kamu düzenimize aykırı bulmaktaydı. Kamu düzenine aykırılık için, burada m.5'ten daha ağır şartlar aranır. Mesela, nafaka miktarı kamu düzenimizi bozamaz. Yine, yabancı mahkemenin doğru delil takdiri yapıp-yapmadığı, uyguladığı hukuka bakılmaz. Bunlar, revizyon yasağının kapsamındadır. Temel bir hakkın ortadan kaldırılması ise, kamu düzenimize aykırılık oluşturur. Mesela, yabancı hukuk sisteminin nafakayı ortadan kaldırması gibi. Bizim hukukumuzda nafaka için gelir durumu araştırılır. Yabancı mahkeme bunu dikkate almamışsa ne olacaktır? Nomer'e göre, revizyon yasağı devreye girer. Ama borçlunun ekonomik durumu araştırılmadan nafakaya hükmedilmişse, borçlunun milli hukuku uygulanmamışsa, kamu düzenine aykırılık vardır. M. Aygül'e göre, borçlu Türkiye'deyse ve ekonomik durumu araştırılmadan nafakaya hükmedilmişse ve bu miktar borçlunun ödeyemeyeceği kadar yüksekse, kamu düzenine aykırılık vardır. Mesela, adam yabancı eşinden yabancı ülkede boşanmış ve Türkiye'de yeniden evlendikten sonra burada asgari ücretle çalışarak yaşamaktadır. Alman mahkemesi, ekonomik durumunu araştırmadan 500 Avro (€) nafakaya hükmetmiştir. Bu durum, kamu düzenimize aykırılık oluşturacaktır. Yabancı mahkeme ekonomik duruma bakmadan karar verdi ama adamın ekonomik durumu iyiye, burada kamu düzenine aykırılık söz konusu olmaz.

Yabancı ülkede verilen tazminat kararları bakımından borçlunun ekonomik durumu dikkate alınmaz, gerçek zarara bakılır. Fakat burada, cezai nitelikteki tazminat kararları tenfiz edilmez. Bazı ülkeler, boşanmada da cezai nitelikte tazminata hükmedebilmektedirler. Böyle bir karar, bizim mahkemelerimizde tanınmaz ve tenfiz edilmez. Yine, hakim, BK'ya göre fahiş cezayı tenkisle mükelleftir. Bir borçlunun mahvına sebep olacak şekilde olan cezalar tenfiz edilmez. Çocuğun menfaati araştırılmadan, sadece belli bir sisteme göre çocuğun velayetinin bırakılması da kamu düzenimize aykırılık oluşturur.

M. 38/1-d hükmüne göre, kendisine karşı tenfiz istenen kişi, yabancı mahkemede yargılamada usûlüne uygun olarak duruşmaya çağırılmamış ya da temsil edilmemişse ya da uygun olmayan bir biçimde gıyapta karar verilmişse, bu kişinin itirazı üzerine tenfiz talebi reddedilir. Usûl hukuku kurallarına göre, bir kimsenin davadan haberdar edilmesi ve temsil edilmesi gerekir. M. 38/1-d'nin dışında kalan savunma haklarına riayetsizlik de (c) bendine girer. Yani, (d) bendinden sayılmayan ancak savunma hakkının kısıtlanması kapsamında değerlendirilebilecek hususlar, (c) bendinin kapsamında re'sen değerlendirilir. (d) bendine göre kişi usûlüne uygun olarak haberdar edilmişse, sorun yoktur. Mesela, karar tebliğ edilmemişse veya kanun yolları kendisine bildirilmemişse de önemli değildir. Zira, kişi bundan herhangi bir şekilde haberdar olmuşsa ve kendini savunmuşsa, tenfizin reddini talep edemez. Lex forinin usûl kurallarına aykırı olarak gıyapta karar verilmesi de tenfizin reddi sebebidir. Bir kimsenin mahkemede temsil edilmesi, lex foriye göre belirlenecektir. Kişinin savunma hakları ihlâl edilmişse, tenfiz talebi reddedilir. Diğer savunma haklarına riayetsizlik ise, (c) bendi kapsamındadır. (d) bendi kapsamındakileri ise hakim re'sen gözetemez. Bunun için bir

itiraz olmalıdır. Re'sen gözetme, (c) bendinin kapsamındadır.

Maddenin (e) bendi, Türkler'in kişi hallerine ilişkin davalarda, Türk kanunlar ihtilafının yetkili kıldığı hukukun uygulanmaması durumunda davalının itiraz etmemesi gerekir. Burada önemli olan, Türk kanunlar ihtilafı kurallarının yetkili kıldığı hukukun uygulanmasıdır. M. 38/1-e'ye göre, Türk kanunlar ihtilafının yetkili kıldığı hukukun uygulanması gerekmektedir. Yargıtay bazen Türk kanununun uygulanması gerektiği yönünde kararlar vermektedir. Kanun açıktır. Türk kanunları değil, Türk kanunlar ihtilafının gösterdiği hukukun uygulanması gerekir. Davalı itiraz etmezse, mahkeme re'sen gözetemez.

Uluslararası davalarda, mahkemeler, tenfizi de düşünerek karar vermektedirler. Mesela, Hollanda mahkemesi, iki Türk vatandaşı hakkında, Türk Medeni Kanunu m. 134 (şiddetli geçimsizlik) hükmüne göre, boşanma kararı vermiştir. Tenfiz talebiyle Türkiye'ye geldiğinde, diğer taraf, Türk hukukunun yanlış uygulandığı itirazını ileri sürüyor. Mahkeme, gerçekten de m. 134'ün şartlarının oluşmadığını görüyor. Bu karar tenfiz edilecek midir? Bu konuda iki şekilde çözüme ulaşılabilir: İlk olarak; yetkili hukukun maddi hukuk kuralları gerçekten uygulanmalıdır. Yanlış uygulamadan dolayı Türk vatandaşı bu korumadan mahrum kalacaktır. Dolayısıyla, tenfiz hakimi, hukukun doğru uygulanıp-uygulanmadığını, vakaların tespitine ilişkin düşüncelerle bağlı kalmaksızın denetleyebilecek ve bunu sonucunda tenfiz talebini reddedebilecektir. İkinci yaklaşıma göre; Türkler'in kişi hallerine ilişkin davalarda yanlış uygulama yüzünden tenfiz talebi reddedilemez. Revizyon yasağı vardır. Ancak bu sebepten kamu düzenine aykırılık söz konusu olursa, bu hallerde tenfiz talebi reddedilmelidir. Dolayısıyla, yanlış uygulamanın kamu düzenine aykırı olması gerekir.

Yargıtay'a göre, bu husus, yabancı ülkede uygulanması gereken bir husustur. Taraflar, gerek ilk derece mahkemesinde ve gerekse temyizde bunu ileri sürmemişlerse, tanınmalı ve tenfiz edilmelidir. Ancak yabancı ülkede itiraz edilir ve kişi bunu dinletemezse, bu takdirde hukukun yanlış uygulandığını ileri sürebilir.

Bir yabancı mahkeme, Türk hukukunu uyguluyor. Olayda altı aylık hak düşürücü süre vardır ancak mahkeme bunu bir yıl olarak uygulamıştır. İlgili kişi, itiraz ediyor ancak dinletemiyor. Böyle bir kararın tenfizi reddedilmelidir. Zira, bir hakkın varlığına tesir edebilecek bir durum söz konusudur. Davalı bunu ister m. 38/1-e, ister m. 38/1-c'den kamu düzenine aykırılık dolayısıyla reddettirebilir.

Görevli ve Yetkili Mahkeme
m. 35'e göre, asliye hukuk mahkemesi görevlidir. Uygulamada tenfiz davaları, ticari dava söz konusu ise ticaret mahkemesinde; iş davası varsa iş mahkemesinde; aileye ilişkin kararların tenfizinde ise aile mahkemesinde tenfiz talep edilmektedir. Bu, yerindedir. Yetkili mahkemeye gelince; kendisine karşı tenfiz istenen kişinin ikametgâhı, bu yoksa sakın olduğu yer mahkemesi, Türkiye'de ikametgâhı ya da sakın olduğu bir yer yoksa Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemeleri yetkilidir (m. 35/2).

Tenfiz davasında, yabancı mahkeme ilamının aslı ve onanmış tercümesi de mahkemeye sunulur. Yabancı mahkeme ilamı da tasdiklenmelidir. Bu tasdik, konsolosluk tarafından yapılan bir şerh ya da apostille şerhi olabilir. Kesinleşme şerhi ya da ayrı bir belge olarak kesinleşme kararının da tasdikli örneği yine dava dilekçesine eklenmelidir.

Dava, basit yargılama usûlüne göre çözülür. Taraflar, yabancı ülkedeki davanın taraflarıyla aynı kimselerdir. Tenfiz davasının açılabilmesi için hukuki menfaatin olması gerekir. Mesela, tenfizi olmayan bir karar için dava açılması halinde dava reddedilir. Mesela, nafakaya ilişkin bazı durumlarda dava açmaya gerek yoktur. Bu konuda uluslararası sözleşmeye göre, boşanma kararı yeterlidir. Hukuki menfaatleri bulunmak kaydıyla, üçüncü kişilerin de dava açabilmeleri mümkün olmalıdır. Tanıma ve tenfiz, Türkiye'de verilecek tanıma ve tenfiz kararından sonra değil, yurtdışında yabancı mahkemece karar verilmesinden itibaren hüküm ve sonuç doğurur.

Bütün bu şartlardan sona, mahkeme tenfiz kararı verir. Hakimin bu konuda takdir yetkisi yoktur. Gerekli şartları taşıyor ise, tenfizin reddi kararı verilir. Veya m. 39'a göre, tenfize gerek kalmamışsa (borçlu borcunu ödemiş vs.) ya da tenfizin yerine getirilmesine engel bir durum ortaya çıkmışsa (kişinin ölmesi) buna itiraz edilebilir.

Kısmi tenfiz kararı verilebilmesi de mümkündür. Mesela, yabancı ilam kısmen yerine getirilmişse, yerine getirilmeyen kısmı tenfiz edilir, yerine getirilen kısım ise reddedilir.

Tanıma ise daha hafif şartlara tâbidir. M. 42'ye göre, tenfizde aranan şartlardan (a) ve (d) bentleri hariç olmak üzere, diğer şartlar aranır. Bundan başka, önşartlar da mutlaka gereklidir.