

# 5718 SAYILI MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK VE USUL HUKUKU HAKKINDA KANUN'UN GENEL HÜKÜMLERİNDE YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER ÜZERİNE

Feriha Bilge TANRIBİLİR\*

## GİRİŞ

Türk hukukunda milletlerarası özel hukuk alanına<sup>1</sup> ilişkin ilk müstakil kanun olan *Memâlik-i Osmaniyyede Bulunan Tebaayı Ecnebiyenin Hukuk ve Vezâifi Hakkında Kanunu Muvakkat* (EHVK)<sup>2</sup> günün ihtiyaçlarını karşılamamakla beraber 1982 yılına kadar yürürlükte kalmıştır. 1982 yılında yürürlüğe giren<sup>3</sup> 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun<sup>4</sup> ile milletlerarası özel hukuka ilişkin meseleler ve bağlama kuralları daha ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. 2675 sayılı Kanun'un yaklaşık yirmi beş yıllık uygulamasının ardından bazı ihtiyaçları karşılamakta yetersiz kaldığı gerekçesiyle<sup>5</sup> yeni bir kanun hazırlanmış ve bu kanun 2007 yılında yürürlüğe girmiştir.

---

\* Doç. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Bilim Dalı öğretim üyesi.

<sup>1</sup> Bu çalışmada "milletlerarası özel hukuk" kavramı, Devletler özel hukukunun kanunlar ihtilâfi hukuku ve milletlerarası usul hukuku alt dallarını kapsayacak şekilde kullanılmaktadır.

<sup>2</sup> Hicrî 21 Rebiülâhar 1333, Rumî 23 Şubat 1330 tarihli EHVK için bkz. Düstur, Tertibi Sâni, C. 7, s. 458-459 ve yeni harflerle metni için bkz. Göğer, E., *Devletler Hususî Hukuku (Kanunlar İhtilâfi)*, Sevinç Matbaası, 4. Bası, Ankara 1977, s. 405-406.

<sup>3</sup> Kanunun hazırlık çalışmaları hakkında bkz. Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Kanunu Öntasarısı Sempozyumu, 22-24 Kasım 1976, İstanbul 1978; Tekinalp, G., "Türk "Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Tasarısı", (Tasarı), İÜHF, 44(1978), S. 1-4, s. 91 vd.

<sup>4</sup> RG, 22.5.1982-17701.

<sup>5</sup> 5718 sayılı Kanun'un hazırlanma nedenleri ve hazırlık süreci Kanun'un gerekçesinde ayrıntılı olarak yazılmıştır. Bu konuda bilgi için bkz. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu

Kanun'un hazırlanması esnasında muhtelif milletlerarası metinlerin göz önünde bulundurulduğu gerekçe ve bazı hükümlerden anlaşılmaktadır. Gerekçede bu Kanun'un hazırlanmasında milletlerarası özel hukuktaki yeni görüşler, teori ve uygulamalar ile Türkiye'nin onayladığı ve onaylamadığı milletlerarası sözleşmelerin dikkate alındığı ifade edilmektedir. Özellikle Gerekçede, *Avrupa Topluluğu'nda Borç Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Sözleşme (1980) (Roma I)*<sup>6</sup> ile *"Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Sözleşmesi'nin (1968) (Brüksel Sözleşmesi)"*<sup>7</sup> adı geçmektedir.<sup>8</sup> 5718 sayılı Kanun'un muhtelif hükümlerinden ve bazı maddelerin gerekçesinden İsviçre ve Alman milletlerarası özel hukuk kanunlarının muhtelif hükümlerinin de dikkate alındığı görülmektedir.<sup>9</sup>

Bu çalışmada yeni yürürlüğe giren 5718 sayılı Kanun'un "genel hükümler" başlığında yapılan değişikliklerin ele alınması hedeflenmektedir. Yeni Kanun'un bu bölümünde yer alan hükümler, Kanun'un hazırlanmasında göz önünde bulundurulan kanun, milletlerarası sözleşme ve diğer metinlerin ilgili hükümleri ile de karşılaştırılacaktır. Karşılaştırma işlemi 2675 sayılı Kanun bakımından da yapılarak Türk hukukunda ne gibi değişikliklerin yapıldığı açıklanacaktır. Bu çalışmanın amacı yeni Kanun'un belli bir bölümünü ele almak ve yeni düzenlemelere işaret etmek olduğu için, özellikle kanunlar ihtilâfı hukukunun genel meselelerine ilişkin teorik açıklamalara girilmeyecektir. Bununla beraber, Kanun'un genel hükümleri başlığında yer alan ve genel mesele niteliğini taşımayan hususlar da (vatandaşlık esasına göre

(1/337), 23. Dönem, 2. Yasama Yılı, TBMM S. Sayısı: 47, <http://www.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf>.

<sup>6</sup> İlk metin, OJ. L 266, 9.10.1980; yenilenmiş metin OJ. C 334, 30.12.2005.

<sup>7</sup> İlk metni için bkz. OJ. L 304, 30.10.1978; yenilenmiş metin için bkz. OJ. C 27, 26.1.1998.

<sup>8</sup> Her iki metin de Avrupa Birliği tüzüğü haline gelmiştir:

Roma I Tüzüğü için bkz. Regulation (EC) No 593/2008 of European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I), OJ, L 177/6 vd. 4.7.2008.

Roma II Tüzüğü için bkz. Regulation (EC) No 864/2007 of European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations (Rome II), OJ, L 199/40 vd. 31.7.2007.

<sup>9</sup> Bkz. Tekinalp, G., "The 2007 Turkish Code Concerning Private International Law and International Civil Procedure", (2007), Yearbook of Private International Law, 9(2007), s. 315 vd.: Öztekin Gelgel, G./Erdem, B.: 12.12.2007 Tarih ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Beta Yayınları, İstanbul 2008, s. 7, 18.

yetkili hukuk, doğrudan uygulanan kurallar, şekil ve zamanaşımı) ayrıca değerlendirilecektir.

## I. 5718 SAYILI KANUN'UN YAPISI

2007 yılında yürürlüğe giren 5718 sayılı *Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun* (MÖHUK),<sup>10</sup> esas itibarıyla 2675 sayılı Kanun'un yapısını muhafaza etmekle beraber, daha ayrıntılı ve daha fazla bağlama kuralı ihtiva etmektedir.<sup>11</sup> 5718 sayılı Kanun, 2675 sayılı Kanun gibi başlıca üç kısımdan meydana gelmektedir.

5718 sayılı Kanun'un birinci kısmının başlığı, "*Milletlerarası Özel Hukuk*" tur. Bu başlık kendi içerisinde iki bölüme ayrılmıştır. Birinci Bölüm, "*Genel Hükümler (m. 1-8)*" ve İkinci Bölüm de "*Kanunlar İhtilafı Kuralları (m. 9-39)*" alt başlıklarını taşımaktadır. 5718 sayılı Kanun'un birinci kısmının ilk bölümünde özellikle yabancı hukukun uygulanması ile ilgili hükümde değişiklik yapılmış ve bu bölüme doğrudan uygulanan kurallara ilişkin bir madde eklenmiştir. Kanun'un bağlama kurallarının bulunduğu ikinci bölümünde ise ciddi değişiklikler yapılmış ve yeni maddeler Kanun'a eklenmiştir. Özellikle eşya hukuku ve borçlar hukuku alanındaki bağlama kurallarının sayısı artırılmıştır.<sup>12</sup> Bu bölümde yapılan değişikliklerin bir kısmı kullanılan bağlama noktasında değişiklik yapılması, bir kısmı da bazı bağlama noktalarının kaldırılması şeklindedir.

5718 sayılı Kanun'un İkinci Kısmı "*Milletlerarası Usul Hukuku*" başlığını taşımakta ve bu kısmın birinci bölümünde "*Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi (m. 40-49)*" ile İkinci Bölümünde "*Yabancı Mahke-*

<sup>10</sup> RG, 12.12.2007-26728.

<sup>11</sup> EHVK toplam 5 madde, 2675 sayılı Kanun toplam 48 madde iken 5718 sayılı Kanun toplam 66 maddedir.

<sup>12</sup> Genel olarak aynı haklara uygulanacak hukuku gösteren bir genel bağlama kuralından (m. 21) sonra taşıma araçları (m. 22) ve fikri mülkiyete (m. 23) ilişkin haklara uygulanacak hukuku gösteren bağlama kuralları kabul edilmiştir. Aynı şekilde borçlar hukukunda da madde sayısı artırılmış ve bazı alanlarda parçalanma yoluna gidilmiştir. Sözleşme ve haksız fiile uygulanacak hukuku gösteren bağlama kurallarında bu yol tercih edilmiştir. Söz konusu hukuki ilişki (m. 24) ve olayda (m. 34) önce genel kuralla uygulanacak hukuk düzenlendikten sonra bazı sözleşme (m. 25-30) ve haksız fiil (m. 35-38) tipleri için özel bağlama kuralları kabul edilmiştir. Sözleşmeye uygulanacak hukuk belirlenirken kısmen parçalanma dikkati çekmektedir.

*me ve Hakem Kararlarının Tenfizi ve Tanınması* (m. 50-63)" düzenlenmektedir. 5718 sayılı Kanun'un ikinci kısmında milletlerarası usul hukukuna ilişkin hükümler yer almaktadır. Kanun'un bu kısmında özellikle Türk mahkemelerinin yetkisine ilişkin bölümdeki genişleme dikkati çekmektedir. Ayrıca tanıma ve tenfize ilişkin hükümlerde de kısmi değişikliğe gidilmiştir<sup>13</sup>.

5718 sayılı Kanun'un üçüncü kısmı "*Son Hükümler* (m. 64-66)" başlığı altında bu Kanun ile yürürlükten kaldırılan hükümleri ve yürürlüğe giriş tarihini düzenlemektedir. 5718 sayılı Kanun, sadece 2675 sayılı Kanunu değil, ayrıca Türk Ticaret Kanunu'nun<sup>14</sup> 866. maddesinin ikinci fıkrasını ve Fikir ve Sanat Eserleri Kanun'unun<sup>15</sup> 88. maddesini de yürürlükten kaldırmıştır.

## II. GENEL HÜKÜMLER

Günümüzde hukuk düzenleri yabancı unsurlu hukuki ilişki veya olaylardan doğan uyuşmazlıklar için müstakil milletlerarası özel hukuk kanunlarını yürürlüğe koymayı tercih etmektedir. Bu kanunlarla yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuku gösteren muhtelif bağlama noktaları kabul edilmektedir. Hâkim, yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda bu bağlama kurallarına göre uygulanacak hukuku belirlerken bazı problemlerle karşılaşabilir. Söz konusu problemler vasıflandırma, tefsir, atıf, değişken ihtilâflar, kamu düzenine aykırılık, ön sorun veya yabancı hukukun uygulanması şeklinde ortaya çıkabilir. Milletlerarası özel hukukta bu tür problemlere, kanunlar ihtilâfı hukukunun genel meseleleri denilmektedir. Kanunlar ihtilâfı hukukunun genel meseleleri, bazen uygulanacak hukukun belirlenmesi safhasında (vasıflandırma, tefsir, değişken ihtilâflar gibi) bazen uygulanacak hukukun tespitinden sonra (kamu düzenine aykırılık gibi) ortaya çıkarak uygulanacak hukuku etkileyebilir. Söz konusu etki, uygulanacak hukukun hâkimin bağlama kurallarının gösterdiği hukuk düzeninin değişmesi yönünde veya bu kurallara göre uygulanması öngörülen yabancı hukukun uygulanmasına engel olma şeklinde karşımıza çıkabilir. Muhtelif devletlerde kabul edilen milletlerarası özel hukuk

<sup>13</sup> Bkz. MÖHUK m. 54/1- b, 58, 59 ve 60.

<sup>14</sup> RG, 9.7.1956-9353.

<sup>15</sup> RG, 13.12.1951-7981.

kanunlarında genellikle kanunlar ihtilâfı hukukunun anılan meselelerinin tamamı veya bir kısmına ilişkin hükümlere yer verilmektedir.<sup>16</sup>

5718 sayılı Kanun'un birinci kısmının birinci bölümü "genel hükümler" başlığını taşımakta ve bu bölümde Kanun'un kapsamı, vatandaşlık, şekil, zamanaşımı gibi konuların yanı sıra kanunlar ihtilâfı hukukunun bazı genel meseleleri de düzenlenmektedir. Aşağıda 5718 sayılı Kanun'un genel hükümler bölümünde düzenlenen hususlar madde sırasına göre ele alınacaktır. Önce Kanun'un kapsamı (m. 1) belirtilecek, sonra da yabancı hukukun uygulanması (m. 2) başlığını taşıyan hükme geçilecektir. Kanun'un ikinci maddesi üç farklı hususu düzenlediği için her biri ayrı başlıklarda incelenecektir: Yabancı hukukun uygulanması, atıf ve dâhili yer bakımından kanunlar ihtilâfı. Daha sonra sırasıyla değişken ihtilâflar (m. 3), vatandaşlık esasına göre yetkili hukuk (m. 4), kamu düzenine aykırılık (m. 5), doğrudan uygulanan kural (m. 6), şekil (m. 7) ve zamanaşımı (m.8) ele alınacaktır.

### A. KANUNUN KAPSAMI

5718 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile 2675 sayılı Kanun gibi kapsamını belirlemektedir. Bu hükme göre Kanun aşağıdaki meseleleri düzenlemektedir:

1. Uygulanacak hukuk,
2. Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi,
3. Yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tanınması ve tenfizi.

Ancak Kanun'un uygulanabilmesi için iki önemli şartın gerçekleşmiş olması gerekir. Bunlardan birisi yabancı unsurun bulunması, diğeri de özel hukuka ilişkin bir işlem veya ilişkinin mevcut olmasıdır. Kanun "yabancı unsur" kavramını tanımlamamıştır. Kanun'da düzenlenen özel hukuka ilişkin işlem veya ilişkilerin her biri için yabancılık unsurunun ortaya çıkışı her somut olayda ayrıca tespit edilecektir.

<sup>16</sup> Sadece devletlerin milletlerarası özel hukuk kanunlarında değil, aynı zamanda milletlerarası sözleşmelerde de bu meselelere dair hükümlere yer verilmektedir. Örneğin Mirasa Uygulanacak Hukuka İlişkin Lahey Sözleşmesi, m. 15-22; Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Kanuna Dair Lahey Sözleşmesi, m. 11'de olduğu gibi.

Kanun, kapsamına giren meseleler hakkında Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümlerini saklı tutmuştur. Türkiye, milletlerarası özel hukuk ve milletlerarası usul hukuku alanlarında akdedilen muhtelif milletlerarası sözleşmeleri onaylamış ve taraf olmuştur.<sup>17</sup> Anayasa'nın 90. maddesinde de ifade edildiği üzere usulüne uygun olarak onaylanan milletlerarası sözleşme hükümleri kanunlara nazaran öncelikle uygulanma kabiliyetini haizdir. Aynı esas, 5718 sayılı Kanun'da da tekrar edilmiştir. Milletlerarası sözleşmelerin milli hukuk düzenlemelerinden önce uygulanmaları hususuna diğer devletlerin milletlerarası özel hukuk kanunlarında da yer verilmiştir. Örneğin İsviçre MÖHK (m. 1), İtalyan MÖHK (m. 2) bu yönde hükümlere sahiptir.

## B. YABANCI HUKUKUN UYGULANMASI

5718 sayılı Kanun m. 2 yabancı hukukun uygulanması başlığında üç önemli konuda hüküm içermektedir. Bu nedenle her bir konu ayrı ayrı incelenecektir.

### 1. YABANCI HUKUKUN VE MUHTEVASININ BELİRLENMESİ

5718 sayılı Kanun'un "*yabancı hukukun uygulanması*" başlığını taşıyan 2. maddesinin "*ilk iki fıkrası*" 2675 sayılı Kanun ile aynıdır,<sup>18</sup> yabancı hukukun uygulanmasına ilişkin hükümlerde değişikliğe gidilmemiştir. Buna göre MÖHUK m. 2 şu hükmü içermektedir:

<sup>17</sup> Bu konuda bkz. Öztekin Gelgel/Erdem, s. 35 vd.

<sup>18</sup> Yabancı hukukun muhtevasını tespit konusunda İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanununda (MÖHK) da aynı hüküm yer almaktadır. İsviçre MÖHK m. 16'ya göre "*yabancı hukukun muhtevası res'en belirlenmelidir. Bu amaçla taraflardan yardım talep edilebilir. Finansal menfaatler hakkındaki iddiaların ispatı taraflara yüklenebilir. Herhalde yabancı hukukun muhtevası tespit edilmediği takdirde İsviçre hukuku uygulanır*". Söz konusu maddede Türk hukukundan farklı olarak tarafların yabancı hukukun muhtevasını belirlemede yükümlülüğü daha belirgin hale getirilmiştir. İsviçre MÖHK'nun İngilizce metni için bkz. Karrer, P. A. / Arnold, K. W., *Switzerland's Private International Law Statute of December 18, 1987*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer-Boston 1989.

“(1) Hâkim, Türk kanunlar ihtilâfi kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re’sen uygular. Hâkim, yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebilir.

(2) Yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin tüm araştırmalara rağmen tespit edilememesi hâlinde, Türk hukuku uygulanır.”

5718 sayılı Kanun’a göre, yabancı unsurlu bir uyuşmazlık karşısında kalan hâkim uyuşmazlığa uygulanacak hukuku bulmak için<sup>19</sup> önce kendi milletlerarası özel hukuk kanununda yer alan bağlama kurallarına başvuracaktır. Kanun’un 2. maddesine göre hâkim, Türk kanunlar ihtilâfi kurallarını (bağlama kurallarını) res’en uygulamakla görevlidir. Çünkü bu kurallar kendi hukuk düzeninin bir parçasıdır.

Başvurulan bağlama kurallarına göre uyuşmazlığa uygulanacak hukuk, hâkimin kendi maddi hukuk kuralları olabileceği gibi yabancı bir devletin hukuk kuralları da olabilir. Uygulanacak hukukun hâkimin kendi hukuku olması halinde, hâkimin kendi hukukunun hükümlerinin muhtevasını tespit ederek uygulaması yeterlidir. Çünkü hâkim hukukunu bilir (*jura novit curia*). Hâkimin hukuk düzeni dışında bir hukuk düzeninin uyuşmazlık hakkında yetkili kılınması halinde, hâkim yetkili kılınan hukuku kamu düzeni istisnası saklı kalmak kaydıyla, aynen uygulamakla görevlidir (m. 2/1, 1. cümle). Ancak yetkili kılınan yabancı hukukun muhtevasının belirlenmesi çok kolay değildir. Hâkim yabancı hukuk hakkında kişisel bilgiye sahip ise uyuşmazlığa ilişkin bu hükümleri davada tatbik eder. Çoğu halde, hâkim yabancı hukukun muhtevasını tespit etme konusunda yardım almak durumundadır. Bu noktada ilk yapması gereken işlem, Türkiye’nin de taraf olduğu Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesinden<sup>20</sup> yararlanıp yararlanamayacağını araştırmak olmalıdır. Eğer bu Sözleşme’nin tarafı olmayan bir devletin hukuku yetkili kılınmışsa, bu takdirde diplomatik kanallardan yabancı hukukun muhtevası belirlenmeye çalışılmalıdır. Türkiye’nin yurt dışında

<sup>19</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer, E/Şanlı, C.; *Devletler Hususi Hukuku*, Beta Yayınları, 17. Bası, İstanbul 2009, s. 190 vd.; Çelikel, A/Erdem, B.: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 8. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2007, s. 176 vd.; Aybay, R./Dardağan, E.: *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilâfi)*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Bası, İstanbul 2008, s. 114 vd.

<sup>20</sup> RG. 26.8.1975-15338 ve Ek Protokol için RG. 2.10.2004-25601. Sözleşme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Çelikel/Erdem, s. 180-181.

bulunan diplomatik temsilcilikleri veya konsolosluk mensupları vasıtasıyla yerel makamlardan bu devletin uyuşmazlıkla ilgili olarak uygulanacak hukuk kuralları hakkında bilgi talep edilebilir. Devletlerarasındaki iyi ilişkiler çerçevesinde bu tür talepler yerine getirilmektedir. Kanun'un kendisine yüklediği yabancı hukukun muhtevasını tespit görevinden hâkim bu şekilde de sonuç alamıyorsa taraflardan yardım isteyebilir (m. 2/1, 2. cümle). Bütün araştırmalara rağmen, yabancı hukukun muhtevası belirlenemediği takdirde, hâkim Türk hukukuna göre uyuşmazlığı sonuçlandırmalıdır.

## 2. ATIF

### a. Genel Bilgi

Yabancı unsurlu bir hukuki ilişki veya olaydan doğan uyuşmazlığın irtibatlı olduğu hukuk düzenlerinden hangisi tarafından halledileceği sorusu bağlama kuralları ile cevaplandırılır. Her devletin hukuk düzeninde<sup>21</sup> yabancı unsurlu uyuşmazlıkların tabi olacağı hukuku gösteren bağlama kuralları mevcuttur. Hâkim önündeki uyuşmazlığı vasıflandırdıktan sonra (bağlama konusunu tespit) bağlama noktasına göre belirlenen hukuk düzeninin kurallarını uyuşmazlığa uygulamalıdır (MÖHUK m. 1 ve 2). Bağlama kurallarına göre yetkili kılınan hukuk hakkında değişik ihtimaller söze konu olabilir.

İlk ihtimal, tarafların ikametgâhının veya malın bulunma yerinin yahut karakteristik edim borçlusunun mutat meskeninin hâkimin mensup olduğu devlette bulunması gibi örneklerde olduğu üzere hâkimin hukukunun yetkili kılınmasıdır. Bağlama kuralının uygulanmak üzere gösterdiği hukuk düzeni hâkimin hukuk düzeni ise, bu emri yerine

<sup>21</sup> Devletin hukuk düzeninde yer alan hukuk kurallarını iç hukuk kuralları ve dış hukuk kuralları olarak ikiye ayırmak mümkündür. İç hukuk kuralları, kural olarak, medeni hukuk, ceza hukuku veya usul hukuku kuralları gibi milli toplumun ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik kurallardır. Dış hukuk kuralları kanunlar ihtilafı hukuku ve milletlerarası usul hukuku, milletlerarası ticaret hukuku, milletlerarası ceza hukuku kuralları gibi milletlerarası toplum hayatının gereklerini karşılamaya yöneliktir. Kanunlar ihtilafı hukuku kendine özgü kurallara sahiptir. Bu kurallar bağlama kuralları, maddi milletlerarası özel hukuk kuralları veya sırf ihtilaf kuralları şeklinde karşımıza çıkabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer/Şanlı, s. 95 vd.; Çelikel/Erdem, s. 13 vd.; Aybay/Dardağan, s. 10 vd.



getirmek nispeten kolaydır. Neticede hâkim kendi hukukunun uyuşmazlığa ilişkin maddi hukuk kurallarını uygulayacaktır.

İkinci ihtimalde, somut olaydaki bağlama noktalarının hâkimin ülkesi dışında bulunması nedeni ile yabancı bir hukuk düzeninin yetkili kılınmaktadır. Bağlama kuralı yabancı bir hukuk düzeninin uygulanmasını öngörmüşse, bu hukuk düzeninin uygulanması sırasında çok önemli sorunlar<sup>22</sup> karşımıza çıkabilecektir. Bu sorunlardan birisi de *atıftır*.<sup>23</sup> Hâkimin bağlama kurallarına göre uygulanması öngörülen yabancı hukuk düzeni de hâkimin hukukunda olduğu üzere maddi hukuk kuralları ile bağlama kurallarından oluşmaktadır. Eğer hâkimin bağlama kurallarına göre uyuşmazlığa uygulanmak üzere yetkili kılınan yabancı devletin hukuku ile o hukuk düzeninin *maddi hukuk kurallarının uygulanması* kastediliyorsa yine yapılacak iş basittir; hâkim yetkili kılınan devletin maddi hukuk kurallarını uyuşmazlığın hallinde uygulayacaktır. Ancak hâkimin bağlama kurallarına göre uyuşmazlığa uygulanmak üzere yetkili kılınan yabancı hukuk ile o hukuk düzeninin *bağlama kurallarının uygulanması* kastediliyorsa, uyuşmazlığa uygulanacak hukukun değişmesi ihtimali bulunmaktadır. Çünkü hâkimin hukukunda yer alan bağlama kurallarına göre yetkili kılınan yabancı hukuk düzeninin bağlama kuralları somut olaya uygulandığında kendisini yetkili bulabileceği gibi hâkimin hukuk düzenini veya uyuşmazlıkla ilgili bir başka devlet hukukunu yetkili kılabilir. Hâkimin hukukunda yer alan bağlama kurallarının yetkili kıldığı yabancı hukuk düzeninin bağlama kurallarının uyuşmazlığın halli konusunda bir başka devlet hukukunu yetkili görmesine, kanunlar ihtilafı hukukunda "*atıf (renvoi)*" denilmektedir. Kanunlar İhtilafı Hukukunda, farklı görüşler bulunmakla birlikte, birçok milletlerarası sözleşmede, milletlerarası özel hukuk kanununda ve bu arada Türk mevzuatında atfa yer verilmiştir.

<sup>22</sup> Kanunlar ihtilafı hukukunun genel meseleleri arasında yer alan bu meseleler yabancı hukukun uygulanması, atıf ve ön sorundur.

<sup>23</sup> Anılan hususlarda ayrıntılı bilgi için bkz. Lorenzon, E. G., "The Renvoi Doctrine in the Conflict of Laws", Yale L.J, 27(1917-1918), 511 vd.; Göğer, s. 59 vd.; Çelikel/Er-dem, s. 110 vd; Nomer/Şanlı, s. 147 vd.; Aybay/Dardağan, s. 154 vd.; Çelikel, A., "Türk Milletlerarası Özel Hukuk'unda "Atıf" Prensibi'nin Uygulanması", MHB, 3(1983), S. 2, s. 1 vd.; Doğan, V., "Atıf Teorisindeki Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku", Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan, SÜHFD, 6(1998), s. 821 vd.

## b. Atfa İlişkin Muhtelif Düzenlemeler

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu, 14. maddesinde bu Kanun'a göre uygulanması gereken devletin hukukunun ne ölçüde dikkate alınacağı hükme bağlanmış ve sınırlı olarak atfa yer verilmiştir. Anılan Kanun'un 14. maddesinde atfın iki halde dikkate alınması hükme bağlanmıştır. Atfın kabul edildiği hallerden birisi, bu Kanunda atfıla uygulanacak hukukun belirleneceğine ilişkin açık hükmün bulunması halidir (İsviçre MÖHK m. 14/1). İsviçre MÖHK'nda açıkça belirtilmiş olması şartıyla, uygulanacak hukukun İsviçre hukukuna veya başka bir devlet hukukuna yaptığı atf kabul edilecektir (İsviçre MÖHK m. 14/1, 37/1, 91/1). Atfın kabul edildiği hallerden diğeri ise, kişiler hukuku ve aile hukukuna ilişkin meselelerde İsviçre hukukuna yapılan iade atfı halidir (İsviçre MÖK m. 14/II). Görüldüğü üzere, kişiler hukuku ve aile hukuku alanında sadece İsviçre hukukuna iade atfı yapılması durumunda atf kabul edilmektedir.

Buna karşılık Alman Medeni Kanun'unun "*Milletlerarası Özel Hukuk Bölümü*"nde<sup>24</sup> atfın genel olarak uygulanması hükme bağlanmıştır (m. 4).<sup>25</sup> Ancak hukuk seçimi veya kanunda aksi belirtilen hallerde yahut milletlerarası sözleşme hükümleri söze konu olduğunda atfa başvurulmayacağı da ilave edilmiştir.

İtalyan Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nda<sup>26</sup> atf, yetkili kılınan devlet hukukunda atfın kabul edilmesi hali ile atfın İtalyan hukukuna yapılması halinde uygulanması hükme bağlanmıştır (m. 13/1). İtalyan MÖHK'da hukuk seçimi yapılmış olması halinde veya şekle yahut akit dışı borçlara uygulanacak hukuk bakımından atfın kullanılmayacağı ifade edilmiştir (m. 13/2).<sup>27</sup>

5718 sayılı Kanun'un gerekçesinde adı geçen *Avrupa Topluluğunda Borç Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Sözleşme* tüzük haline gelmiştir. Avrupa Birliği'nde kısaca "*Roma I*" olarak adlandırılan

<sup>24</sup> Alman Medeni Kanunu'nun "*Milletlerarası Özel Hukuk*" bölümünün İngilizce metni için bkz. *Int'l Legal Materials*, 27(1988), s. 6-36.

<sup>25</sup> Bkz. Çelikel/Erdem, s. 128.

<sup>26</sup> İtalyan Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun İngilizce metni için bkz. Giardina, A., "Italy: Law Reforming the Italian System of Private International Law (May 31, 1995)", *Int'l Legal Materials*, 35(1996), s. 765-782.

<sup>27</sup> Bu konuda bkz. Ballarino, T./Bonomi, A., "The Italian Statute on Private International Law of 1995", *Yearbook of Private International Law*, II(2000), s. 108 vd.

bu metnin 20. maddesinde atfa ilişkin bir hüküm bulunmaktadır. Anılan hüküm, bu Tüzük uyarınca yetkili kılınan devlet hukukundan, bu devletin milletlerarası özel hukuk kuralları dışında yürürlükte bulunan hukuk kurallarının anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. Tüzük, aksinin kararlaştırılmadığı hallerde atfa başvurulmayacağını hükme bağlamıştır. Aynı tavır, *Akit-dışı Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Tüzük*'te (Roma II) de sürdürülmüştür. Roma II Tüzüğü'nün 24. maddesi, Tüzük hükümlerine göre yetkili kılınan devlet hukukunun maddi hukuk kurallarının uygulanmasını kabul etmiştir. Bu Tüzük'te, Roma I'de olduğu gibi, "*aksinin kararlaştırılmamış olması*" kaydına yer verilmemiştir.

### c. 2675 ve 5718 Sayılı Kanunlarda Atıf

Türk hukukunda atfa ilişkin hükümler MÖHUK ve Türk Ticaret Kanunu'nda<sup>28</sup> yer almaktadır. 5718 sayılı Kanun'da atıf, 2675 sayılı Kanun'da olduğu gibi ikinci maddenin üçüncü fıkrasında hükme bağlanmıştır. Buna göre, "*uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması, sadece kişinin hukuku<sup>29</sup> ve aile hukukuna ilişkin ihtilâflarda dikkate alınır ve bu hukukun maddî hukuk hükümleri uygulanır.*"<sup>30</sup>

<sup>28</sup> Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) atfa ilgili benzer bir düzenlemenin mevcut olduğunu belirtmek gerekir. TTK m. 678'e göre "Bir kimsenin poliçe ile borçlanması için gereken ehliyeti tabi bulunduğu devletin kanunu ile tayin olunur. Eğer bu kanun diğer bir memleketin kanununa atıfta bulunuyorsa o kanun tatbik olunur" Poliçe ile borçlanma ehliyetine ilişkin bu hüküm, bono ve çek hakkında da tatbik olunur (TTK m. 690 ve 730).

<sup>29</sup> Söz konusu maddede "kişinin hukuku" ifadesi geçmekle beraber, Gerekeçde açıkça belirtildiği üzere, Türk Medeni Kanununun kavramlarının burada da kullanılması gerektiği düşünülmektedir. Türk Medeni Kanununun İkinci Kitabının başlığı ise, "kişinin hukuku" değil, "kişiler hukuku" olarak yazılmıştır. Belirtilen nedenlerle bu çalışmadaki açıklamalarda "kişiler hukuku" ifadesi tercih edilmiştir.

<sup>30</sup> 5718 sayılı Kanun m. 2/3'ün gerekçesi şöyledir: "2675 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan ve "atıf" "renvoi" diye isimlendirilen bu hüküm, her türlü hukukî ihtilâf için uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması hâlinde bu hukukun maddî hukuk kurallarının uygulanmasını öngörmekteydi. Tatbikatta, mahkemelerin yabancı hukuku uygulamasındaki güçlükler ve özellikle yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi hükümlerinden hareketle, diğer bir yabancı hukuku araştırıp bulmasındaki zorluklar dikkate alınarak, mevcut hüküm sadece "kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilâflarla" sınırlandırılmıştır. Çünkü milletlerarası özel hukuk kuralları düzenle-

Görüldüğü üzere, her iki Kanun'da (2675 ve 5718 sayılı Kanunlar) da atfın düzenlendiği yer aynı olmakla beraber hükümlerin içeriğinde farklılık bulunmaktadır.

Her iki Kanun'da da kural olarak atf kabul edilmiştir. Zira kanunlar, yetkili kılınan yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının dikkate alınmasını ve bu kuralların öngördüğü hukukun uygulanmasını emrederek, atfı, kural olarak, reddetmemişlerdir.

Türk hukukunun yetkili kıldığı yabancı devlet hukukunun bağlama kuralları Türk hukukuna veya üçüncü bir devlet hukukuna atıfta bulunabilir. Her iki Kanun da atfın bir kez yapıldıktan sonra durmasını hükme bağlamaktadır.<sup>31</sup> Dolayısıyla yetkili kılınan yabancı hukukun Türk hukukuna veya üçüncü bir devletin hukukuna yaptığı atf, anılan hukuk düzenlerinin maddi hukuk kurallarına yapılmış sayılır ve bu kurallar davada tatbik edilir.

Öte yandan her iki Kanun arasında önemli bir farklılık bulunmaktadır. 2675 sayılı Kanunda atf, genel olarak kabul edilmiştir. Alman (ve kısmen İtalyan) MÖHK'nun atfa ilişkin düzenlemesi bu anlamda 2675 sayılı Kanuna benzemektedir. Buna karşılık 5718 sayılı Kanun'da atf, konu yönünden sınırlandırılmıştır. 5718 sayılı Kanun'a göre atf, sadece kişiler hukuku ve aile hukuku alanlarında yetkili hukukun araştırıldığı hallerde kullanılacaktır, bu alanların dışında atfa başvurulması reddedilmiştir. Bu durumda, 5718 sayılı Kanun'un kişiler hukuku ile ilgili 9-11. maddeleri ve aile hukuku ile ilgili 12-19. maddelerine göre yetkili hukuk tespit edilirken atf kullanılarak uygulanacak hukuk bulunacaktır. Buna karşılık, mirastan, aynı haklardan, sözleşmeden, haksız fiilden ve sebepsiz zenginleşmeden doğan uyuşmazlıklarda atf kullanılmayacaktır.<sup>32</sup> Kanaatimizce atfın konu yönünden

---

nirken kişinin menfaatinden hareket edilen kişinin hukuku ve aile hukuku alanında, kişiye en yakın hukuk olarak kabul edilen "millî hukuk" gibi bir hukukun milletlerarası özel hukuk kurallarının da dikkate alınarak uygulanması adil bir yaklaşımdır. Ayrıca 2 nci maddenin üçüncü fıkrasında atfın genel olarak uygulanacağına ilişkin hüküm yanında uygulanmayacağı halleri saymak yerine, kişinin hukuku ve aile hukuku gibi uygulanacağı konular açıkça hüküm altına alınarak basit ve anlaşılması kolay bir düzenleme getirmek amaçlanmıştır".

<sup>31</sup> Farklı görüş için bkz. Aybay/Dardağan, s. 168 vd.

<sup>32</sup> Başka bir ifade ile 5718 sayılı Kanun'un 20 ilâ 39. maddeleri arasında yer alan bağlama kurallarının gösterdiği devletin maddi hukuk kuralları olayda uygulanacaktır.

sınırlandırılması yerinde olmuştur. Atfın geniş olarak kabul edildiği dönemde atfın bazı hallerde uygulanmasının kullanılan bağlama kuralları nedeniyle bertaraf edildiği kabul edilmekteydi.<sup>33</sup> Örneğin karşılaştırmalı hukuk verilerine bakıldığında aynî haklar konusunda malların bulunduğu yer hukukunun (*lex rei sitae*), akitler alanında tarafların seçtiği hukukun, haksız fiiller alanında ika yeri hukukunun uygulanması genel kabul görmüştür. Dolayısıyla bu alanlarda atıf söze konu olmayacaktır. Bunların dışında günümüzde milletlerarası ticaret hukuku alanındaki güçlü yeknesaklaşma çabalarının neticesinde özellikle akitler alanında kullanılan objektif bağlama kurallarında da kısmen paralellik sağlanmıştır. Öte yandan miras hukuku alanında da atıf uygulaması terk edilmektedir. Mirasa Uygulanacak Hukuka İlişkin Lahey Sözleşmesi'nde (1989)<sup>34</sup> de atıf kabul edilmemiş, ancak Lahey Sözleşmesi'ne taraf olmayan devlet hukukunun uygulanması halinde atfı istisnai olarak düzenlemiştir (m. 4). Belirtilen nedenlerle 5718 sayılı Kanun'da atfın sadece kişiler hukuku (m. 9-11) ile aile hukukuna (m. 12- 19) ilişkin hükümler bakımından uygulanmasının kabulü yerinde olmuştur ve madde bu haliyle uygulama açısından da kolaylık sağlayacaktır.

5718 sayılı Kanun'un atfın uygulanmasına getirdiği ikinci sınırlama ikinci maddenin dördüncü fıkrasında yer almaktadır. Bu hükme göre “uygulanacak hukuku seçme imkânı verilen hâllerde, taraflarca aksi açıkça kararlaştırılmadıkça seçilen hukukun maddî hukuk hükümleri uygulanır.” Gerekece de söz konusu hükmün konuluş amacı şu şekilde açıklanmaktadır: “Maddeye eklenen dördüncü fıkra ile, uygulanacak hukukun taraflarca seçimine imkân verilen bütün hâller için genel bir hüküm getirilmiş ve uygulanacak hukukun taraflarca seçimi hâlinde seçilen hukukun kanunlar ihtilâfî kurallarının dikkate alınmayacağı ilkesi benimsenmiştir. Taraflarca aksi açıkça kararlaştırılmadıkça, seçilen hukukun maddî hukuk hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmiştir. Doktrinde de genellikle kabul edilen bu görüş, bir kanun hükmü hâline getirilmekle, doğabilecek tereddütler berta-

<sup>33</sup> Bkz. Çelikel/Erdem, s. 125-127.

<sup>34</sup> Sözleşme metni için bkz. [http://www.hccc.net/index\\_en.php?act=conventions.text&cid=62](http://www.hccc.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=62). Sözleşme hakkında bilgi için bkz. Tanribilir, F. B., *Kanunî Mirasçılıktan Doğan Kanunlar İhtilâfî*, (Miras), Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Yayınevi, Ankara 2000, s. 207 vd.; Tanribilir, F. B., “Mirasa Uygulanacak Hukuka İlişkin Lahey Sözleşmesi”, (Lahey Sözleşmesi), Prof. Dr. Yılmaz Ayтуğ'a Armağan, MHB, 17-18(1997-1998), s. 429-466.

*raf edilmiştir.*" Hukuk seçimi halinde atfa başvurulmayacağını belirten bu hükmün, bu konuda doğabilecek tereddütleri gidermek amacıyla konulduğu ifade edilmektedir. Belirtilen amaca ulaşıp ulaşılmadığı hususu tartışmaya açık görünmektedir. Zira asıl bu hükmün tereddüde neden olabileceği düşünülmektedir. Eğer üçüncü fıkrada atfın konu yönünden sınırlandırılması yoluna gidilmeseydi, belirtilen gerekçe gerçekten de tereddütleri bertaraf edebilirdi. Çünkü 5718 sayılı Kanun'da, 2675 sayılı Kanun'dan daha fazla, hukuk seçimine yer verilmiştir. MÖHUK'da sözleşmeden doğan borç ilişkileri, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme meseleleri için getirilen birçok bağlama kuralında taraflara uygulanacak hukuku seçme olanağı tanınmıştır.<sup>35</sup> Oysa üçüncü fıkrada açıkça atfın kişiler hukuku ve aile hukukuna ilişkin meselelerde kullanılacağı hükme bağlanmıştır. Kanun'un ikinci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, Kanunda hukuk seçimine yaygın olarak yer verilen hükümlerde zaten atıf söz konusu değildir. Atfın kabul edildiği kişiler hukuku ve aile hukukuna ilişkin bağlama kuralları içerisinde ise, sadece evlilik malları hakkında (m. 15) eşlere sınırlı hukuk seçimi olanağı verilmiştir. Bu durumda, "*tereddütleri bertaraf etme gayesi*" ile Kanun'a ilave edilen dördüncü fıkra, sadece evlilik malları hakkında kabili tatbiktir. 5718 sayılı Kanun'un atfa ilişkin düzenlemesi, İsviçre MÖHK'nun hükmüne oldukça yakındır. Gerek 5718 gerek İsviçre MÖHK aynı konularda atıfla yetkili hukukun bulunmasını öngörmektedir. Ancak İsviçre MÖHK, atfı kendisine yapılması halinde kabul etmektedir.

5718 sayılı Kanun'da ikinci madde dışında, yabancı unsurlu uyumsuzluk için Türk hukukunun yetkili görüldüğü hallerde de, doğal olarak, atfa başvurulmayacaktır. Atıf uygulamasının mümkün olduğu hükümler bu açıdan gözden geçirildiğinde iki tür bağlama kuralı dikkati çekmektedir. Bunlardan birisi, atfın kabul edildiği MÖHUK m. 9-19 hükümlerinde tek yanlı bağlama kurallarının kullanılması ve bu bağlama kurallarıyla Türk hukukunun uygulanmasının hükme bağlanmasıdır.<sup>36</sup> Diğeri ise, MÖHUK m. 9-19 hükümlerinde basamaklı bağlama kuralı kullanılması ve son basamakta Türk hukukunun uy-

<sup>35</sup> Bu konuda bkz. 5718 sayılı Kanun m. 24, 26, 27, 28, 29, 34, 35, 36, 39.

<sup>36</sup> 5718 sayılı Kanun'daki tek yanlı bağlama kurallarına örnek için bkz. m. 9/4, 10/2-3, 11/ c. 2.

gulanmasının kabul edilmesidir.<sup>37</sup> Sayılan her iki halde, Türk hukukunun uygulanması söze konu olduğuna göre, atfa gidilmeyecek ve bu durumda ilgili meseleler hakkında Türk maddi hukuk kuralları uygulanacaktır. Bu noktada şu hususu belirtilmelidir ki, anılan basamaklı bağlama kurallarının diğer basamaklarında (Türk hukukunun uygulanmasının öngörüldüğü son basamak dışında) uygulanacak hukuk atıfla belirlenecektir.

### 3. BÖLGELERARASI KANUNLAR İHTİLÂFI

5718 sayılı Kanun, 2675 sayılı Kanun'dan farklı olarak bölgelerarası kanunlar ihtilâfına ilişkin bir hükme de yer vermiştir. Bölgelerarası kanunlar ihtilâfı, kanunlar ihtilâfı hukukunun bir türü olup<sup>38</sup> milletlerarası sözleşmelerde ve yeni hazırlanan milletlerarası özel hukuk kanunlarında yaygın olarak düzenlenmeye başlanılmıştır.

Somut olaya hukuku uygulanması öngörülen devletin birden fazla bölgeye ayrılmış olması ve bu bölgelerin her birinin diğerinden farklı, kendi hukuk düzenine sahip olması mümkündür. Örneğin ölenin milli hukuku olarak federal devlet yapısına sahip Amerika Birleşik Devletleri hukukunun uygulanmasının öngörülmesi halinde Türk hâkimi bu devletin federe devlet sayısı kadar miras kanunu ile karşı karşıya kalacaktır.

Aslında bu tür devlet içerisinde aynı anda yürürlükte bulunan farklı hukuk düzenleri iki açıdan kanunlar ihtilâfına neden olmaktadır. İlk olarak, birden fazla bölgesel hukuk düzenine sahip olan devlet içerisinde farklı coğrafi bölgeleri ilgilendiren hukuki olay veya işlemler sebebiyle bir kanunlar ihtilâfı çıkabilir. İkinci olarak, yukarıdaki örnekte değinildiği üzere, yer itibarıyla farklı hukuk düzenlerine sahip bir devlet hukuku diğer bir devletin milletlerarası özel hukuk kuralları nedeniyle somut olaya uygulanmak üzere yetkilendirilmiş olabilir. Anılan iki halde de bir devlet içerisinde aynı anda yürürlükte bulunan hukuk düzenlerinden hangisine göre meselenin ele alınacağı sorunu çıkmaktadır.

<sup>37</sup> 5718 sayılı Kanun'daki basamaklı bağlama kurallarına örnek için bkz. m. 12/2, 13/3, 14/1, 15/1, 18/3.

<sup>38</sup> Bkz. Çelikel/Erdem, s. 22 vd.; Nomer/Şanlı, s. 22 vd.

5718 sayılı Kanun'un ikinci maddesine eklenen beşinci fıkraya göre hukuku uygulanacak devlet iki veya daha çok bölgesel birime ve bu birimler de değişik hukuk düzenlerine sahipse, hangi bölge hukukunun uygulanacağı o devletin hukukuna göre belirlenir. Eğer bu devlet hukukunda belirleyici bir hüküm bulunmuyorsa ihtilâfla en sıkı ilişkili bölge hukukunun uygulanması kabul edilmiştir. 5718 sayılı Kanun'da benimsenen bu esas, İtalyan MÖHK m. 18 ve Alman MÖHK m. 4/3'de de yer almaktadır.

Avrupa Birliği'nin akdi borçlara ve akit-dışı borçlara uygulanacak hukuka ilişkin Roma I ve Roma II tüzüklerinde bu konuda farklı bir kural getirilmiştir. Anılan tüzüklere göre, eğer üye devlette her biri kendi akdi ve akit dışı borçları düzenleyen kuralları olan birden fazla birim varsa bu birimlerin hukuku ilişkiye uygulanmak üzere seçilebilir (Roma I m. 22/1; Roma II m. 25/1). Görüldüğü üzere tüzüklerde mesele kendi düzenleme konuları içerisinde ve hukuk seçimi yönünden ele alınmıştır.

### C. DEĞİŞKEN İHTİLÂFLAR

Milletlerarası özel hukukta bağlama kuralının bağlama noktasında zaman içerisinde meydana gelen değişiklik nedeniyle hangi andaki bağlama noktasına göre uygulanacak hukukun tespit edileceği meselesine değişken ihtilâflar denilmektedir<sup>39</sup>. Özellikle vatandaşlık, yerleşim yeri, mutat mesken veya taşınır malların bulunduğu yer gibi bazı bağlama noktalarının zaman içerisinde yerlerinin değişmesi mümkündür. Bu tür değişken bağlama noktalarının kullanıldığı bağlama kurallarında, örneğin doğum anı, evlenme anı gibi, değişiklik öncesi veya değişiklik sonrasında işaret eden ifadelere yer verilebilir. Bu tür bağlama noktasını sabitleyen bir ifade bulunmadığı takdirde hangi anın esas alınacağı tartışma konusu olabilir. Diğer yandan ifa yeri, ika mahalli, inikat yeri veya taşınmaz malların bulunduğu yer gibi bağlama noktalarının kullanıldığı bağlama kurallarında değişken ihtilâfların çıkması, kural olarak, söz konusu değildir.

<sup>39</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer/Şanlı, s. 31 vd.; Çelikel/Erdem, s. 169 vd.; Tekinalp, G., *Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları, (Bağlama Kuralları)*, Vedat Yayınevi, 10. Bası, İstanbul 2009, s. 52.



Değişken ihtilâflar, 2675 sayılı Kanun'da müstakil bir hükümle düzenlenmiştir. 5718 sayılı Kanun da aynı hükmü ihtiva etmektedir. Her iki hüküm arasındaki tek farklılık "ikametgâh" kavramı yerine Türk Medenî Kanunu ile uyum sağlamak amacıyla "yerleşim yeri" kavramının kullanılmasıdır. 5718 sayılı Kanun'un üçüncü maddesine göre, "yetkili hukukun vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutat mesken esaslarına göre tayin edildiği hâllerde, aksine hüküm olmadıkça, dava tarihindeki vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutat mesken esas alınır".

Bu hüküm, yetkili hukukun "vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutat mesken" esasına göre tespit edildiği hallerde hangi andaki vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutat meskenin esas alınacağını düzenlemektedir. 2675 sayılı Kanun'da kişiler hukuku, aile hukuku ve miras hukuku meselelerinde, yetkili hukuk vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutat mesken esasına göre belirlenmiştir. Buna karşılık eşya hukuku (taşınmaz mallar), sözleşme ve haksız fiil alanında da sabit bağlama noktaları kullanılmıştır. Ancak 5718 sayılı Kanun'da ise, üçüncü maddede geçen bağlama noktalarından bazıları sözleşme ve haksız fiil ile ilgili bağlama kurallarında da kullanılmıştır. Dolayısıyla, 2675 sayılı Kanun'a göre, 5718 sayılı Kanun'daki değişken ihtilâflara ilişkin bu genel hükmün uygulama alanı genişlemiştir.

Her iki Kanun'da da değişken ihtilâf çıktığında ilgilinin "dava tarihindeki" vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutat meskenine göre yetkili hukukun belirlenmesi kabul edilmiştir. Ancak yine maddede bu kurala "aksine hüküm olmadıkça" ifadesi ile bir kayıt getirilmiştir. Kanun'da değişken ihtilâflar konusunda dava tarihinden farklı bir anın kabul edilmesi mümkündür. Kanun'daki farklı düzenleme, ya değişken ihtilâflara ilişkin özel bir hüküm ile ya da bağlama noktasını sabitleyen bir ifade ile getirilebilir. 5718 sayılı Kanun'un hükümleri incelendiğinde değişken ihtilâflara ilişkin özel hükümlere ehliyet (m. 9/3), evlilik malları (m. 15/3) ve aynı haklar (m. 21/3) ile ilgili hükümler örnek verilebilir. Bunların dışında bağlama noktasını sabitleyen ifadeler nişanlanmada (m. 12/1, nişanlanma anı), evlenmede (m. 13/1, evlenme anı), evlilik mallarında (m. 15/1, evlenme anı), soybağının kurulmasında (m. 16/1, doğum anı), evlât edinmede (m. 18/1, evlât edinme anı), ölüme bağlı tasarruf ehliyetinde (m. 20/5, tasarrufun yapıldığı an), aynı haklarda (m. 21/1, işlem anında malın bulunduğu yer), sözleşmelerde (m. 24/4, sözleşmenin kuruluşu sırasında), fikrî mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelerde (m. 28/2, sözleşmenin kurulu-

şu sırasındaki işyeri) ve eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmelerde (m. 29/2, sözleşmenin kuruluşu sırasında) rastlanılmaktadır. Sayılan hallerin dışında dava tarihine göre yetkili hukuk belirlenecektir.

#### D. VATANDAŞLIK ESASINA GÖRE YETKİLİ HUKUK

Türk milletlerarası özel hukukunda taraf menfaatinin<sup>40</sup> ağır bastığı meselelerde vatandaşlık bağlama noktası olarak kabul edilmiştir. MÖHUK'da vatandaşlık bağlama noktası kişiler hukuku, aile hukuku ve miras hukuku alanlarında uygulanacak hukukun belirlenmesinde kullanılmıştır. Bağlama kurallarında vatandaşlık bağlama noktasının kabul edilmesi halinde vatandaşlığın belirlenemediği haller söz konusu olabilir. Uygulanacak hukukun belirlenmesinde vatandaşlığı esas alınan kişinin vatansız olması veya birden fazla vatandaşlığa sahip olması mümkündür. Bu hallerde yetkili hukukun nasıl tespit edileceği sorunu çıkmaktadır. Bu sorun 2675 sayılı Kanunda (m. 4) ve 5718 sayılı Kanun'da (m. 4) aynı şekilde hükme bağlanmıştır.

5718 sayılı Kanun'a göre vatansızlar hakkında yerleşim yeri, bulunmadığı hallerde mutat mesken, o da yok ise dava tarihinde bulunduğu ülke hukukunun uygulanması kabul edilmiştir (m. 4/a). Eğer ilgili birden fazla vatandaşlığa sahipse bu takdirde bir ayırım yapılmaktadır. Bu kişiler hakkında aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları halinde Türk hukukunun (m. 4/b); aynı zamanda Türk vatandaşı olmayanlar hakkında da daha sıkı ilişki hâlinde buldukları devlet hukukunun (m. 4/c) uygulanması gerekmektedir. Aynı düzenleme İsviçre MÖHK m. 23/1-2, İtalyan MÖHK m. 19/2 ve Alman MÖHK m. 5/1 hükümlerinde de bulunmaktadır.

5718 sayılı Kanun, 2675 sayılı Kanun'dan farklı olarak, uygulanacak hukukun mülteciler bakımından nasıl belirleneceğine dair bir hüküm de ihtiva etmektedir. Mülteciler, vatansızlarla aynı bentte düzenlenmiş ve haklarında yerleşim yeri, bulunmadığı hâllerde mutat mesken, o da yok ise dava tarihinde buldukları ülke hukukunun uygulanması kabul edilmiştir. 5718 sayılı Kanun'un dördüncü maddesinin gerekçesi bu hükmün konuluş gayesini şu şekilde açıklamaktadır: *"Tasarının 4 üncü maddesinin (a) bendine "ve mülteciler" ibaresinin eklen-*

<sup>40</sup> Bkz. Nomer/Şanlı, s.16; Tekinalp, Bağlama Kuralları, s. 29.

mesinin amacı, sadece, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun uyarınca millî hukukun uygulanması gereken hallerde, vatandaşlıkları olsa bile o ülkenin diplomatik himayesinden çeşitli nedenlerle yararlanamayan bu kişilere Türkiye’de kaldıkları süre içinde yapacakları veya muhatapt oldukları işlemlerde, millî hukuk yerine uygulanacak hukukun ne olduğunu göstermektir. 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Cenevre Sözleşmesinin 22 nci maddesinde bu konuda aynı mealde bir hüküm bulunmakla birlikte, Sözleşmeye katılmamış olan ülkelerden gelen mültecilerin durumunun da düzenlenmesinin gerekli olduğu düşüncesiyle Tasarının 4 üncü maddesine söz konusu ekleme yapılmıştır.” Gerekçede belirtilen 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Cenevre Sözleşmesi’nin<sup>41</sup> 22. maddesi, mültecilerin eğitim hakkının düzenlendiği hükümdür. Gerekçede sehven farklı madde numarası yazılmış olabilir. Sözleşme’nin mültecilerin hukuki statüsüne ilişkin 12. maddesinde “her mültecinin bireysel statüsü, daimi ikametgahının bulunduğu ülkenin yasalarına veya eğer daimi ikametgahı yoksa bulunduğu ülkenin yasalarına tabidir” hükmü yer almaktadır. İsviçre MÖHK m. 24/2, İtalyan MÖHK m. 19/1 ve Alman MÖHK m. 5/2 ile Cenevre Sözleşmesi’ne paralel hükümler getirilmiştir. Adı geçen devletlerin kanunlarında mülteciler hakkında iki basamakta hangi hukukun esas alınacağı düzenlenmiştir. Buna göre mülteciler hakkında önce yerleşim yeri (ikametgâh) hukukunun uygulanması, o bulunmadığı takdirde oturduğu devlet hukukunun uygulanması kabul edilmiştir. Türk kanun koyucusu ise üç basamaklı bir kural getirmeyi tercih etmiştir.

Mülteciler hakkında yapılan eklemenin gerekçesi olarak, “Sözleşmeye katılmamış olan ülkelerden gelen mültecilerin durumunun da düzenlenmesinin gerekli olduğu düşüncesi” verilmiştir. Bilindiği üzere, Cenevre Sözleşmesi olarak tanınan Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Sözleşme, Birleşmiş Milletler tarafından 1951 yılında kabul edilmiştir. 1967 yılında bu Sözleşme’ye ek bir Protokol hazırlanmıştır.<sup>42</sup> Her iki milletlerarası sözleşmeye 140’ dan fazla devlet taraf olmuştur.<sup>43</sup> Birleşmiş Milletler’e üye olan 180 dolayında devlet olduğu düşünüldüğünde Cenevre Sözleşmesi’nin oldukça geniş kabul görmüş bir sözleşme

<sup>41</sup> RG, 5.11.1961-10898.

<sup>42</sup> RG, 5.8.1968-12968.

<sup>43</sup> Cenevre Sözleşmesi’ne taraf olan devletler için bkz. [www.unhchr.ch/html/menü3/b/treaty2ref.htm](http://www.unhchr.ch/html/menü3/b/treaty2ref.htm).

olduğunu söylemek yanlış olmaz. Türkiye her iki milletlerarası sözleşmeye (coğrafi kayıt çekincesi ile) taraftır.

Mültecilerin koşullarının güçlüğü, ülkeler arasında seyahat olanaklarının son derece sınırlı olduğu düşünülürse, Cenevre Sözleşmesi'ne taraf olmayan bir devletten bu devletin mevzuatına göre "mülteci olarak kabul edilen" bir şahsın Türkiye'ye gelmesi neredeyse imkânsız görünmektedir. Ancak böyle bir durumun gerçekleştiğini varsayalım. Burada asıl sorun, Cenevre Sözleşmesi'ne taraf olmayan bir devletten gelen kişinin "mülteci" statüsünün nasıl belirleneceğidir. Zira çeşitli sebeplerle zulme uğrayan veya zulme uğrama tehlikesi olduğu için vatanı olduğu devleti terk eden kişiler söz konusudur. Ülkelerinden kaçan bu kişiler, vatanı olmadıkları bir devlete sığınmaktadırlar ve bu kişilere sığınmacı (*asylum seeker*) denilmektedir. Eğer sığınılan devlet Cenevre Sözleşmesi'ne taraf ise bu sözleşme hükümlerine göre, taraf değilse kendi mevzuatına göre<sup>44</sup> bu kişilere mülteci (*refugee*) statüsünü verir.<sup>45</sup>

Cenevre Sözleşmesi hükümlerine göre taraf devletler, mülteci statüsünü tanıdıkları kişilere karşı sözleşmede düzenlenen yükümlülükler altına girmektedirler. Elinde Cenevre Sözleşmesi'ne taraf olan bir devletten verilmiş bir kimlik belgesi veya seyahat belgesi bulunan mülteciler taraf devletlerde ikamet edebilir (m. 26) ve bu devlet içerisinde ve diğer devletlere seyahat edebilir (m. 27-28). Cenevre Sözleşmesi ve Ek Protokole taraf olan devletlerin çekince ve beyanları incelendiğinde mülteci statüsünün verilmesi ağır şartlara tabidir. Hal böyle iken milletlerarası özel hukuk meselelerini düzenleyen bir kanunun gerekçesinde tartışmaya yol açacak ifadelerin kullanılmaması ve Gereke ile Kanun'un dördüncü maddesinde Cenevre Sözleşmesi'ne paralel bir düzenlemenin yapılması ve bunun belirtilmesi daha isabetli olurdu.

<sup>44</sup> Türk hukukunda Cenevre Sözleşmesi ve Ek Protokol dışında mülteci ve sığınmacılara ilişkin hükümler bir yönetmelikte yer almaktadır. Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar İle Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik için bkz. RG, 30.11.1994-22127.

<sup>45</sup> Bu konuda bkz. Tanrıbilir, "Sığınma Hakkı ve Sığınmacılık", (Sığınmacılık), *Hukuk Kurultayı* 2004, 9 Ocak 2004, Ankara 2004, s. 228-237.

## E. KAMU DÜZENİNE AYKIRILIK

Kural olarak, hâkimin bağlama kurallarıyla yetkili kılınan yabancı hukukun uyuşmazlığa uygulanması gerekir (MÖHUK m. 2/1). Somut olaya uygulanması söz konusu olan yabancı kanunun hâkimin mensup olduğu devletin kamu düzenini bozmaması gerekir. Eğer yetkili kılınan yabancı kanunun uygulanması hâkimin mensup olduğu devletin kamu düzenine aykırılık teşkil ediyorsa, bu kanun somut olayda tatbik edilmez. Uygulanması hâkimin mensup olduğu devletin kamu düzenine tahammül edilemez şekilde aykırılık teşkil eden yabancı kanunun uygulanmasına “*kamu düzenine aykırılık*” nedeniyle müdahale edilmesi kabul edilmektedir.<sup>46</sup>

Kanunlar ihtilâfı hukuku bakımından “*kamu düzenine aykırılık*” kavramının tam olarak tanımını yapmak mümkün değildir. Çünkü “*kamu düzenine aykırılık*” anlayışı zamana ve yere göre değişebilmektedir.<sup>47</sup> Örneğin iki farklı devlette aynı anda yürürlükte bulunan kanunlardan birisinde evlilik devam ederken doğan çocuk ile evlilik dışında doğan çocuğun miras payı farklı düzenlenirken, diğerinde böyle bir ayırım yapılmıyor olabilir. Bir diğerinin kanununu uygulamak durumunda olan hâkimler için bu tür farklılık kamu düzenine aykırılık teşkil edebilir. Bunun yanı sıra bir devlet hukukunda bir dönem mirasçılarının payları soy bağına göre farklı tespit edilirken daha sonra eşitlik esası kabul edilebilir. Bu olasılıkta ise aynı devlet içerisinde kamu düzenine aykırılık anlayışında değişiklik meydana gelmektedir.

Kanunlar ihtilâfı hukukunda hangi hallerde yabancı hukukun uygulanmasının tahammül edilemez sonuçlar doğuracağını önceden tespit etmek kolay değildir. Genellikle kamu düzenine aykırılığın, yetkili kılınan yabancı hukukun olaya uygulanan hükümlerinin hâkimin hukuk düzeninin temel ilkelerine, toplumun ahlâk anlayışına, anayasal hak ve özgürlüklerine aykırılık teşkil etmesi halinde ortaya çıktığı kabul edilmektedir.<sup>48</sup> Herhalde nelerin kamu düzenine aykırılık teşkil edeceğini belirlemek hâkimin takdirine bırakılmıştır.

<sup>46</sup> Kamu düzenine aykırılık hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Göğçer, s. 94 vd.; Nomer/Şanlı, s. 163 vd.; Çelikel/Erdem, s. 149 vd.; Ökçün, G., *Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni*, Ankara Üniversitesi, Siyasal Bilimler Fakültesi Yayını, Ankara 1967.

<sup>47</sup> Bkz. Göğçer, s. 98.

<sup>48</sup> Bkz. Göğçer, s. 100 vd.; Nomer/Şanlı, s. 167, 173 vd.; Çelikel/Erdem, s. 162 vd.

2675 sayılı Kanun, yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde, bu hükmün uygulanmamasını; gerekli görülen hallerde, Türk hukukunun uygulanmasını hükme bağlamıştı (m. 5). 5718 sayılı Kanun ile bu maddede herhangi bir değişiklik yapılmamış, hüküm aynen muhafaza edilmiştir (m. 5). Anılan hükümlerle Türk hukukunda kamu düzenine aykırılığın istisnai niteliği kabul edilmiştir. Kanunda kamu düzenine aykırılığın "açıkça" olması gerektiği belirtilmiştir. Kural olarak, hâkim kendi hukuk düzenindeki kurallardan farklı bile olsa yabancı kanun hükümlerini uygulamakla görevlidir. Yetkili kılınan yabancı kanunun uygulanması sonucu verilen karar, Türk kamu düzenini açıkça bozduğu ölçüde uygulanmayacaktır.<sup>49</sup>

Kamu düzenine aykırılık, iki şekilde etkisini göstermektedir. Kamu düzenine aykırılığın birinci etkisi olumsuz etkidir.<sup>50</sup> Kamu düzenine aykırılığın ikinci etkisi ise, önce olumsuz sonra olumlu etkidir.<sup>51</sup> Türk hukukunda her iki etki de kabul edilmiştir. Kanun'un 5. maddesine göre hâkim gerekli gördüğü hallerde Türk hukukunu uygulayacaktır.<sup>52</sup>

Türk kamu düzenine aykırılığın olumsuz etkisi nedeniyle yabancı kanunun uygulanmamasından kaynaklanan boşluğun hangi hukuk düzeninin kuralları ile doldurulacağı hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş, yabancı hukuk kuralının kamu düzenimize aykırı olması halinde uygulanmamasını ve yerine Türk hukukunun uygulanması gerektiğini savunmaktadır.<sup>53</sup> Bizim de katıldığımız diğer

<sup>49</sup> Bkz. Nomer/Şanlı, s. 165 vd.; Çelikel/Erdem, s. 157 vd.

<sup>50</sup> Kamu düzenine aykırı olarak telakki edilen yetkili yabancı kanunun uygulanmaması onun olumsuz etkisidir. Örneğin kendi milli hukuklarında aynı cinsten kişilerin evlenmesini kabul etmiş bir devletin vatandaşı olan iki kişinin Türkiye'de evlenmek istemesi halinde (MÖHUK m. 13/1) Türk kamu düzeninin olumsuz etkisi devreye girerek bu evliliğin ülkemizde yapılmasına engel olur.

<sup>51</sup> Örneğin ana babaya çocuğun nafaka yükümlülüğünü düzenlemeyen yetkili yabancı kanun Türk kamu düzenine aykırılık teşkil eder ve bu nedenle uygulanmaz. Bu durum kamu düzenine aykırılığın ilk etkisi, olumsuz etkisidir. Kamu düzenine aykırılık teşkil eden yetkili yabancı kanun yerine Türk hukukuna göre nafakaya hükmedilmesi halinde ise olumlu etki ortaya çıkar.

Kamu düzenine aykırılık teşkil eden hükmün uygulanmaması halinde hangi hukuk düzenine müracaat edileceğine ilişkin farklı görüşler için bkz. Göğer, s. 100; Nomer/Şanlı, s. 169 vd.

<sup>52</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Ökçün, s. 41; Göğer, s. 99; Nomer/Şanlı, s. 171; Çelikel/Erdem, s. 157-158.

<sup>53</sup> Göğer, s. 100; Çelikel/Erdem, s. 157.

görüş, yabancı hukuk kuralı kamu düzeni sebebiyle uygulanamıyorsa doğan boşluğun yine yabancı hukukun hükümleriyle doldurulmasını prensip olarak kabul etmektedir.<sup>54</sup> Ancak anılan görüş, yabancı hukukta yer alan hükümlerin tamamının kamu düzenimize aykırılık teşkil etmesi halinde Türk hukukunun uygulanacağını belirtmektedir.<sup>55</sup> Türk hukukunda kamu düzeni müdahalesinin istisnai niteliği kabul edilmiştir. Bu nedenle esas olan, Kanun'da yer alan bağlama kurallarının gösterdiği devlet hukukunun uygulanmasıdır. Yetkili kılınan yabancı kanun hükmü kamu düzenimize aykırı olmakla beraber, bu hüküm dışındaki hükümlerle sonuca varılabiliyorsa yetkili hukukun uygulanmasına devam edilmelidir. Eğer söz konusu yabancı hukuk ile sonuca varılamıyorsa, yetkili hukukun tespit edildiği bağlama kuralına geri dönülmesi yerinde olacaktır. Somut olaya uygulanan bağlama kuralı, basamaklı bağlama kuralı ise, sonraki basamağa göre uygulanacak hukuk yeniden araştırılmalıdır.<sup>56</sup> Belirtilen sonuca 5718 sayılı Kanun'un 5. maddesinin ifadesinden hareketle varılmaktadır. Anılan maddede "*gerekli görülen hallerde*" Türk hukukunun uygulanması öngörülmektedir. Dolayısıyla öncelikle bağlama kurallarımızın gösterdiği hukuk somut olayda uygulanmalı, gerekli görülürse Türk hukukuna başvurulmalıdır.

Çalışmada karşılaştırılan diğer devletlerin milletlerarası özel hukuk düzenlemeleri ele alındığında, onların da kamu düzenine ilişkin özel bir hüküm getirdikleri gözlenmektedir. İsviçre MÖHK 17. maddesi ile yabancı kanunun uygulanmasına, İsviçre kamu düzeniyle bağdaşmayan sonuçlar doğurması halinde istisna getirmiştir. İsviçre hukukunda kamu düzenine aykırılığın sadece olumsuz etkisini hükme

<sup>54</sup> Bkz. Ökçün, 92; Nomer/Şanlı, s. 184.

<sup>55</sup> Nomer/Şanlı, s. 184.

<sup>56</sup> Muhtemelen 5718 sayılı Kanun'un basamaklı bağlama kurallarının ikinci basamağında işaret edilen hukuk düzeni ile hâkimin hukuku kesişecektir. Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tesis eden kurallar göz önünde bulundurulduğunda (m. 40-46) davaların Türkiye'de açılabilmesi, tarafların veya taraflardan birinin ülkemizde oturuyor olması şartının gerçekleşmesine bağlıdır.

MÖHUK'da şahsın hukuku ve aile hukukuna ilişkin bağlama kurallarında genel olarak tarafların mutata meskenlerinin bulunduğu devlet hukukunun uygulanması öngörülmektedir (örn. m. 13, 14, 15, 18). Sözleşme alanında getirilen bağlama kurallarında da ikinci basamakta taraflardan birinin işyerinin veya mutata meskeninin bulunduğu devlet hukukunun uygulanması hükme bağlanmıştır (örn. m. 24, 26, 27, 28).

bağlayan bir kuralın getirildiği görülmektedir. Alman MÖHK'da ise Türk hukukundaki kamu düzenini düzenleyen hükme kısmen benzeyen bir hüküm yer almaktadır. Anılan Kanun'un 6. maddesine göre yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Alman hukukunun temel ilkelerine açıkça aykırı olması halinde, bu hüküm uygulanmaz. Özellikle temel hakları düzenleyen hükümlerle bağdaşmayan yabancı kanunun uygulanmayacağı da belirtilmiştir. Bu hüküm, yabancı kanunun açıkça kamu düzenine aykırı olması halinde uygulanmayacağından belirtilmesi yönünden 5718 sayılı Kanun'a benzemektedir. Ancak Alman MÖHK'da da kamu düzenine aykırılığın sadece olumsuz etkisinin düzenlendiği görülmektedir.

Avrupa Birliği'nin Roma I ve Roma II olarak adlandırılan tüzüklerinde de Alman MÖHK'ya benzeyen hükümler yer almaktadır. Roma I Tüzüğü'nün 21. maddesi ile Roma II Tüzüğü'nün 26. maddesinde, tüzüklere göre yetkili kılınan devlet hukukunun uygulanmasının ancak hâkimin kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde reddedilebileceği belirtilmiştir.

Buna karşılık İtalyan MÖHK'daki kamu düzeni hükmü daha ayrıntılıdır. Söz konusu Kanun'un 16. maddesinde kamu düzeni ile bağdaşmayan yabancı kanunun uygulanmayacağı belirtildikten sonra gerekiyorsa, diğer bağlama noktaları ile yetkili hukukun tespit edilmesi, başka bağlama noktası bulunmuyorsa İtalyan hukukunun uygulanması öngörülmüştür. İtalyan MÖHK'nun bu düzenlemesi kamu düzenine aykırılığın her iki etkisini de içermektedir. Kamu düzenine aykırılığın önce olumsuz sonra olumlu etkisinin ortaya çıkması halinde hangi hukukun uygulanacağı hususunda getirdiği çözüm ilginçtir. Kanuna göre yetkili kılınan yabancı hukuk kamu düzenine aykırı ise olumlu etki için ilgili bağlama kuralındaki diğer bağlama noktalarına başvurularak yeniden yetkili hukukun tespiti gerekmektedir. Kademeli bağlama kurallarının kullanıldığı hallerde bu yola başvurulabilecektir. Ancak eğer kademeli bağlama kuralı yoksa İtalyan hukukunun uygulanması kabul edilmiştir. İtalyan Kanun'unun bu düzenlemesi ile diğer kanun ve tüzüklerden farklı bir muhtevaya sahip olduğu açıktır.



## F. DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLAR

Tarihî gelişimi içinde yabancı unsurlu hukuki ilişki veya olaylardan doğan kanunlar ihtilâflarını halletmek üzere muhtelif metodlar geliştirilmiştir.<sup>57</sup> Günümüzde en yaygın olarak kullanılan metod, ihtilâfçı metoddur. İhtilâfçı metod, bağlama kuralları vasıtasıyla kanunlar ihtilâfı meselelerini halletmeye çalışmaktadır. Yabancı unsurlu hukuki ilişki veya olaylar söz konusu olduğunda bağlama kurallarının gösterdiği devletin hukuk kuralları somut olaya uygulanır. Ayrıca bir hukuk düzeninde “doğrudan uygulanan kurallar”, “müdahaleci kurallar” veya “emredici kurallar” olarak adlandırılan kurallar da mevcut olabilir. Doğrudan uygulanan kurallar, bir hukuk düzeninde devletin temel organizasyonuna (hukukî, siyasî, sosyal, ekonomik yapısına, toplumun ahlâk anlayışına) ilişkin olarak getirilmiş emredici nitelikte kurallardır.<sup>58</sup> Örneğin ithalat ve ihracata yönelik kurallar, işçiyi, tüketiciyi, kiracıyı koruyan hükümler, devletin ekonomik, sosyal ve hukuki yapısı ile yakından ilişkilidir. Bu tür kurallar kendi uygulama alanlarını kendileri belirlerler. Örneğin Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun<sup>59</sup> uygulanma alanını kendisi açıkça tayin ederken, (Türk) Borçlar Kanunu’nun<sup>60</sup> fahiş cezai şartın tenkisine ilişkin m. 161/II hükmünün uygulama alanı, kuralın uygulanma amacından yorumla belirlenmektedir. Bu nedenden ötürü söz konusu emredici kurallar, düzenleme alanlarına giren yabancı unsurlu olan veya olmayan her türlü mesele hakkında uygulanır.

Doğrudan uygulanan kurallarla üç yerde karşılaşılabilir. Bu tür kurallar hâkimin hukuk düzeninde veya yabancı unsurlu hukuki ilişki veya olaya uygulanacak yabancı bir devletin hukuk düzeninde yahut yabancı unsurlu hukuki ilişki veya olayla irtibatlı üçüncü bir devletin hukuk düzeninde yer alabilir. Hâkim, kendi hukuk düzeninde o mesele hakkında uygulanma iddiası olan doğrudan uygulanan kurallara

<sup>57</sup> Kanunlar ihtilâfı hukukunun tarihi gelişimi için bkz. Göger, s. 26 vd.; Nomer/Şanlı, s. 51 vd.

<sup>58</sup> Söz konusu kurallar hakkında bkz. Çelikel/Erdem, s. 154 vd.; Tekinalp, *Bağlama Kuralları*, s. 55, 361 vd.; Nomer/Şanlı, s. 63 vd.; Aybay/Dardağan, s. 141 vd.; Tiryakioğlu, B., *Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilâfı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Yayınları, Ankara 1997, s. 30 vd.; Doğan, V., *Banka Teminat Mektupları*, Genişletilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s. 333 vd.

<sup>59</sup> RG, 27.5.1955-9013.

<sup>60</sup> RG, 29.4.1926-359.

sahipse bu kuralları somut olayda tatbik edecektir. Ancak hâkimin hukuk düzeninde bu tür kurallar mevcut değilse, kendi bağlama kurallarına göre mesele hakkında tatbik edilecek devlet hukukunu belirleyecektir. Somut mesele hakkında kanunları uygulanacak devletin hukuk düzeninde bu tür kurallar varsa,<sup>61</sup> bu kurallar da uygulanır. Hatta uyuşmazlıkla ilgili olduğu ölçüde üçüncü bir devletin hukuk düzeninde bulunan doğrudan uygulanan kuralların da uygulanması kabul edilmektedir.

Muhtelif devletlerin milletlerarası özel hukuk kanunlarında ve milletlerarası sözleşmelerde doğrudan uygulanan kurallar hakkında hükümlere yer verilmektedir. EHVK'nun mehazı Fransız Medeni Kanun'unda (m. 3/1) emniyet ve asayişe ilişkin kuralların herkesi bağladığı hükmü yer almaktadır. Alman MÖHK (m. 34), İsviçre MÖHK (m. 18) ve İtalyan MÖHK (m. 17)'da anılan devletlerin hukukunda bulunan özel amaçları nedeniyle emredici olan kurallar, bağlama kurallarının uygulanmasında saklı tutulmuşlardır.

Türk hukukunda doğrudan uygulanan kurallar, EHVK'nun ikinci maddesinde emniyet ve asayişe ilişkin kurallar olarak ifade edilmişti.<sup>62</sup> 2675 sayılı Kanun'da bu konuda herhangi bir hüküm yer almıyordu. 5718 sayılı Kanun'un tasarısında da sözleşmelerden doğan borç ilişkilerinde üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına dair özel bir hükmün dışında konuya dair herhangi bir hüküm bulunmuyordu. Ancak tasarıya daha sonra hâkimin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin genel bir hüküm eklenmiştir. 5718 sayılı Kanun'un "*Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları*" başlıklı 6. maddesine göre, "*yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hâllerde o kural uygulanır.*" Madde kaleme alınışı itibariyle, başlangıçta (*yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda*), bu Kanun'daki bağlama kurallarının gösterdiği yabancı devletin hukukunda yer alan doğrudan uygulanan kuralların dikkate alın-

<sup>61</sup> Yabancı hukuktaki doğrudan uygulanan kuralların uygulanması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp, Bağlama Kuralları, s. 364; Tiryakioğlu, s. 33- 38; Doğan, 337 vd.

<sup>62</sup> Bu konuda bkz. Seviğ, M. R., "Emniyet ve Asayiş Kanunları Hangileridir?", *İÜHF*M, 5(1939), s. 107 vd.; Göğler, s.143-144.

masını hükme bağlamış görünmektedir.<sup>63</sup> Öte yandan, yetkili yabancı hukukun uygulandığı bir uyuşmazlıkta sonradan Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının müdahale etmesi hususu düzenlenmektedir. Kanun'a sonradan eklenen altıncı madde hükmünün ifadesi gerçekten doğrudan uygulanan kurallar konusunda ciddi tereddüde neden olacak gibi görünmektedir.<sup>64</sup> Bununla beraber, 5718 sayılı Kanun'un altıncı maddesinin Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarını düzenlediği sonucuna, hükmün ifade tarzına rağmen, ulaşılabilmektedir.<sup>65</sup>

5718 sayılı Kanun'un tasarısında ise sözleşmelere uygulanacak hukukun düzenlendiği maddeler arasında, sözleşmeler alanıyla ilgili olarak doğrudan uygulanan kurallar düzenlenmiştir. Tasarı m. 30<sup>66</sup> ve 5718 sayılı Kanun m. 31'e göre, *"sözleşmeden doğan ilişkinin tâbi olduğu hukuk uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir. Söz konusu kurallara etki tanımak ve uygulayıp uygulamamak konusunda bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınır."* Tasarı'da 30. maddenin konuluş gayesi de açıklanmıştır. Gerekçede milletlerarası sözleşmeler hukukunda doğrudan uygulanan kuralların sözleşme ile ilgili üçüncü devlet hukukunda yer alması hâlinde sözleşmeyle ilişkisinin güçlü olması şartıyla dikkate alınabildiği hususuna dikkat çekilmiştir.<sup>67</sup> Bu nedenle, tasarıda üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına zorunlu olmamakla birlikte, çıkabilecek istenmeyen sonuçları önlemek için etki tanınmasını sağlayan bir düzenlemeye gidildiği ifade edilmiştir.

<sup>63</sup> Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin müstakil bir hükmün tasarıya konulması MÖHUK hazırlayanlar tarafından gereksiz görülmüştür. Tasarı'yı hazırlayanların 30. maddenin gerekçesinde de ifade ettikleri üzere, hâkimin hukukundaki doğrudan kuralların uygulanması konusunda hiçbir tereddüt bulunmamaktadır. Bkz. Tekinalp, 2007, s. 323-324; Çelikel/Erdem, s. 380.

<sup>64</sup> Aynı yönde bkz. Nomer/Şanlı, s. 187; Aybay/Dardağan, s. 147.

<sup>65</sup> Bkz. Nomer/Şanlı, s. 327 vd.. Öte yandan, 5718 sayılı Kanunu hazırlayanların tartışmasız olarak kabul edildiği için tasarıya koymaktan vazgeçtikleri Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin genel hükmün ne kadar gerekli olduğu ortaya çıkmıştır.

<sup>66</sup> Tasarı'da m. 30'un başlığı ve metinde "müdahaleci kurallar" ifadesi kullanılmıştır.

<sup>67</sup> Gerekçeye göre, hâkimin hukukunda ve seçilen hukukta bulunan doğrudan uygulanan kuralların tereddütsüz uygulanması zaten kabul edilmektedir.

Türk hukukunda sadece akitler alanında üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilmesi (ve uygulanabilme) ihtimali düzenlenmiştir. Buna karşılık, İsviçre MÖHK'da uyuşmazlıkla ilgili üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının dikkate alınması hususuna genel bir hükümle yer verildiği görülmektedir (m. 19). Roma I Tüzüğü m. 9/III hükmünde akitler, Roma II Tüzüğü m. 16 hükmünde akit dışı borçlar bakımından üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının dikkate alınabilmesi hükme bağlanmıştır. Söz konusu Avrupa Birliği metinlerine göre, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları onların mahiyeti ve amacı ile uygulanıp uygulanmamalarının sonuçlarına göre etkisini gösterecektir.

5718 sayılı Kanun'daki iki maddede de yetkili kılınan yabancı hukukun doğrudan uygulanan kuralları hakkında hüküm bulunmamaktadır. Ancak ilgisi olduğu ölçüde üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının dikkate alınması kabul edildiğine göre, yetkili kılınan yabancı hukukun bir parçasını oluşturan doğrudan uygulanan kurallarının da uygulanabileceği sonucuna varılabilir.<sup>68</sup> Türk kamu düzenine aykırılık hali, yabancı hukukun doğrudan uygulanan kurallarının tatbikinde sınırı oluşturacaktır.

## G. HUKUKİ İŞLEMLERDE ŞEKİL

İç hukukta irade beyanını açıklamak üzere kullanılan vasıtalar şekli oluşturmaktadır.<sup>69</sup> Bazı hukuki işlemlerin geçerli olarak meydana gelebilmesi için irade beyanının kanunda gösterilen şekilde açıklanması gerekir. Örneğin evlenme iradesinin yetkili memur önünde açıklanması mecburiyeti bulunmaktadır (TMK m. 142, 155).

Türk milletlerarası özel hukukunda yabancı unsurlu hukuki işlemlerin geçerlilik şartı olan şeklin hangi hukuka tabi tutulacağı meselesi iki şekilde düzenlenmiştir. Önce şekle uygulanacak hukuk genel bir hükümle tespit edilmiştir. Daha sonra genel hükmün dışında kural getirilmesi gerektiği düşünülen bazı hukuki işlemler için özel olarak şekil kuralları getirilmiştir.

<sup>68</sup> Ayrıca bkz. Nomer/Şanlı, s. 328.

<sup>69</sup> Bkz. Eren, F., *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş 10. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2008, s. 236 vd.; Kılıçoğlu, A. M., *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, Genişletilmiş 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2004, s. 70 vd.

5718 sayılı Kanun m. 7 benzeri bir hüküm, Alman MÖHK m. 11/1'de bulunmaktadır. Alman kanununda da işlemin yapıldığı yer hukukunun veya işlemin esasına uygulanan hukukun öngördüğü şekle uygun olma aranmaktadır. Ancak Alman kanununda bu genel kuralın düzenlendiği birinci fıkradan sonra akitlerde şekil ile ilgili özel hükümler gelmektedir. İsviçre ve İtalyan MÖHK'larında genel olarak şekli düzenleyen herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Roma I Tüzüğü m. 11/I hükmünde akitler, Roma II Tüzüğü m. 21 hükmünde akit dışı borçlar bakımından şeklin tabi olacağı hukuk düzenlenmiştir.

### 1. GENEL KURAL

5718 sayılı Kanun'da hukuki işlemlerin şeklini *genel olarak düzenleyen hüküm* yedinci maddede yer almaktadır. Anılan hüküm, 2675 sayılı kanun ile aynı esasa dayanmaktadır.<sup>70</sup> 2675 sayılı Kanun'un şekli düzenleyen hükmünün ifadesinde iki değişiklik yapılarak 5718 sayılı Kanun'un yedinci maddesi düzenlenmiştir. 5718 sayılı Kanun'un yedinci maddesine göre<sup>71</sup> "Hukukî işlemler, yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddî hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir." Yedinci maddede yapılan ilk değişiklik, "yapıldıkları yer hukukunun" ifadesine yerine "yapıldıkları ülke<sup>72</sup> hukukunun" ifadesinin kullanılmasıdır. İkinci değişiklik ise hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukukun tespitinde atfa başvurulmasını engelleyen bir ifade tarzının tercih edilmiş olmasıdır. Yedinci maddede işlemin yapıldığı devletin hukukunun veya işlemin esasına uygulanan hukukun maddi hukuk hükümlerinin uygulanması öngörülmüştür.

<sup>70</sup> 2675 sayılı Kanun'un hukuki işlemin şekline uygulanacak hukuku düzenleyen altıncı madde hükmü şöyledir: "Hukuki işlemler, yapıldıkları yer hukukunun veya o hukuki işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir."

<sup>71</sup> Hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuk hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer/Şanlı, s. 210 vd.; Çelikel/Erdem, s. 193 vd.; Tekinalp, Bağlama Kuralları, s. 106 vd.; Uluocak, N., *Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1989, s. 34 vd.

<sup>72</sup> "Ülke" devletin unsurlarından birisidir. Bu nedenle MÖHUK'nda "ülke hukuku" yerine "işlemin yapıldığı devlet hukuku" ifadesinin kullanılması daha yerinde olurdu.

5718 sayılı Kanun'un yedinci maddesi, ihtiyari bir bağlama kuralı getirmektedir.<sup>73</sup> Hukuki işlemlerin şekli, yapıldıkları devletin hukukunun (*locus regit actum*) veya o hukuki işlemin esasına uygulanan hukukun (*lex causae*) öngördüğü şekil kurallarına tabidir. Böylece mümkün olduğunca hukuki işlemlerin şekil bakımından geçersizliğinin ileri sürülmesine engel olunmak istenmektedir. Dolayısıyla milletlerarası özel hukukunda işlem menfaatinin<sup>74</sup> sağlanması hedeflenmektedir.

## 2. ÖZEL ŞEKİL KURALLARI

5718 sayılı Kanunda hukuki işlemlerin şeklini *özel olarak düzenleyen hükümler* Kanun'un evlenme (m. 13/2), ölüme bağlı tasarruflar (m. 20/4), taşınmazlar üzerindeki aynî haklar (m. 21/4) ve tüketici sözleşmelerine (m. 26/3) ilişkin hükümlerinde getirilmiştir.<sup>75</sup>

### a. Evlenmenin Şekli

5718 sayılı Kanun'a göre "*evliliğin şekline yapıldığı ülke hukuku uygulanır*" (m. 13/2). Bu hüküm ile genel hükümdeki ihtiyari bağlanma

<sup>73</sup> İhtiyari bağlama kuralı (fakültatif bağlama) veya seçmeli bağlama kuralı hakkında bkz. Nomer/Şanlı, s. 95.

<sup>74</sup> 5718 sayılı Kanun'un gerekçesinde milletlerarası özel hukuk menfaatlerine açıkça dayanıldığı görülmektedir. Milletlerarası özel hukuk menfaatleri hakkında bkz. Arat, T., *Evlât Edinmeye İlişkin Bağlama Kuralları*, (tez-çoğaltılmış nüsha), Ankara 1982, s. 21 vd.; Nomer/Şanlı, s. 16 vd.; Tekinalp, *Bağlama Kuralları*, s. 28 vd.

<sup>75</sup> Türk Ticaret Kanunu'nun kıymetli evrakı düzenleyen hükümleri arasında poliçe, bono ve çekin şekline ilişkin hükümler de bulunmaktadır. TTK m. 679 hükmüne göre poliçe ile yapılan taahhütlerin şekli taahhütlerin imzalandığı yer hukukuna tabidir. Bu hüküm bono hakkında da aynen uygulanır (m. 690). Çeke ait taahhütlerin şekli ise bu taahhütlerin imza edilmiş olduğu memleketin kanununa göre belirlenir. Bununla beraber, ödeme yeri kanuniyle emredilen şekillere uyulması da kâfidir (m. 732).

Öte yandan TTK m. 679 ikinci ve üçüncü fıkralarında bu konuda karşılaşılabilecek özel durumlar hakkında hükümler bulunmaktadır: "Bir poliçe taahhüdü, vuku bulduğu ülkenin kanunları hükmünce şekil bakımından muteber olmamakla beraber aynı poliçeye ilişkin sonraki bir taahhüdün vuku bulduğu ülke kanunlarınınca muteber bulunursa ilk taahhüdün şekil bakımından muteber olmayışı, sonraki taahhüdün muteberliğine hâlel getirmez.

Bir Türkün yabancı memlekette yapmış olduğu bir poliçe taahhüdü Türk mevzuatının gösterdiği şekle uygun bulunduğu takdirde Türkiye'de başka bir Türk'e karşı muteberdir". Bu fıkralar bono ve çek hakkında da tatbik olunur.

dan farklı olarak sadece işlemin yapıldığı devlet hukukunun mecburi olarak uygulanması kabul edilmektedir.<sup>76</sup>

### b. Ölüme Bağlı Tasarrufların Şekli

5718 sayılı Kanun'a göre "ölüme bağlı tasarrufun şekline 7 nci madde hükmü uygulanır. Ölenin millî hukukuna uygun şekilde yapılan ölüme bağlı tasarruflar da geçerlidir (m. 20/4). Kanun koyucu, ölüme bağlı tasarrufların şekli konusunda getirdiği hükümde genel bağlama kuralında yer alan hükmü genişletmiştir. Ölüme bağlı tasarrufun şekli şu üç devletten birinin hukukuna uygun olarak yapılmışsa geçerlidir: MÖHUK m. 7'de öngörülen işlemin yapıldığı devlet hukuku ve işlemin esasına uygulanan devlet hukuku ile Kanun m. 20'de öngörülen ölenin milli hukuku. Bu durumda "işlemin yapıldığı devlet hukuku", ölüme bağlı tasarrufun düzenlendiği devletin hukukudur. "İşlemin esasına uygulanan hukuk" ise kendi içerisinde ikiye ayrılmaktadır: miras bırakanın vatan-daşı olduğu devletin hukuku (m. 20/1, c. 1) ile Türkiye'de bulunan taşınmaz tereke bakımından Türk hukuku (m. 20/1, c. 2)<sup>77</sup>. Son olarak bizzat yirminci maddenin hükmü gereği yeniden miras bırakanın vatan-daşı olduğu devletin hukuku gelmektedir.<sup>78</sup>

### c. Taşınmazlar Üzerindeki Aynî Haklara İlişkin Hukukî İşlemlerin Şekli

5718 sayılı Kanun'a göre, "taşınmazlar üzerindeki aynî haklara ilişkin hukukî işlemlere şekil yönünden bu malların buldukları ülke hukuku uygulanır" (m. 21/4). Bu hüküm, şekle ilişkin genel kurala istisna getirmektedir. Genel kuraldaki ihtiyarılığı taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklar bakımından kaldırmaktadır. Genel kuralın hukuki işlemin esa-

<sup>76</sup> Bu çalışmanın konusu 5718 sayılı Kanun'un genel hükümleri ile sınırlı olduğu için evlenmenin şekli hususunda 2675 sayılı Kanun'dan farklılıklara değinilmeyecektir. 2675 sayılı Kanun'da konsoloslukta yapılan evlenmelerin şekline ilişkin bir hüküm yer alıyordu.

<sup>77</sup> Bu seçenekte miras bırakanın milli hukuku veya Türk hukukunun öngördüğü şekle uyulmuş olması yeterlidir. Bkz. Nomer/Şanlı, s. 292.

<sup>78</sup> Bu tekrarın gerekçesinin Türkiye'de taşınmaz terekenin bulunması halinde miras bırakanın milli hukukunun uygulanabilir olmasını temin etmek olduğu belirtilmektedir. Bkz. Tekinalp, *Bağlama Kuralları*, s. 246.

sına uygulanan hukukun şekli de idare etmesine dair kısmı, aynı haklar bakımından mecburi olarak uygulanmaktadır. Zira 5718 sayılı Kanun m. 21 ile taşınmazlar üzerindeki aynı haklar taşınmazın bulunduğu yer hukukuna tabi kılınmıştır. Dolayısıyla işlemin esasına uygulanan hukuk, şekli de idare edecektir.<sup>79</sup>

#### d. Tüketici Sözleşmelerinin Şekli

5718 sayılı Kanun'a göre, "ikinci fıkradaki şartlar altında yapılan tüketici sözleşmelerinin şekline, tüketicinin mutat meskeni hukuku uygulanır" (m. 26/3). Kanun'un tüketici sözleşmelerini düzenleyen maddesinin ikinci fıkrası ise, tüketici sözleşmelerine tarafların hukuk seçimi yapmamış olması hâlinde, tüketicinin mutat meskeni hukukunun uygulanmasını kabul etmektedir.<sup>80</sup> Ancak tüketicinin mutat meskeni hukukunun hangi şartlar altında uygulanacağı da düzenlenmiştir. Tüketicinin mutat meskeninin bulunduğu devlet sözleşmenin davet veya ilân yoluyla yapıldığı yer (m. 26/2, a) veya siparişin alındığı yer (m. 26/2, b) ile aynı olabilir. Üçüncü halde ise satıcı tüketiciyi ikna için başka bir devlete götürmüş (m. 26/2, c) olabilir. Her üç halde de mutat mesken hukuku, sözleşmenin esasını ve şeklini idare edecek olan hukuktur.

### H. ZAMANAŞIMI

Türk hukukunda zamanaşımı<sup>81</sup> esasa ilişkin bir mesele olarak vasıflandırılmaktadır.<sup>82</sup> Bu nedenle zamanaşımına hukukî işlem veya

<sup>79</sup> MÖHUK'da aynı hakların dışında taşınmazlara veya onların kullanımına ilişkin sözleşmeler de taşınmazın bulunduğu devlet hukukuna tabi tutulmuştur (m. 25).

<sup>80</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Güngör, G., *Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması*, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, s. 126 vd. , 223 vd. Yazar, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un tüketici kredi sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılmasını emreden onuncu maddesinin, milletlerarası özel hukuk bakımından da emredici nitelikte olduğunu ve 2675 sayılı Kanun'un şekle ilişkin genel kuralını bertaraf ettiğini ifade etmektedir.

<sup>81</sup> İç hukukta zamanaşımı hakkında bkz. Eren, s. 1232 vd.; Kılıçoğlu, s. 642 vd.

<sup>82</sup> Zamanaşımı, Kara Avrupası hukuk sisteminde esasa ilişkin bir konu olarak vasıflandırılmaktadır. Yakın bir zamana kadar İngiliz hukuk düzeninde zamanaşımı usuli bir mesele olarak vasıflandırılmıştır. Ancak 1984 Foreign Limitation Periods Act ile bu konunun esasa uygulanacak hukuka tabi olduğu kabul edilmiştir. Bkz. *Cracknell's Statutes, Conflict of Laws*, (ed. MacLean, R. M./Tovey, G.), Kent 1996, s. 364-367.



ilişkinin esasına uygulanan hukukun uygulanması kabul edilmiştir.<sup>83</sup> Hem 2675 sayılı Kanun m. 7, hem 5718 sayılı Kanun m. 8 ile bu sonuç açıkça belirtilmiştir.<sup>84</sup>

Muhtelif devletlerin milletlerarası özel hukuk kanunları incelendiğinde zamanaşımının genel bir hükümle düzenlenmediği görülmektedir. Bunun yerine hukuki ilişkinin türüne göre özel kural getirilmesi yoluna gidilmiştir. İsviçre MÖHK m. 148/1 ile borçlar hukuku alanındaki taleplerin zamanaşımı hakkında, talebe uygulanan hukukun uygulanması kabul edilmiştir. Alman MÖHK m. 32/1/d’de akde uygulanacak hukukun uygulama alanına giren hususlar arasında zamanaşımı da sayılmıştır. Roma I Tüzüğü m. 12’de de zamanaşımı akde uygulanacak hukuka tabi kılınmıştır. Roma II Tüzüğü m.15’de zamanaşımı, akit dışı borçlara uygulanan hukukun kapsamında sayılmıştır.

## SONUÇ

Bu çalışmada yeni yürürlüğe giren 5718 sayılı Kanun’un genel hükümleri üzerinde durulmuştur. Kanun’un ilk sekiz maddesi üzerinde yapılan çalışmada ilgisi olduğu ölçüde diğer hükümlere de değinilmiştir. 5718 sayılı Kanun’un genel hükümleri üzerinde yapılan çalışma sonucunda yapılan değişikliklerin bir kısmının, atfın konu yönünden sınırlandırılması veya şekle uygulanacak hukuk konusunda atfın reddi yahut dâhili yer bakımından kanunlar ihtilâfına ilişkin hüküm getirme örneklerinde olduğu üzere, isabetli olduğu görülmektedir. Buna karşılık hukuk seçiminde atfın reddinin gereksiz olması veya gerekçe de kullanılan ifadeler gibi bazı hususlara da dikkat çekilmiştir.

<sup>83</sup> Türk Ticaret Kanunu’nun kıymetli evrakı düzenleyen hükümleri arasında poliçe, bono ve çekten doğan taleplerin zamanaşımına ilişkin hükümler de bulunmaktadır (m. 681, 690 ve 730). Söz konusu hükümler uyarınca poliçe, bono ve çekten doğan talepler için zamanaşımı bu senetlerin keşide edildiği devlet hukukuna tabidir. Türk Ticaret Kanunu da zamanaşımı hakkında esasa uygulanacak hukukun uygulanmasını kabul etmiştir.

<sup>84</sup> Bu konuda bkz. Nomer/Şanlı, s. 216 vd.; Şanlı, C., “Milletlerarası Akitlerde Zamanaşımı”, *İBD*, C. 10-11-12(1989), s. 640 vd.