

KANUNLAR İHTİLÂFI

Yabancı unsur içeren özel hukuktan kaynaklanan bir uyuşmazlık söz konusu ise yetkili mahkeme ve uygulanacak hukuk bakımından farklılık doğar.

Yabancı unsur: Kişi veya yer bakımından yabancı unsur söz konusu olabilir. İlişkiye dahil olan kişilerden biri veya her ikisinin de Türk vatandaşı olmadığı zaman kişi bakımından yabancı unsur vardır. Sözleşmenin yapıldığı yer, ifa yeri, malın bulunduğu yer, haksız fiilin gerçekleştiği yer (ika yeri), kişinin ikâmetgahı, işyeri veya mutad meskeninin yabancı ülkede olması vs. ise yer bakımından yabancı unsuru meydana getirir. Sözleşmenin dilinin veya para biriminin yabancı olması, sigorta yapılan şirketin yabancı olması bile yabancı unsuru oluşturur.

Milletlerarası özel hukukta, milli hukuk direkt uygulanmaz. Bu alanda ayrı bir kanun vardır. Ne milletlerarası kanun koyucu ne de milletlerarası mahkeme bulunur yani duality vardır. Konu bakımından milletlerarası olmasına rağmen milletlerarası kanun koyucu ve mahkeme olmadığı için kaynak bakımından milli hukuktur. Yani milli kanun koyucu, uluslararası kanun koyucu yerine geçip düzenleme yapar. İlk olarak 13. Yüzyılda İtalya'da site devletleri yüzünden kanunlar ihtilâfı ortaya çıkmıştır.

Kanunlar ihtilâfında olay çözülmez, sadece olaya uygulanacak devlet hukuku bulunur. Olayla ilgili hukuklardan en adil olanı seçilir. Buna **milletlerarası özel hukuk adaleti** denir.

Milletlerarası özel hukuk(MÖH) adaleti: Her bir ilişkide söz konusu olan menfaatler değerlendirilerek adalet sağlanır. Çıkarlar arasında denge sağlanır. MÖH adaletinde **MÖH menfaatleri** gözetilir. Kegel bu menfaatleri şu şekilde kategorize eder:

1.Taraf menfaatleri: Kişinin kendi şahsına ilişkin konularda en iyi bildiği hukukun uygulanmasıdır. En adil hukuk bu şekilde bulunmuş olur. Birden çok hukuk mevcutsa önemli olan adil olanı seçmektir. Bu hukukun içeriğinin adil olmaması önemli değildir. Her hukukun içeriğinin ne kadar iyi olduğu bilinemez. Somut olay adaleti bizi ilgilendirmez.

2.İşlem menfaati (Favor negoti): İşlemlerin şekli bakımından en hızlı ve en kolay yol seçilmelidir. Bunu gerçekleştirince adaleti sağlamış oluruz. Yani işlem menfaati, bir hukuki işlemin geçerli olarak kurulmuş olduğuna güvenen kişilerin bu güvenlerinin korunmasındaki menfaatlerini gözetir. Ayrıca işlemin geçerli olmasını sağladığı için için taraf menfaati de sağlanmış olur. Genellikle işlem menfaatine en uygun hukuk, işlemin yapıldığı yer hukukudur. Örneğin taşınmazın bulunduğu yer hukuku. İşlem ayakta kalıyor ise menfaat gerçekleşmiştir. MÖHUK madde 9/2'de de işlem menfaatine bir örnek bulunur:

MADDE 9 – (2) Millî hukukuna göre ehliyetsiz olan bir kişi, işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil ise yaptığı hukukî işlemle bağlıdır. Aile ve miras hukuku ile başka bir ülkedeki taşınmazlar üzerindeki aynî haklara ilişkin işlemler bu hükmün dışındadır.

3.Düzen menfaatleri

a) İç karar uyumu(âhengi): Hukuk kuralları soyut, genel ve objektiftir. Herkese aynı şekilde uygulanır. Bir durumda verilen karar, başka bir mahkemede de paralel yönde verilmeli, uyum içinde olmalıdır. Fakat olaya yabancı bir hukuk uygulanacaksa bu uyum bozulur. Yabancı hukukun uygulanması adaletin gereği olduğu için yabancı hukukun uygulanmasından vazgeçilemez. Düzen menfaati şu şekilde sağlanabilir: Türk mahkemeleri bir evlilikle ilgili herhangi bir karar verdiyse sonrasında bu evlilikle ilgili örneğin miras konusunda farklı yani çelişkili karar verilmemelidir. Türk hukukuna göre evlilik geçersiz sayıldıysa mirasta uygulanacak hukuk farklı olsa da evlilik geçersiz sayılarak bir karar verilmelidir. İç karar uyumu zatan bozulmuştur, en azından kendi içinde çalışmamalıdır.

b) Dış(milletlerarası) karar uyumu: Yabancı unsur taşıyan bir uyuşmazlık söz konusu ise birden fazla ülkede dava açılabilir ve hepsinin vereceği karar farklı olabilir. Farklı devletlerde farklı maddi hukuk kurallarının olması sakat hukukî işlemleri ortaya çıkarır mesela eşcinsellerin Hollanda'da evlenmesi durumunda Türkiye için böyle bir evlilik geçerli olmaz. Bu şekilde de dış karar uyumu bozulur. Bunu önlemek amacıyla ilgili devletlerden hangisinde dava açılırsa açılın dış karar uyumunu sağlamak için:

i. Genel kabul gören bağlama noktaları kabul edilebilir.

ii. Milletlerarası sözleşmeler yapılabilir. CISG gibi maddi hukuk sözleşmeleri yapılarak direkt olayı çözen kurallar getirilebilir. Ya da kanunlar ihtilâfı sözleşmeleri yapılır ve bu sözleşmedeki bağlama kuralları ile olayı hangi hukukun çözeceği belirlenir.

iii. Atıf

c) Gerçek bir kararın verilmesindeki düzen menfaati: Yabancı ülkelerde de icra edilebilir bir karar verilmeli, kararın kesin hüküm teşkil edebilmesi için hâkim, uygulanacak hukuku bulurken çok dikkatli davranmalıdır.

4. Milletlerarası toplumun genel menfaatleri: Bazı menfaatler, milletlerarası toplum tarafından diğer menfaatlerden üstün tutulmuştur. Örneğin çocukların menfaatleri, diğer tüm menfaatlerden üstündür. Dolayısıyla çocuklarla ilgili bağlama kuralı getirilirken menfaati korunacak olan taraf çocuktur. MÖHUK m.16'da da çocuğun üstün menfaatine hizmet amacıyla soybağını kurabilmek için çeşitli alternatifler bulunur. Veyahut zayıf durumda olanı korumak için sözleşme serbestisi şekil değiştirmiştir.

BAĞLAMA KURALI

Özel hukukta gösterici kurallar ve maddi hukuk kuralları vardır. Gösterici kuralların çoğu bağlama kurallarıdır.

Gösterici kurallar: Hangi hukukun uygulanacağını gösteren kurallardır, olayı çözmez.

Maddi hukuk kuralları: Usûle, esasa veya şekle ilişkin olabilir. Yeter ki olayı çözsün.

-Bağlama kuralları olayı çözmesede resen uygulanmak zorundadır. Olayı çözmek için hangi ülkenin maddi hukuk kurallarının yetkili olduğunu tespit eden kurallardır.

Örnek: Ehliyet, ilgilinin millî hukukuna tâbidir.

Ehliyet= Bağlama konusu Millî hukuk: Bağlama noktası Tâbilik: Emir ve yaptırım unsuru

Bağlama noktası: Bizi uygulanacak hukuka götüren bir kriterdir. Yabancı unsur taşıyan olay veya ilişkiye uygulanması gündeme gelen hukuku belirler. Önümüze somut olay gelmeden hangi hukukun uygulanacağını bilemeyiz. Bağlama noktaları bağımsız ve tarafsızdır. Hâkimin hukukunun veya başka bir hukukun uygulanması sonucunu doğurabilir.

Emir ve yaptırım unsuru: Hâkimi yönlendirir. Hâkim buna uymazsa örneğin Yargıtay kararı bozabilir.

Bağlama Kuralı Çeşitleri

Tek yanlı ve iki yanlı bağlama kuralı: Tek yanlı bağlama kuralları, hangi durumlarda hâkimin hukukunun uygulanacağını gösterir. Örneğin:

MADDE 20 – (1) ... Türkiye'de bulunan taşınmazlar hakkında Türk hukuku uygulanır.

İki yanlı bağlama kuralları ise somut olayın özelliklerine göre hâkimin hukuku veya yabancı bir hukukun uygulanması sonucunu doğurur. Tarafsızdır.

Basamaklı(şelale) bağlama kuralı: İlk basamakta yer alan hukukun bulunmadığı takdirde diğer basamaklardaki hukukun sırasıyla uygulanacağı bağlama kuralıdır. Örneğin:

MADDE 13 – (3) Evliliğin genel hükümleri, eşlerin müşterek millî hukukuna tâbidir. Tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları hâlinde müşterek mutad mesken hukuku, bulunmadığı takdirde Türk hukuku uygulanır.

Alternatif (seçenekli) bağlama kuralı: Birden fazla uygulanacak hukuk seçeneği tanıyan bağlama kuralıdır. MÖH menfaatlerine göre bunlardan biri uygulanır. Örneğin:

MADDE 7 – (1) Hukukî işlemler, yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddî hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir.

Subjektif ve objektif bağlama kuralı: Taraflara uygulanacak hukuku seçme hakkı tanınıyorsa subjektif bağlama kuralı mevcuttur. Örnek:

MADDE 24 – (1) Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir.

Paylaştırmalı ve basit bağlama kuralı: Hukukî ilişkinin taraflarına, kendi ilgili hukuklarının uygulanacağı öngörülüyorsa paylaştırmalı bağlama kuralı mevcuttur. Örnek:

MADDE 13 – (1) Evlenme ehliyeti ve şartları, taraflardan her birinin evlenme anındaki millî hukukuna tâbidir.

Maddi milletlerarası özel hukuk kuralı: Olaya uygulanacak hukuku tespit etmez, direkt olayı çözer. Bu yüzden bağlama kuralı değildir, maddi hukuk kuralıdır. CISG hükümleri bu kurallara örnektir. Veya MÖHUK'ta da bu tür kurallar bulunur:

MADDE 20 – (3) Türkiye'de bulunan mirasçısız tereke Devlete kalır.

Sonuç olarak MÖH kuralları şu şekilde adlandırılır:

1. Bağlama kuralları
2. Maddi MÖH kuralları
3. Kanunlar ihtilâfî kuralları(Bağlama kurallarının yerine de kullanılıyor)

m.3, 5, 2/1, 6, 4/1-a, birer kanunlar ihtilâfî kuralıdır. Uygulanacak hukuku göstermez.

Kapsam

MADDE 1 – (1) Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizi bu Kanunla düzenlenmiştir.

(2) Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır.

2. fıkraya aslında gerek yoktur çünkü Anayasa m.90 zaten bu konuda tek başına yeterlidir. Fakat maalesef ki Türkiye'de hâkimler kapasitesiz olduğu için bu hükme yer verilme ihtiyacı doğmuştur.

Yabancı hukukun uygulanması

MADDE 2 – (1) Hâkim, Türk kanunlar ihtilâfî kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygular. Hâkim, yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebilir.

Hâkimin hukuku re'sen uygulaması(ex officio) söz konusudur. Bağlama kuralları da hukuk kuralı olduğu için re'sen uygulanmak zorundadır. Bazı hukuk sistemleri bu kuralı kabul etmez. Örneğin hatrı için İngiltere'de yabancı hukuk, hukuk olarak kabul edilmez. Yabancı hukukun uygulanması bir maddi vakıa olarak değerlendirilir. O hukukun uygulanmasını isteyen taraf bunu ileri sürmeli ve neden uygulanması gerektiğini ispatlamalıdır. Bizde ise tam tersidir.

Değişken ihtilâflar

MADDE 3 – (1) Yetkili hukukun vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad mesken esaslarına göre tayin edildiği hâllerde, aksine hüküm olmadıkça, dava tarihindeki vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad mesken esas alınır.

Vatandaşlık, yerleşim yeri ve mutad mesken dava tarihindeki duruma göre belirlenir. Örneğin m.13/1'de evlenme anında diğer eşin vatandaşlığı alınmamış olduğu için sonradan kazanılan vatandaşlık değil, evlenme anındaki vatandaşlık önemlidir. Fakat m.13/3 için ise özel olarak bir an belirtilmediği için dava tarihindeki vatandaşlığa göre milli hukuk tayin edilir.

MADDE 13 – (1) Evlenme ehliyeti ve şartları, taraflardan her birinin evlenme anındaki millî hukukuna tâbidir.

(2) Evliliğin şekline yapıldığı ülke hukuku uygulanır.

(3) Evliliğin genel hükümleri, eşlerin müşterek millî hukukuna tâbidir. Tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları hâlinde müşterek mutad mesken hukuku, bulunmadığı takdirde Türk hukuku uygulanır.

Vatandaşlık esasına göre yetkili hukuk

MADDE 4 – (1) Bu Kanun hükümleri uyarınca yetkili olan hukukun vatandaşlık esasına göre tayin edildiği hâllerde, bu Kanunda aksi öngörülmedikçe;

a) Vatansızlar ve mülteciler hakkında yerleşim yeri, bulunmadığı hâllerde mutad mesken, o da yok ise dava tarihinde bulunduğu ülke hukuku,

b) Birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanlar hakkında, bunların aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları hâlinde Türk hukuku,

c) Birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olup, aynı zamanda Türk vatandaşı olmayanlar hakkında, daha sıkı ilişki hâlinde buldukları devlet hukuku, uygulanır.

Vatansızlar, mülteciler ve çok vatandaşlık sahibi olanların vatandaşlıklarının tespiti için m.4'te yer alan kanunlar ihtilâfi kuralına başvurulur.

Kamu Düzeni Müdahalesi (SINAVDA SORU GELECEK)

Kamu düzenine aykırılık

MADDE 5 – (1) Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır

Yabancı hukuk düzeninin bir hükmünün uygulanması neticesinde verilen karar, **hâkimin hukukunun adalet anlayışına(kamu düzenine) açık bir aykırılık** teşkil ediyorsa bu hükmün uygulanmasından vazgeçilecektir. Yabancı hukuk tamamen uygulanmayacak değildir, sadece hâkimin hukuku ile uyuşmayan hükümler uygulanmaz. Örneğin yetkili yabancı hukukta miras konusunda kadın-erkek eşitsizliği varsa veya zina nedeniyle boşanma hakkı sadece erkeğe tanınıyorsa veya eşcinsel evlilik söz konusu ise.

Kamu düzeni esnek ve değişkendir. Aynı toplum içinde bile kamu düzeni anlayışı zamanla değişebilir. Değişken olduğu için kesin bir tanımı yoktur. Temel nitelikteki anayasal ilkelere aykırılık veya toplumu sarsacak şeyler, ahlak ve adap birer ölçüt olabilir. Bu durumlar mevcutsa kamu düzeni müdahalesi devreye girebilir.

Yabancı hukukun ilgili hükmü, Türk hukukunun emredici hükümlerine aykırı olsa da uygulanır. Bu durum, kamu düzenine aykırı olmaz. Yani Türk hukukunun emredici kurallarına aykırılık varsa otomatik olarak kamu düzeni müdahalesine başvurulamaz.

Yabancı hukukun ilgili hükmü, tek başına kamu düzeni müdahalesini gerektirmez. Hükmün uygulanmasının sonucu kamu düzenini ilgilendirir. Mesela “Velayet kamu düzenindedir” deyip geçmek saçmadır. Ortak velayet kurumu Türk hukukunda yoktur ama o insanlar ortak velayeti kabul edecek kadar medeniyse bu hüküm neden bizim kamu düzenimizi bozsun? Yargıtay ise “Velayet kamu düzenindedir” deyip direkt Türk hukukunu uygular. **SINAVDA** asla bir konuya kamu düzenindedir veya değildir deyip geçilmemelidir, kamu düzenine aykırılığı somut olaya göre değerlendirmek gerekir. Peşinen belli konuları kamu düzeninden saymak mümkün olamaz.

Kamu düzeni müdahalesinde maddi hukuk menfaatleri ön plandadır. Yani somut olay adaleti ön planda yer alır.

Bağlantı koşulu: Kamu düzeni müdahalesi ile uygulanmayan yabancı hukukun yerine hâkimin kendi ülkesinin maddi hukuk kurallarını olaya uygulayarak ihtilâfi çözmesi için, olay veya ilişkinin o ülkeyle

gerçek bir bağlantısı bulunmalıdır. Türkiye ile bağlantısı olmayan işleme sırf kamu düzeninin ihlâli gerekçesiyle müdahale edilmemelidir meğerki Türk hukukunun iç karar âhengi de açık ve ağır şekilde ihlâl edilsin. Bu hâlde yabancı hukukun uygulanması sonucu verilen karar kamu düzeni müdahalesini gerektirebilir.

Kamu düzeni müdahalesi istisnaidir. Etkileri ise şu şekildedir:

Olumsuz etki: Yabancı hukukun olaya uygulanmasının sonucu olarak Türk hukukunun temeline aykırılık doğarsa bu hükmü somut olayda uygulayamayız yani hükmü bertaraf ederiz. Hükmün uygulanmaması olumsuz etkidir ve kamu düzeni söz konusu ise olumsuz etki ilk başta hep ortaya çıkar. Örneğin ilgili hukukta genel zamaşımı süresi o kadar kısadır ki bu hükmün uygulanması Türk kamu düzenine açıkça aykırı ise hükmü bertaraf ederiz. Uygulanacak alternatif bir hüküm varsa onu uyguluyoruz.

Peki uygulanacak alternatif bir hüküm bulunamazsa ne yapılması gerekir? Bu durumda olumlu etki de ortaya çıkar.

Olumsuz + olumlu etki: Öncelikle olumsuz etki ortaya çıkmış olmalıdır. Yabancı hukukta uygulanabilir alternatif bir hüküm bulunamadığı takdirde Türk hukukundan bir hükmü uyguluyoruz.

Örnek: Küçük yaşta kız çocuğu evlendirilmişse Türk kamu düzenine açıkça aykırı olan o hüküm uygulanmaz. Buna olumsuz etki denir. Ortada boşluk da olmaz yani olumsuz etki tek başına yeterlidir. Lâkin olumlu etkinin ortaya çıkabilmesi için ilk olarak olumsuz etki mevcut olmalıdır.

Doğrudan Uygulanan Kurallar

Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları

MADDE 6 – (1) Yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hâllerde o kural uygulanır.

Devlet, aslında özel hukuk ilişkilerine müdahale etmez. Fakat ekonomik, sosyal, politik nedenlerle müdahale söz konusu olabilir. Sosyal devlet olmanın gereğini yerine getirebilmek için müdahale edilir. Örneğin ailenin korunması, rekabetin korunması vs. durumlarda Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları devreye girer.

Doğrudan uygulanan kural söz konusu ise bağlama kurallarına bile gidilmeden bu kurallar uygulanır. Bir kuralın doğrudan uygulanıp uygulanmadığı kanunun uygulama alanı ve normun amacına göre belirlenir.

Bir yabancı unsurlu olayda aslında doğrudan herhangi bir hukuku doğrudan uygulayamayız. Önce bağlama kuralına gidip yetkili hukuku tespit ederek o hukukun kurallarını uyguluyoruz. Fakat doğrudan uygulanan kural varsa bağlama kurallarına gitmeden o normu uyguluyoruz. Bu durumda tıpkı şuna benzer: Kamu düzeni müdahalesindeki olumsuz etki olmadan direkt olumlu etkinin ortaya çıkması. Üstelik burada kamu düzeni de yoktur.

Yabancı hukukun doğrudan uygulanan normları ve üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan normları da söz konusu olabilir. Fakat bunlar daha sonra işlenecektir.

Vasıflandırma

Yapılacak vasıflandırma bize bağlama konusunu yani hangi bağlama kuralının uygulanacağını gösterir. Bağlama kuralı da uygulanacak hukuku ve hükmü gösterir.

İlgili yabancı hukuk vasıflandırmayı farklı şekilde yapabilir. Örneğin Türk hukukunda nişanın bozulması m.12/2'ye göre belirlenir. Uygulanacak hukuk Fransız hukuku ise onlar buna haksız fiil der. Bazen de olaya uygulanması gereken yabancı hukukta o kurum hiç yoktur.

Örneğin evlat edinme bazı hukuklarda hiç düzenlenmemiştir veya trust sözleşmesi Türk hukukunda yoktur ama bazı yabancı ülkelerde vardır. Mahkemenin hukuku ile uygulanacak hukuk olayı

farklı şekilde vasıflandırıyor veya o hukukta o kurum hiç yoksa vasıflandırma problemi ortaya çıkar. Bu konuda 3 görüş bulunur:

1. Lex fori'ye göre vasıflandırma: Lex fori hâkimin hukukudur. Nişan örneğinde hâkimin hukukuna göre vasıflandırma yapılır yani nişanın bozulması denilerek olay çözümlür.
2. Lex causae'ya göre vasıflandırma: Bağlama kuralının uygulanmasını işaret ettiği hukuk lex causae'dır. Nişan örneğinde Fransız hukukuna göre vasıflandırma yapılır. Haksız fiil vardır ve haksız fiille ilgili bağlama kuralına gidilir (m.34).
3. Karşılaştırmalı hukuka göre vasıflandırma: Bu kurumun karşılaştırmalı hukuktaki işlevlerine göre vasıflandırma yapılır. Örneğin hâkim, trust sözleşmesinin düzenlendiği hukuka göre yorumlayıp vasıflandırma yapar.

Esas olarak lex fori'ye göre vasıflandırma yapılmalıdır. Çünkü hâkim en iyi kendi hukukunu bilir.

NOT: Bazı konularda hâkimin hukukunun uygulanması gerekir. Örneğin hatırı için usûle ilişkin meselelerde lex fori uygulanır. Sırf hâkimin hukuku olduğu için uygulanıyorsa lex fori'dir ama bağlama kuralı işaret ettiği için Türk hukuku uygulanıyorsa Türk hukuku lex fori sıfatıyla değil lex causae sıfatıyla uygulanır.

Vasıflandırma, olaya uygulanacak olan bağlama kuralını bulmak için yapılır. Bağlama konusu ile ilgilidir. Örneğin olayda gaiplik, nişanlanma vs. olduğuna vasıflandırma yoluyla karar verilir. Vasıflandırmaya lex fori'nin uygulanma sebebi hâkimin en iyi o hukuku bilmesidir. Bir diğer görüşe göre ise: Hâkim lex fori vasıflandırma yaptıktan hukuklar arası çelişki çıkarsa ne olacaktır? Hâkim kendi hukukundan dönüp sadece yabancı hukuka göre vasıflandırır mı (Fransız hukukunda nişanın bozulması kurumu olmadığı için haksız fiil derse) lex causae vasıflandırma olur.

Hukukî işlemlerde şekil

MADDE 7 – (1) Hukukî işlemler, yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddî hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir.



Örneğin evlenmeyi ele alırsak bu şekilde bir tablo karşımıza çıkar. MÖHUK'ta yer alan kurallar genellikle hüküm ve sonuçlar ile ilgilidir.

m.7 kuralı olarak her işlem için geçerlidir. Herhangi bir bağlama kuralı ile şekle uygulanacak hukuk özel olarak belirtilmemişse m.7 uygulanır.

Bir şeyin işlemin şekil şartı olmasına veya işlemin esasına ilişkin olmasına ancak doğru vasıflandırma ile ulaşılabilir. Örneğin evlilik için hâkimin izninin alınması şekil şartına mı yoksa esasa mı ilişkindir? Hocamıza göre esasa ilişkin bir meseledir yani m.7'ye bakılmaz.

Hukukî işlemlerin şekline uygulanacak hukuku belirlerken daha hızlı, ekonomik, taraflar için güvenli olan bir hukuk seçilmelidir. Bu şekilde işlem menfaati sağlanabilir. Böylece tarafların menfaati de gerçekleşmiş olur. İşlemin geçerli olmasını sağlayan hukuk, işlemin yapıldığı yer hukukudur. Geleneksel olarak **işlemin yapıldığı yer hukuku**, işlem menfaatine uygun hukuk olarak seçilmiştir. Bu

hukuka **Locus Regit Actum (LRA)** denir. LRA ilk olarak 13. Yüzyılda(İtalyan site devletlerinde) ortaya çıkmıştır ve o zamanlar çok güçlü bir kuraldır hatta hem şekle hem esasa uygulanmıştır. Bugün ise eski gücünü yitirmiştir çünkü artık çok uzaktan hukukî işlemler yapılabilir. İşlemin yapılması ile hüküm doğuracağı zaman arasındaki süre uzundur. Yani şekil ve esasa uygunluk farklılaşmıştır. Artık LRA sadece şekle uygulanmaktadır.

LRA şekle uygulanır ve LRA'ya uymak mecburi değildir zira m.7'de alternatifli bağlama kuralı yer alır. **İşlemin yapıldığı yer veya esasa uygulanacak hukuka**(lex causae) göre yapılan işlem geçerlidir. Her ikisine de uymayan işlem geçersizdir.

m.7'deki genel kural alternatif uygulamadır. Bu kuralın istisnası ise alternatif uygulamanın bertaraf edildiği hâllerdir. LRA veya lex causae'dan birine mecburiyet yüklenir. Örneğin m.13/2'de LRA'nın uygulanmasının zorunlu olduğu öngörülmüştür. Evlenme merasiminin yapıldığı yer hukuku(lex loci celebrationis) uygulanır. İstisnanın istisnası ise konsolosluklarda evlenilmesidir.

Evlilik ve genel hükümleri

MADDE 13 – (2) Evliliğin şekline yapıldığı ülke hukuku uygulanır.

LRA'nın mecburi olduğu diğer durumlar: Tescil şartları, TTK m.767, 778. TTK m.820'ye göre çeklerde alternatifli bağlama kuralı (m.7) uygulanır.

Bazen de lex causae, hem esas hem de şekil bakımından uygulanır. Örneğin m.21/1'e göre aynı haklarda esasa uygulanacak hukuk ve 21/4'e göre şekle uygulanacak hukuk aynıdır. m.26/2 ve 26/3'e bakıldığında da aynı durum mevcuttur.

Aynî haklar

MADDE 21 – (1) Taşınır ve taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkı ve diğer aynî haklar, işlem anında malların bulunduğu ülke hukukuna tâbidir.

(4) Taşınmazlar üzerindeki aynî haklara ilişkin hukukî işlemlere şekil yönünden bu malların buldukları ülke hukuku uygulanır.

Trust sözleşmesi gibi hâkimin hukukunda olmayan işlemlerde de lex causae hem esas hem de şekle uygulanır.

Ehliyet

MADDE 9 – (1) Hak ve fiil ehliyeti ilgilinin millî hukukuna tâbidir.

İlk fıkraya göre spesifik bir an belirtilmediği için ehliyet için dava tarihindeki millî hukuk önem taşır. m.3, 4, 5 ve 6'yı ilgilendiren bir durum varsa bu maddeler de uygulanmalıdır.

ATIF (Renvoi)

m.9/1'i incelerken dava tarihindeki millî hukuka bakılır demiştik. Milli hukukun örneğin İngiliz hukuku olduğu kabul edilirse bu durumda İngiliz hukukuna **gönderme** vardır. Bu hukukun maddi hukuk kuralları ve kanunlar ihtilâfı kuralları vardır. İngiliz hukukunu İngiliz hâkim gibi uygulamak gerekirse kanunlar ihtilâfı kuralları esas alınmalıdır. İngiliz hukukunun kanunlar ihtilâfı kuralları da ikametgah hukukunu işaret ediyorsa

1. İkametgah İngiltere'de ise ikametgah hukuku sıfatıyla İngiliz hukuku uygulanır.

2. İkametgah Türkiye'de ise İngiliz ve Türk hukukları birbirini işaret eder ve buna **atıf** denir.

Atıf= Geriye dönen atıf = 1. Derece atıf

3.İkametgah üçüncü devlette ise **2. Derece atıf** vardır. (ileriye doğru giden atıf, devam eden atıf)

Örnek: m.9 → İngiliz hukuku → Sırbistan hukuku

Atfa ihtiyaç duyulmasındaki amaç **dış karar âhengini** sağlamaktır. Atıf ihtimali m.2/3'e göre sadece kişiler ve aile hukukunun kapsamında mümkündür. Yani Medeni 1 ve 2 derslerinde gördüğümüz konularda atıf yapılabilir, onun dışında ilgili yabancı hukukun maddi hukuk kuralları uygulanır.

Yabancı hukukun uygulanması

MADDE 2 – (3) Uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması, sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilâflarda dikkate alınır ve bu hukukun maddî hukuk hükümleri uygulanır.

Atfa Gerek Olmayan Yerler

1. Yabancı hukukun uygulanması

MADDE 2 – (4) Uygulanacak hukuku seçme imkânı verilen hâllerde, taraflarca aksi açıkça kararlaştırılmadıkça seçilen hukukun maddî hukuk hükümleri uygulanır.

m.2/4'e göre m.24'teki gibi taraflara seçim hakkı verilmişse tarafların iradelerine saygı duymak için atıf ihtimali göz ardı edilir. Aksi takdirde irade serbestisinin anlamı kalmaz.

2. En sıkı irtibatlı hukuk uygulanacaksa o hukukun bağlama kurallarına başvurmak yerine maddi hukuk kuralları uygulanır.
3. Eğer uluslararası sözleşme ile bir bağlama kuralı getirilmişse (kanunlar ihtilâfi sözleşmesi) o sözleşmedeki bağlama kuralının gösterdiği maddi hukuk kuralları uygulanır.
4. Genel kabul görmüş bağlama kuralları mevcutsa atıf ihtimali olmaz. Örnek: m.21/1
5. Türk hukukunun doğrudan uygulanan bir kuralı varsa atıf yapılmaz, direkt o kural uygulanır. Örnek m.38

MADDE 2 – (5) 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. O devlet hukukunda belirleyici bir hükmün yokluğu hâlinde ihtilâfla en sıkı ilişkili bölge hukuku uygulanır.

m.2/5 üniter devletler için değil birden fazla hukuk düzenine sahip kantonlu devletler için söz konusudur. Atıf ihtimali varsa ilgili kanton hukukuna bakılır.

Zamanaşımı (m.8)

Zamanaşımı

MADDE 8 – (1) Zamanaşımı, hukukî işlem ve ilişkinin esasına uygulanan hukuka tâbidir.

Zamanaşımı ve hak düşürücü süreyi kapsamına alan bir düzenlemedir. Türk hukukunda zamanaşımı maddi hukuka ilişkin bir def'dir. Zamanaşımı bazı ülkelerde ise Türk hukukunun aksine usûle ilişkindir ve bir def'i değil itiraz olduğu için re'sen göz önüne alınır. Bu durumda Türk hâkimi, zamanaşımını re'sen mi göz önünde bulundurmalıdır? Zamanaşımının usûle ilişkin olduğu kabul edilirse lex fori uygulanır ama diğer ülkelerde lex causae olabilir.

m.8'de satır arası vasıflandırma yapılmıştır ve zamanaşımı, esasa uygulanacak hukuka tâbi kılındığı için lex causae vasıflandırma vardır. Yani zamanaşımı maddi hukuka ilişkindir. Örneğin haksız fiilde zamanaşımı söz konusu ise ve esasa uygulanacak hukuk olan Amerikan hukukunda zamanaşımı Türk hukukunun aksine usûle ilişkinse izlenecek yöntem şudur: Hâkim bir kez vasıflandıma yaptığı için ona uyar. Zamanaşımını Amerikan hukukuna göre belirler yani usûle ilişkin olduğu için re'sen göz önünde bulundurur.

Kişiler Hukuku

Ehliyet (m.9)

Ehliyet

MADDE 9 – (1) Hak ve fiil ehliyeti ilgilinin millî hukukuna tâbidir.

(2) Millî hukukuna göre ehliyetsiz olan bir kişi, işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil ise yaptığı hukukî işlemle bağlıdır. Aile ve miras hukuku ile başka bir ülkedeki taşınmazlar üzerindeki aynî haklara ilişkin işlemler bu hükmün dışındadır.

(3) Kişinin millî hukukuna göre kazandığı erginlik, vatandaşlığının değişmesi ile sona ermez.

(4) Tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri, statülerindeki idare merkezi hukukuna tâbidir. Ancak fiilî idare merkezinin Türkiye'de olması hâlinde Türk hukuku uygulanabilir.

(5) Statüsü bulunmayan tüzel kişiler ile tüzel kişiliği bulunmayan kişi veya mal topluluklarının ehliyeti, fiilî idare merkezi hukukuna tâbidir.

İlk fıkrada ilgilinin milli hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir fakat o hukukta kadınlar ehliyetsizdir deniyorsa m.5'e göre kamu düzeni müdahalesi söz konusu olur.

2. fıkra işlem güvenliği için getirilmiştir. Genellikle hazırlar arası işlemlerde görünüşe güven varsa karşı tarafın ehil olduğu düşüncesi ile yapılan işlemlerden doğan adaletsizlik giderilmiş olur. İşlem geçerli olarak ayakta kalsın diye bu hüküm vardır. Çoğunlukla TBK ve TTK'nın kapsamındaki işlemler için bu hükme başvurulur.

3. fıkraya göre kazanılmış haklara saygı dolayısıyla kazanılan erginlik korunur.

4. fıkraya göre tüzel kişilerde statüdeki idare merkezi ile fiili idare merkezi farklı olabilir. Bu hâlde her ne kadar fiili idare merkezi Türkiye'de ise Türk hukuku uygulanabilir dense de hâkim için Türk hukukunu uygulamak çok daha kolaydır.

Vesâyet, Kısıtlılık ve Kayımlık (m.10)

Vesâyet, kısıtlılık ve kayımlık

MADDE 10 – (1) Vesâyet veya kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebepleri, hakkında vesâyet veya kısıtlılık kararının verilmesi veya sona erdirilmesi istenen kişinin millî hukukuna tâbidir.

(2) Yabancıнын millî hukukuna göre vesâyet veya kısıtlılık kararı verilmesi mümkün olmayan hâllerde bu kişinin mutad meskeni Türkiye'de ise Türk hukukuna göre vesâyet veya kısıtlılık kararı verilebilir veya kaldırılabilir. Kişinin zorunlu olarak Türkiye'de bulunduğu hâllerde de Türk hukuku uygulanır.

(3) Vesâyet veya kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebepleri dışında kalan bütün kısıtlılık veya vesâyete ilişkin hususlar ve kayımlık Türk hukukuna tâbidir.

Vesâyet ve kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebepleri dava tarihindeki milli hukuka tâbidir. Türk hukukundaki kısıtlılık sebepleri yaşlılık, sarhoşluk, israf vs. idi.

Öncelikle m.2/3'e göre miilli hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarına bakılır çünkü kişiler hukukuna ilişkin bir meseledir.

2. fıkra uyarınca milli hukuka göre kısıtlılık kararı verilemiyorsa ve kişinin Türkiye'de mutad meskeni varsa Türk hukukuna göre karar verilebilir. Kişinin zorunlu olarak Türkiye'de bulunduğu hâllerde de Türk hukuku uygulanır. Mesela kişi Türkiye'de hapiste olabilir.

3. fıkraya göre vesâyet ve kısıtlılıkla ilgili diğer tüm hususlar ve kayımlık Türk hukukuna tâbidir. Burada vasıflandırma oldukça dikkatli yapılmalıdır. Örneğin vesâyetin yönetimi 3. Fıkra kapsamındadır ve taraf menfaatine göre vesâyet kararı verilir ama yönetim Türk hukukuna tâbidir.

Kayımlık fiili olarak işleri kolaylaştırmak amacıyla tamamen Türk hukukuna tâbidir.

Gaiplik (m.11)

Gaiplik veya ölmüş sayılma

MADDE 11 – (1) Gaiplik veya ölmüş sayılma kararı, hakkında karar verilecek kişinin millî hukukuna tâbidir. Millî hukukuna göre hakkında gaiplik veya ölmüş sayılma kararı verilemeyen kişinin mallarının Türkiye'de bulunması

veya eşinin veya mirasçılardan birinin Türk vatandaşı olması hâlinde, Türk hukukuna göre gaiplik veya ölmüş sayılma kararı verilir.

Gaiplik ve ölmüş sayılma milli hukuka tâbidir çünkü tamamen taraf menfaati ön plandadır. İlgilinin Türkiye ile belli bağlantıları varsa Türk hukukuna göre karar verilir.

Aile Hukuku

Nişanlılık (m.12)

Nişanlılık

MADDE 12 – (1) Nişanlanma ehliyeti ve şartları taraflardan her birinin nişanlanma anındaki millî hukukuna tâbidir.

(2) Nişanlılığın hükümlerine ve sonuçlarına müşterek millî hukuk, taraflar ayrı vatandaşlıkta iseler Türk hukuku uygulanır.

Nişanlanma ehliyeti ve şartları; yaş, tarafların cinsiyetinin farklı olması, akrabalık derecesi, akıl hastalığı, zührevi hastalık vs. şeklinde sıralanabilir yani evlenme şartları ile aynıdır. İlk fıkrada özel olarak belirtildiği için m.3'ün aksine nişanlanma anındaki milli hukuk önemlidir.

Bir taraf için nişanlanma daha ağır koşullara bağlanmışsa o koşul göz önünde bulundurulur. Örneğin taraflardan birinin hukuku nişanlanma yaşını 18 diğeri ise 25 olarak düzenlemişse ve taraflar 18 yaşında ise bu nişanlanma geçersizdir.

Nişanlanmanın şekline ise bu maddede bir hüküm bulunmadığı için genel kural olan m.7 uygulanır. Yani LRA veya lex causae'ya göre şekil şartı yerine getirilebilir. Lex causae yani esasa uygulanacak hukuk ise m.12/2'ye göre hüküm statüsünün tâbi olduğu milli hukuktur.

Örnek: İtalya'da bir Türk erkek, İtalyan bir kadına evlenme teklifi eder. Kadın da kabul eder fakat sonra adam, kadını aldatır. Üstelik "Nişan, belediyeye tescil edilmediği için İtalyan hukukuna göre geçersiz" der.

Çözüm: Olayda yabancı unsur vardır. m.1'e göre MÖHUK uygulanır. Vasıflandırma yapılarak uygulanacak bağlama kuralının bağlama konusuna ulaşılmalıdır. Sorun nişanlanmanın şekline ilişkindir. Şekle ilişkin kural m.12'ye değil m.7'ye göre belirlenir. m.7'ye göre LRA veya lex causae'ya göre nişan geçerli olabilir. LRA nişanlanma yeri olan İtalya'dır ve İtalyan hukukuna göre nişan geçersizdir. Lex causae ise m.12/2'ye göre Türk hukukudur. Türk hukukuna göre evlenme vaadi bulunduğu için nişan geçerli olarak kurulmuştur. Yani zamanaşımı dahilinde maddi ve manevi tazminat davası açılabilir.

Nişanlılığın hüküm ve sonuçları: Sadakat yükümlülüğü, evlilik için hazırlık yapmak vs. şeklinde sayılabilir. Hüküm ve sonuçlara ilk basamakta tarafların müşterek hukuku uygulanır. Fakat taraflardan biri hem Hollanda hem Türk vatandaşı, diğeri sadece Hollanda vatandaşı ise Hollanda hukuku müşterek hukuk olarak kabul edilebilir mi? Yoksa çifte vatandaşlığı olan eş için m.4/1-b uyarınca Türk vatandaşlığı esas alınıp müşterek milli hukukları olmadığı gerekçesiyle Türk hukuku mu uygulanmalıdır? Taraf menfaati için istisna yapıp kanunda öngörülmuş denilerek Hollanda hukuku müşterek milli hukuk olarak belirlenir.

NOT: Madde 2, 3, 4, 5 ve 6 her pratik soru için vasıflandırma yapılırken önemli.

Evlilik ve Genel Hükümleri (m.13)

Evlilik ve genel hükümleri

MADDE 13 – (1) Evlenme ehliyeti ve şartları, taraflardan her birinin evlenme anındaki millî hukukuna tâbidir.

(2) Evliliğin şekline yapıldığı ülke hukuku uygulanır.

(3) Evliliğin genel hükümleri, eşlerin müşterek millî hukukuna tâbidir. Tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları hâlinde müşterek mutad mesken hukuku, bulunmadığı takdirde Türk hukuku uygulanır.

Evlenme ehliyeti(engelleri) ve evliliğin genel hükümleri taraf menfaatini ilgilendirir. Bu yüzden bağlama noktası olarak millî hukuk tercih edilmiş. Evlenmenin şekli ise işlem menfaati ile ilgili olduğu için işlem yeri hukuku(LRA) tercih edilmiş.

Madde 13/1'de madde 9'dan ayrı bir ehliyet düzenlemesi bulunur. Çünkü taraflardan her biri ayrı ayrı kendi millî hukukuna tâbidir. Ayrıca bu madde hem evlenme ehliyetini hem de şartlarını kapsamına alır. Belirlenen hukukun maddi hukuk kuralı uygulanırken madde 5'e göre kamu düzeni müdahalesi söz konusu olabilir. Hatta madde 13/1 en çok kamu düzeni müdahalesine uğrayan hükümdür.

Olay çözerken ilk başta vasıflandırma yapılmalıdır. Eğer bağlama konusu madde 13/1 kapsamında ise madde 2/3'e göre aile hukukuna ilişkin bir ihtilâf bulunduğu için öncelikle ilgili yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarına bakılır. Başka hukuka atıf yapıyorsa o hukuk uygulanır. En son bulunan hukukun maddi hukuk kurallarında Türk kamu düzenine açıkça aykırılık varsa madde 5'i hatırla! Yetkili hukuku belirlerken çok vatandaşlık mevcutsa madde 4'ü hatırla!

Madde 13/2'de ise evliliğin şekline uygulanacak hukuk, evliliğin yapıldığı ülke hukuku olarak tayin edilmiştir. Yani LRA zorunludur ve madde 7'deki alternatifli bağlama kuralı burada uygulanmaz(Yani burda ana kurala istisna vardır. İstisnanın istisnası ise konsoloslukta evlenme). Doktrinde ise evliliğin yapıldığı ülke hukukunun bağlama kurallarının da evliliğin şekli için önemli olduğu savunulur. Evliliğin şekline; memur önünde yapılması, taraflardan birinin hazır olmaması durumunda yerine başkasının gelebilmesi, evlenme için aileden izin alınması gibi konular girer. Şekil ile ehliyet ve şartlar karıştırılmamalıdır. Doğru vasıflandırma yapabilmek önemlidir!

Madde 13/3: Evliliğin genel hükümleri; aile konutu, eşlerden birinin çalışmak için diğerinden izin alması, kefil olmak için diğer eşten izin alınması, eşlerin mallarla ilgili tasarrufları, velayet, sadakat yükümlülüğü gibi konuları kapsar. Burada ise şelale(basamaklı) bağlama kuralı bulunur. İlk olarak müşterek millî hukuk belirlenmiştir. Millî hukuk olmasının nedeni taraf menfaatinin söz konusu olmasıdır, müşterek olmasının nedeni ise ortada bir birliktelik bulunduğu için ortak noktanın bulunmak istenmesidir. Yani en adil olan hukuka ulaşılmak istenir. Millî hukuk belirlenirken madde 3'e göre dava tarihindeki vatandaşlığa bakılır. Birden çok vatandaşlık söz konusu ise örneğin adam Hollanda, kadın ise Hollanda+Türkiye vatandaşı olsun. Hâkim görüşe göre(hoca dâhil) burada müşterek millî hukuk Hollanda hukukudur. Fakat azınlık görüş madde 4/1-b'ye göre kadının vatandaşlıklarından sadece Türk vatandaşlığının esas alınmasını ve müşterek millî hukukun bulunmadığını savunur.

Madde 13/3'e göre tarafların müşterek millî hukuku bulunmuyorsa müşterek mutad mesken hukuku uygulanır. Mutad mesken, kişilerin hayat ilişkilerinin merkezi olan yerdir yani hayat ilişkileri burada yoğunlaşır. Yine madde 3'e göre tarafların dava tarihindeki müşterek mutad meskenine bakılmalıdır. Ayrıca aile hukukuna ilişkin bir ihtilâf söz konusu olduğu için madde 2/3 saklıdır ve madde 5'e de dikkat edilmelidir.

Boşanma (m.14)

Boşanma ve ayrılık

MADDE 14 – (1) Boşanma ve ayrılık sebepleri ve hükümleri, eşlerin müşterek millî hukukuna tâbidir. Tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları hâlinde müşterek mutad mesken hukuku, bulunmadığı takdirde Türk hukuku uygulanır.

(2) Boşanmış eşler arasındaki nafaka talepleri hakkında birinci fıkra hükmü uygulanır. Bu hüküm ayrılık ve evlenmenin butlanı hâlinde de geçerlidir.

(3) Boşanmada velâyet ve velâyete ilişkin sorunlar da birinci fıkra hükmüne tâbidir.

(4) Geçici tedbir taleplerine Türk hukuku uygulanır.

Madde 14/1'e göre boşanmada da taraf menfaatleri önemli olduğu için ve boşanma tek taraflı bir şey olmadığı için müşterek noktalar da göz önünde bulundurularak müşterek millî hukukun uygulanacağı belirlenmiştir. Eğer aynı cinsiyetten kişiler evliyse onlara da bu hüküm uygulanır yani kamu düzeni müdahalesi söz konusu olmaz. Madde başlığında boşanma ve ayrılık ifadesi var çünkü bazı ülkelerde önce ayrılık kararı verilir, daha sonra boşanma kararı verilir.

Madde 14/2'deki nafaka örneğin yoksulluk nafakasıdır. Madde 14/3'ü oku. Madde 14/4'te ise doğrudan uygulanan kural mevcuttur ve örneğin tedbir nafakasası bu madde kapsamındadır.

NOT: İştirak nafakasası madde 19 kapsamında kalır çünkü kanun koyucu madde 14'e dâhil etmemiştir. Madde 19'a göre nafaka talepleri, nafaka alacaklısının mutad meskeni hukukuna tâbidir. Nafaka ile ilgili La Haye sözleşmesine tarafız ancak çekince koyduğumuz durumlar için MÖHUK uygulanır.

Evlilik Malları (Mal Rejimi) (m.15)

Evlilik malları

MADDE 15 – (1) Evlilik malları hakkında eşler evlenme anındaki mutad mesken veya millî hukuklarından birini açık olarak seçebilirler; böyle bir seçimin yapılmamış olması hâlinde evlilik malları hakkında eşlerin evlenme anındaki müşterek millî hukuku, bulunmaması hâlinde evlenme anındaki müşterek mutad mesken hukuku, bunun da bulunmaması hâlinde Türk hukuku uygulanır.

(2) Malların tasfiyesinde, taşınmazlar için buldukları ülke hukuku uygulanır.

(3) Evlenmeden sonra yeni bir müşterek hukuka sahip olan eşler, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak üzere, bu yeni hukuka tâbi olabilirler.

Madde 15/1'e göre taraflar, evlilik malları hakkında eşlerden birinin evlenme anındaki mutad mesken veya millî hukuklarından birini seçebilir. Taraflar farklı vatandaşlıkta ise ve farklı mutad meskenlere sahipse 4 farklı hukuktan birini seçebilirler. Hatta çok vatandaşlık durumunda seçenek sayısı dördü geçer. Burada tarafların seçtiği hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarına bakılmaz çünkü irade serbestisine saygı duyulması gerekir. Yani aile hukukunu ilgilendiren bir uyumsuzluk olsa da atfa yer yoktur. Tarafların seçtiği bir hukuk yoksa basamaklı bağlama kuralı bulunur. Madde 2/3 yine devreye girer.

Madde 15/2'ye göre taşınmaz mallar için buldukları yer hukuku önemlidir. Madde 15/3'e göre de eşlerden birinin vatandaşlığı sonradan değişirse veya aynı yerde oturmaya başlarsa(zaten evliler wtf?) evlilik mallarının yeni müşterek hukuka tâbi olmasını seçebilirler.

Soybağı (m.16-17)

Soybağının kurulması

MADDE 16 – (1) Soybağının kuruluşu, çocuğun doğum anındaki millî hukukuna, kurulamaması hâlinde çocuğun mutad meskeni hukukuna tâbidir. Soybağı bu hukuklara göre kurulamıyorsa, ananın veya babanın, çocuğun doğumu anındaki millî hukuklarına, bunlara göre kurulamaması hâlinde ana ve babanın, çocuğun doğumu anındaki müşterek mutad mesken hukukuna, buna göre de kurulamıyorsa çocuğun doğum yeri hukukuna tâbi olarak kurulur.

(2) Soybağı hangi hukuka göre kurulmuşsa iptali de o hukuka tâbidir.

Soybağının hükümleri

MADDE 17 – (1) Soybağının hükümleri, soybağını kuran hukuka tâbidir. Ancak ana, baba ve çocuğun müşterek millî hukuku bulunuyorsa, soybağının hükümlerine o hukuk, bulunmadığı takdirde müşterek mutad mesken hukuku uygulanır.

Madde 16/1'de soybağının nasıl kurulacağı düzenlenirken oldukça geniş bir basamaklı bağlama kuralına yer verilmiştir. Soybağının kurulmasında milletlerarası toplumun genel menfaati bulunur çünkü ortada bir çocuk vardır. Çocuğun üstün yararına göre (best interest of child) hareket edilmelidir ve ne olursa olsun çocuğun soybağı kurulur. Amaçsal yorum yapıldığında eğer herhangi bir basamağa göre soybağı kurulamamışsa o hukukun bağlama kurallarına bakılıp soybağı kurulmaya çalışılmalıdır. Aslında maddede basamaklı bağlama kuralı yerine alternatifli bağlama kuralı bulunsa idi çocuğun menfaati daha çok gözetilmiş olurdu çünkü o zaman soybağının en lehe olacak şekilde kurulabildiği hukuk tercih edilirdi. Yani soybağı ilgili hukuklardan birine göre kurulabiliyor olsa bile diğer bir hukukun daha avantajlı şekilde soybağı kurması söz konusu ise o hukuka göre soybağı kurulurdu. Madde 16/2 de yine çocuk yararına yorumlanmalıdır.

Madde 17/1 kesinlikle çocuk yararına bir madde değildir çünkü burada da alternatifli bağlama kuralı yoktur. Ayrıca ilk cümle ile ikinci cümle yer değiştirilmelidir çünkü kanun koyucu saçma bir şekilde önce uygulanacak olan bağlama kuralını sonradan yazmış.

Evlat Edinme (m.18)

Evlat edinme

MADDE 18 – (1) Evlat edinme ehliyeti ve şartları, taraflardan her birinin evlat edinme anındaki millî hukukuna tâbidir.

(2) Evlat edinmeye ve edinilmeye diğer eşin rızası konusunda eşlerin millî hukukları birlikte uygulanır.

(3) Evlat edinmenin hükümleri evlat edinenin millî hukukuna, eşlerin birlikte evlat edinmesi hâlinde ise evlenmenin genel hükümlerini düzenleyen hukuka tâbidir.



İlişkinin tarafları evlat edinenler ve evlat edinilendir. Aile hukuku meselesi olduğu için m.2/3 uyarınca atıf ihtimali söz konusudur.

1. fıkra: Bu maddeye kamu düzeni müdahalesi çok sık olur. Örneğin kamu düzeni sebebiyle evlat edinen ve edinilenin milli hukuk izin verse bile eşcinsellerin birlikte evlat edinmesine izin verilmez. Çocuğun yüksek menfaati nedeniyle kamu düzeni müdahalesi devreye girebilir (çocuk eşcinselleri örnek almasın diye).

Tek başına evlat edinmenin geçerli olup olmadığı da 1. Fıkraya göre belirlenir. Örneğin TMK'ya göre istisnai durumlar dışında eşler tek başlarına evlat edinemezler.

2. Fıkra: Eş derken evlilik benzeri kayıtlı birliktelik olan partnership de söz konusu olabilir. Eşlerden biri tek başına evlat ediniyorsa veya eşlerden biri evlat ediniliyorsa diğer eşin rızası gerekir. Rıza geçerlilik şartıdır. Eşlerin milli hukukları birlikte uygulanırken hangisinin milli hukuku daha ağır şart getiriyorsa o şarta uyulmalıdır.

3. Fıkra: Evlat edinmenin hüküm ve sonuçları= Evlat edinilenin mirasçılık durumu, soyadı, velayeti, kurulacak soybağının niteliği, evlat edinen ve evlat edinilenin evlenmesi...

Dikkat: Nafakaya ilişkin mesele olursa başka kanunlar ihtilâfı kuralı var.

Evlat edinmeye pek çok ülkede bir makamdan izin veya onay gerekir, bu onay şekle mi yoksa esasa mı ilişkindir? Tartışmalı bir husus, eğer şekil dersek m.7 uygulanır ve atıf ihtimali olmaz. Ama esasa ilişkindir dersek atıf ihtimali söz konusu olur.

Aile hukukuna ilişkin meseleler burada sona erdiği için sonraki konularda atıf ihtimali gündemde olmaz.

Nafaka (m.19)

Nafaka

MADDE 19 – (1) Nafaka talepleri, nafaka alacaklısının mutad meskeni hukukuna tâbidir.

m.14'te eşler arasındaki nafaka talepleri(yoksulluk nafakası) vardı. Velayet kendisine verilmeyen tarafın çocuğun masraflarına katılmasının gerektiren iştirak nafakası(child maintenance) da ilk bakışta m.19'a tâbidir. Akrabalar arasındaki yardım nafakası da m.19 kapsamında görünür. Peki m.14 dışında kalan nafaka talepleri tamamen m.19'a mı tâbidir?

Türkiye'nin de taraf olduğu La Haye(nafaka alacaklarına uygulanacak hukuk hakkında) sözleşmesi nafaka ile ilgili kanunlar ihtilâfı kuralları getirir. Uluslararası sözleşmeler ergo omnistur, sözleşmeye taraf olan bir devlet hiçbir karşılıklılık şartı aramadan bu sözleşmeyi uygulamak zorundadır.Bu sözleşme varken m.19 uygulanmaz hatta m.14'teki yoksulluk nafakası da sözleşme kapsamındadır. Fakat Türkiye sözleşmeye çekince koymuştur, civar hısımları arasındaki nafaka taleplerine bu sözleşmeyi uygulanmayacaktır. Çekince konan yerlere MÖHUK uygulanacaktır. Sözleşmeye göre nafakaya, nafaka alacaklısının mutad meskeni hukuku uygulanır. m.19 da aynı bağlama noktasını kabul etmiştir ama m.19 esas alınırsa atıf ihtimali varken La Haye esas alındığında direkt ilgili hukukun maddi hukuk kuralları uygulanır. Sonuç olarak iştirak ve yardım nafakası da çekince dışında La Haye kapsamındadır.

Nafakayla ilgili çokça kamu düzeni sorunu ortaya çıkabilir. Mesela Danimarka hukuku uygulanacaksa orada kardeşler arası nafaka yükümlülüğü yoktur ve Türk kamu düzeni müdahalesi mümkün olabilir. Veya din değiştirmenin nafaka hakkını ortadan kaldırdığı durumlarda da Türk kamu düzeni müdahalesi devreye girebilir.

Miras (m.20)

Miras

MADDE 20 – (1) Miras ölenin millî hukukuna tâbidir. Türkiye'de bulunan taşınmazlar hakkında Türk hukuku uygulanır.

(2) Mirasın açılması sebeplerine, iktisabına ve taksimine ilişkin hükümler terekenin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir.

(3) Türkiye'de bulunan mirasçısız tereke Devlete kalır.

(4) Ölüme bağlı tasarrufun şekline 7 nci madde hükmü uygulanır. Ölenin millî hukukuna uygun şekilde yapılan ölüme bağlı tasarruflar da geçerlidir.

(5) Ölüme bağlı tasarruf ehliyeti, tasarrufta bulunanın, tasarrufun yapıldığı andaki millî hukukuna tâbidir

Taraf menfaatini ilgilendirdiği için bağlama noktası olarak milli hukuk seçilmiştir ve m.2/3'e göre miras alanında atıf ihtimali olmaz. Miras hukukunda taşınır ve taşınmazların tâbi olacağı hukuk ile ilgili iki ayrı sistem bulunur:

1.Birlik sistemi: Taşınır ve taşınmaz ayrımı yapılmadan tüm tereke aynı bir hukuka tâbi tutulur.

2.Ayrım sistemi: Taşınır ve taşınmaz ayrımı yapılır, ikisi için ayrı bağlama kuralı konulur.

Kural olarak tüm dünyada miras alanında mirasın uygulanacak hukuku seçme serbestisi(prefacio juris) yeniliği var ama MÖHUK'ta böyle bir şey söz konusu değil.

1.fıkra: Birlik sistemi benimsenmiştir ama istisnaen Türkiye'de bulunan taşınmazlar açısından tek taraflı bağlama kuralı getirilmiştir.

2.fıkra: Mirasın açılması, iktisabı ve taksimi için bağlama kuralı getirilmiştir, TMK'ya göre 1. Fıkranın kapsamına bir şey kalmıyor gibi görünse de unutulmamalıdır ki milletlerarası hukuktayız. Mirasın açılması derken sadece mirasın açılma nedeni kastedilir, mantıklı olarak bu neden kişinin ölümüdür. Fakat kişinin milli hukuku, medeni ölüm gibi saçma sebeplerle de mirasın açılacağını öngörüyor olabileceği için terekenin bulunduğu ülkenin hukukunun uygulanması gayet mantıklıdır. İktisap yani mirasın geçişi konusunda da diğer ülkelerde külli halefiyet dışında iktisap türleri olabilir. Örneğin miras direkt trust'a(vasiyeti tenfiz memuru gibi) geçiyor olabilir. Taksim konusunda da tuhaf taksim kuralları devreye girmesin diye terekenin bulunduğu yerin tercih edilmesi mantıklıdır.

3.fıkra: Maddi milletlerarası özel hukuk kuralıdır yani olayı çözer, uygulanacak hukuku göstermez. Hiçbir yabancı devlet Türkiye'deki terekeye mirasçı olmasın diye egemenlik hakkına dayalı olarak getirilen bir kuraldır.

4.fıkra: Ölüme bağlı tasarrufun şekline 7. Madde(LRA veya lex causae) ve ölenin milli hukuku uygulanır der ama zaten lex causae(hüküm/miras statüsü) milli hukukken neden tekrar ölenin milli hukukuna bakılsın? Çünkü 1.fıkraya göre Türkiye'de bulunan taşınmazlar için istisnaen Türk hukuku uygulanacağı için LRA ve Türk hukukuna göre şekle aykırı yapılan ölüme bağlı tasarrufları ayakta tutabilmek için milli hukuka da bakılır. Ayrıca vasiyetnamelerin şekline uygulanacak hukuka dair La Haye sözleşmesi bulunduğu da unutulmamalıdır.

5.fıkra: Ölüme bağlı tasarruflar kişi öldükten sonra hüküm doğuracağı için dava anındaki tasarruf ehliyetine bakılma imkânı yoktur.

Ayni Haklar (m.21)

Aynî haklar

MADDE 21 – (1) Taşınır ve taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkı ve diğer aynî haklar, işlem anında malların bulunduğu ülke hukukuna tâbidir.

(2) Taşınmakta olan mallar üzerindeki aynî haklara varma yeri hukuku uygulanır.

(3) Yer değişikliği hâlinde henüz kazanılmamış aynî haklar malın son bulunduğu ülke hukukuna tâbidir.

(4) Taşınmazlar üzerindeki aynî haklara ilişkin hukukî işlemlere şekil yönünden bu malların buldukları ülke hukuku uygulanır.

Eşya hukukunda detaylıca işlenen hem taşınır hem taşınmazlar üzerindeki rehin hakkı vs. bu madde kapsamındadır. Taşınmazlar bakımından kira sözleşmesi vs. şahsi haktır. Ayni haklar bakımından işlem güvenliği(ve dolayısıyla işlem menfaati) önemli olduğu için **malın bulunduğu yer hukuku(lex rei sitae)** 13. Yüzyıldan beri genel kabul görmüş bağlama kuralıdır. Fakat taşınmakta olan mallar için bulunduğu yerin tespiti tartışmalıdır. Taşınmazlar için değil, taşınır için bu tartışma vardır. Taşınır malın bulunduğu yer işlem anında farklı olabilir örneğin gemideki bir yükün seyrüsefer hâlinde olması. İşlem yapıldıktan sonra mal başka bir yere gönderilecek olabilir.

1.fıkra: Genel kural= Malın bulunduğu yer hukuku bağlama noktasıdır. Ayni hak(hüküm) statüsü/lex causae malın bulunduğu yer hukukuna tâbi olacaktır. Örneğin taşınır davası, istihkak davası... Taşınmakta olan mallar(res in transitu) için de varma yeri hukukunun uygulanacağı 2. Fıkra ile belirlenerek tartışmalı husus bir sonuca bağlanmıştır.

Hakkın geçişi için bir süreç lazımsa mesela kazandırıcı zamanaşımı söz konusu ise ve mal aynı yerde kalmayıp yer değiştiriyorsa 3. Fıkraya göre uygulanacak hukuk belirlenir.

Örnek olay: Fransa'dan malı aldıktan sonra mülkiyet nasıl geçer? Teslim alındığı yerde mülkiyet geçmiş olacak. Malı Türkiye'de teslim alıyorsam zilyetliğin devri ile mülkiyeti kazanmış olacağım. Özellikle kazandırıcı zamanaşımı(kazanılması süreye tâbi haklar) için önemli olan husus ise mal en son neredeyse mülkiyet de o ülkenin hukukuna göre kazanılır. Fakat eğer mülkiyet önceden kazanıldıysa 3. Fıkranın bir anlamı kalmaz.

4.fıkra: Taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin hukukî işlemlerin şekli, lex causae ile aynı hukuka bağlanmış yani hem esasa hem de şekle lex causae uygulanır. Dikkat edilmelidir ki taşınmazlar ve aynı hak diyor yani taşınmazlar üzerindeki şahsi haklara ilişkin hukukî işlemlerin şekli m.7'deki bağlama kuralına tâbi. Taşınırlar için de yine m.7'ye bakılmalıdır.

m.22 Taşıma araçları(SINAVDA YOK) : Bir önceki madde araç üzerindeki mallar içindi. Şimdi ise bu malları taşıyan araçlardayız. Öncelikle hava ve deniz araçlarının özel sicili varken trenlerin yoktur. Özel bir izinle(ruhsat) tren sahibi olunur. 1. Fıkradaki bağlama noktası menşei ülke(kaynak ülke) hukukudur. Menşei ülke için farklı tanımlar gündeme gelebilir diye 2. Fıkroda bir tanım yapılmıştır.

m.23 Fikri mülkiyete ilişkin haklar (SINAVDA YOK): Fikri mülkiyet hakları mutlak haktır ve aynı haklardandır. İlk fıkrada koruma talebinin kapsamına tazminat vs. girer. 2. Fıkroda sınırlı da olsa bir hukuk seçimi imkânı vardır. Mahkemenin hukuku=Türk hukuku çünkü dava Türk mahkemesinde görülüyor. Yani taraflar, dava Türk mahkemesinde görülüyorsa Türk hukukunun uygulanmasına karar verebilir.

***Sözleşmeler (m.24)

TBK'da sözleşme serbestisi ilkesi mevcuttur ve her ülkede bu serbesti benimsendiği için uluslararası özel hukuka da bu ilke yansdı. İç hukuktakinden farkı, bildiğimiz sözleşme serbestisinin üzerine uygulanacak hukuku da seçme özgürlüğünün de taraflara tanınmış olmasıdır. Yani tarafların sözleşmeden doğan borç ilişkisine uygulanacak hukuku seçme özgürlükleri vardır. Taraflar aksini öngörmemişse seçtikleri hukukun maddi hukuk kuralları uygulanır. Seçilen hukuk uygulanması istenen herhangi bir hukuk olabilir hatta sırf emredici bir hükümden kaçabilmek için bile başka bir hukuk seçilebilir. Seçilen hukuk; tamamlayıcı, emredici ve yorumlayıcı kurallarıyla birlikte uygulanır.

Sözleşmeler açısından taraf menfaati önemlidir ama bu menfaat, millî hukukları uygulamakla gerçekleşmez. Ancak taraflar uygulanacak hukuku seçebilirlerse taraf menfaati gerçekleşir. Peki uygulanacak hukuk nasıl seçilir? Açık, örtülü veya farazi hukuk hukuk seçimi olabilir mi? Farazi hukuk seçimi, hâkimin kendini tarafların yerine koyup "Ben tarafların yerinde olsam şu hukuku seçerdim" demesidir ve böyle bir hukuk seçimi asla söz konusu olamaz. Açık hukuk seçimi ise sözleşmede "...işbu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda x hukuku uygulanır" denmesidir. Tabii ki hukuk seçimi bu şekilde yapılabilir. Zimni(örtülü) hukuk seçimi yapılması da mümkündür. Örneğin sözleşmenin ifa yeri Almanya olarak belirlenip hem dava hem de cevap dilekçesi Alman hukukuna göre yazılmış ise zimni hukuk seçimi yapılmış olur. Ayrıca sadece bir ülkede uygulanan bir sözleşme yapılmışsa o ülkenin hukukunun zimni olarak seçildiği kabul edilebilir.

Seçilen hukukun illa ki pozitif bir hukuk mu olması gerekir? Mantıken bir ülkenin yürürlükte olan hukukun seçilmesi gerekir çünkü örneğin Roma hukukunun uygulanmasına karar verilmesi pratik değildir. Peki taraflar CISG gibi uluslararası bir sözleşmenin kurallarının uygulanmasını seçebilir mi? Uluslararası tahkimde bu seçim kabul ediliyor fakat sözleşmede düzenlenmeyen konular için bir ülkenin hukukuna ihtiyaç vardır. Dolayısıyla bunlar da seçilememelidir.

Enkorporasyon: Tarafların sözleşmede uygulanacak hukuk kurallarına yer vermesidir, bir diğer deyişle sözleşmeyi hukuk olarak seçerler. Bu bir hukuk seçimi değildir. Eksik(tamamlayıcı, yorumlayıcı) kurallar bakımından sözleşmeye hangi hukuk uygulanacaksa o hukuktaki kurallar uygulanır.

Sözleşmenin bir kısmına bir hukuk, bir kısmına ise başka bir hukukun uygulanmasına karar verilmesi de mümkündür(kısmi hukuk seçimi). Ama karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde alacak ve borç için farklı hukuk seçilemez.

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukuk

MADDE 24 – (1) Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir. Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir.

(2) Taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler.

(3) Hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir. Sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, geriye etkili olarak geçerlidir.

(4) Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur.

Taraflar hukuk seçimini ne zaman yapmak zorundadır? m.24/3'e göre dava aşamasına kadar her zaman hukuk seçimi yapılabilir.

Sadece borsalarda yapılan sözleşmelerde bazen hukuk seçimi yapmak mümkün olmayabilir.

Taraflar seçtikleri hukukun maddi hukuk kurallarının yerine kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanmasına karar verebilirler ama bunu açıkça seçmeleri gerekir.

Hukuk seçiminin yapılması için yabancı unsur bulunması zorunlu mudur? Bir görüşe göre gerekmez(İstanbul ekolü). Hocamızın da benimsediği görüşe göre ise MÖHUK sadece yabancılık unsuru taşıyan ilişkilere uygulanır yani yabancılık unsuru yoksa uygulanacak hukuku seçme özgürlüğü de olmamalıdır. Kanuna karşı hile yapabilmek için hukuk seçimi yapılması ihtimali olabilir.

Hukuk seçimi ana sözleşmenin içinde kloz olarak yer alabilir fakat kendisi ayrı bir sözleşmedir. Ana sözleşme dışında ayrı bir sözleşme ile de hukuk seçimi yapabilmek mümkündür. Hukuk seçimi kaydı ana sözleşme içinde yer alsa da bağımsız bir sözleşmedir ve geçerliliği içinde yer aldığı sözleşmeden etkilenmez. Hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliği seçilen hukuka göre belirlenir.

m.24/1: Subjektif bir bağlama kuralıdır. İlk fıkrada açık hukuk seçimi, 2. Fıkrada ise zımni hukuk seçiminden bahsedilmektedir. Eğer bir seçim yoksa 4. Fıkrada objektif bağlama kuralı bulunur.

4. fıkra: Sözleşmelere uygulanacak hukuku belirlerken sentetik, analitik veya bireysel yöntemle göre karar verilir. Sentetik yöntem ile bütün sözleşmeler için uygulanabilecek tek bir hukuk belirlenmiş olur. Hukuk devleti olmanın gerektirdiği hukukî öngörülebilirlik, kesinlik ve güvenlik bu yöntemle sağlanabilir. Analitik yöntem ile her sözleşmenin niteliğine uygun ayrı bir uygulanacak hukuk belirlenir. Hukuk devleti ilkesi bu yöntemle de sağlanabilir. Bireysel yöntemde ise kanun koyucu somut olayın özelliklerini göz önüne alarak bir düzenleme getirir. Böylece kanun koyucuya her somut olaya ilişkin ayrı düzenleme yapma yetkisi verilir. Hukuk devleti ilkesi bu yöntemde sağlanamaz fakat isabetli uygulama ile daha esnek ve adil olma avantajı vardır.

m.24/4'teki objektif bağlama kuralına bakıldığında en sıkı ilişkili hukukun uygulanacağı öngörülür dolayısıyla bireysel yöntem tercih edilmiştir çünkü somut olaya göre en sıkı ilişkili hukuka hâkim karar verir. En sıkı ilişkili hukukun belirlenmesi için de maddenin devamında birtakım ölçütler belirlenmiştir. Karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni, en sıkı ilişkili hukuku belirler. Karakteristik edimin ne olduğunu bulmak için ise iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde paranın karşılığını teşkil eden edim, karakteristik edimdir. Yani kira sözleşmesindeki gibi sözleşmeye adını veren edime bakılır. Diş doktoruna diş yapması karşılığında tablo verilmesi gibi her iki tarafın da edimi para değilse veya her iki tarafın da edimi borç para almada olduğu için para ise risk altında olan edim, karakteristik edimdir. Yani dışçının edimi karakteristik edim sayılır.

m.24/4'ün devamında ise ticari veya mesleki faaliyetler için farklı bağlama noktası getirilir. Son cümlede ise karakteristik edim faraziyesi yoluyla bulunan hukuktan farklı bir hukukun daha sıkı ilişkili olması durumunda o hukukun uygulanması gerektiği belirtilir. Sonuç olarak sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukuk için basamaklı bağlama kuralı vardır. 1. basamakta tarafların seçtiği hukuk yer alır. 2. basamakta en sıkı ilişkili hukuk yer alır. 3. basamakta ise varsa daha sıkı ilişkili hukuk yer alır. 2. Basamaktaki en sıkı ilişkili hukukun tayininde kriter olarak kullanılan karakteristik edimin tespiti sentetik yöntem örneğidir. 3. basamaktaki daha sıkı irtibatlı hukukun tespiti ise bireysel yönetime bir örnektir.



Dikkat edilirse ehliyet ve geçerlilik statüsü değil, sadece ehliyet statüsü bulunur. Çünkü sözleşmenin geçerliliği de sözleşme statüsüne tâbidir. Sözleşme statüsü ise sözleşmenin geçerli olarak kurulması hâlinde hangi hukuka tâbi olacağına o hukuka tâbidir. Tarafların borçlarının ödeme veya fesihle sona ermesi sözleşme(akit) statüsüne tâbidir.

Yabancı unsurlu bazı satım tipleri doğrudan 1980 tarihli CISG Viyana Satım Sözleşmesi kapsamına girer. CISG'nin uygulanabilmesi için uluslararası bir satım söz konusu olmalıdır. Yani işyerleri farklı ülkelerde olmalı ve her iki tarafın işyerinin bulunduğu ülke de bu sözleşmeye taraf olmalıdır. Bu sözleşmede düzenlenmeyen konular bakımından sözleşmenin m.1/1(a) hükmüne göre m.24'e gidilmelidir. İşyerlerinden birinin devleti sözleşmeye taraf değilse bu sözleşme uygulanamaz ama m.1/1(b) uyarınca ilgili kanunlar ihtilâfı kurallarının işaret ettiği devlet sözleşmeye taraf ise CISG uygulanır. Devletlerin çoğu sözleşmeye taraf olduğu milletlerarası satım kanunu olarak bilinir. Bazen sözleşmenin tarafları CISG'nin uygulanmasını istemez ve CISG m.6'da yer alan seçim hakkına dayanarak bu sözleşmenin uygulanmamasına karar verebilirler. Bu durumda Türk mahkemeleri seçilen hukukun maddi hukuk kurallarını uygular. CISG uygulanacak hukuk olarak seçilirse=enkorporasyon.

İrade muhtariyeti yani hukuk seçimi bazı sözleşmeler açısından daha farklı şekildedir. Çünkü ya hukuk seçimi mümkün değildir ya zordur ya da karakteristik edime gerek yoktur. İş ve tüketici sözleşmelerinde akdin zayıf tarafının korunması gerekir.

Taşınmazlara ilişkin sözleşmeler

MADDE 25 – (1) Taşınmazlara veya onların kullanımına ilişkin sözleşmeler taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna tâbidir.

Bu madde taşınmazlarla ilgili aynı hakları yani tasarruf işlemini kapsamaz. Kira ve satım sözleşmesi bu madde kapsamındadır. Taşınmazlar ve onların kullanımına dair sözleşmeler açısından hukuk seçimi imkânı yoktur.

Tüketici Sözleşmeleri (m.26)

Tüketici sözleşmeleri

MADDE 26 – (1) Meslekî veya ticarî olmayan amaçla mal veya hizmet ya da kredi sağlanmasına yönelik tüketici sözleşmeleri, tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir.

(2) Tarafların hukuk seçimi yapmamış olması hâlinde, tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanır. Tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanabilmesi için;

a) Sözleşme, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede, ona gönderilen özel bir davet üzerine veya ilân sonucunda kurulmuş ve sözleşmenin kurulması için tüketici tarafından yapılması gerekli hukukî fiiller bu ülkede yapılmış veya

b) Diğer taraf veya onun temsilcisi, tüketicinin siparişini bu ülkede almış veya

c) İlişkinin bir satım sözleşmesi olması hâlinde, satıcı tüketiciyi satın almaya ikna etmek amacıyla bir gezi düzenlemiş ve tüketici de bu gezi ile bulunduğu ülkeden başka ülkeye gidip siparişini orada vermiş, olmalıdır.

(3) İkinci fıkradaki şartlar altında yapılan tüketici sözleşmelerinin şekline, tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanır.

(4) Bu madde, paket turlar hariç, taşıma sözleşmeleri ve tüketiciye hizmetin onun mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede sağlanması zorunlu olan sözleşmelere uygulanmaz.

Tüketici ile satıcı arasında tam bir eşitlik yoktur ve tüketici önüne konan şartları kabul etmek zorunda bırakılır. Tüketici, hukuk seçimini de kabul etmek zorunda kalmasın diye tüketici sözleşmeleri m.24 kapsamından çıkarılmıştır. Karakteristik edime bağlamak tüketici için adil değildir çünkü tüketicinin edimi hep paradır yani karakteristik edim değildir. Uluslararası hukukta akdin zayıf tarafını korumak için tüketiciyi koruyan bağlama kuralı genel olarak kabul edilmiştir.

26. maddenin ilk fıkrasında hukuk seçiminin sınırları çizilmiştir ve subjektif bir bağlama kuralıdır. 2. Fıkroda tüketicinin pasif kaldığı, her türlü adımın karşı tarafça atıldığı sözleşmeler yer alır. (a) bendinde tüketici âdeta kışkırtılır, (b) bendinde tüketicinin ayağına gidilir, (c) bendinde ise tüketici gezi ayağına alışverişe götürülür (sosyete pazarı servisinin uluslararası olanı gibi). 3 bent dışında kalan sözleşmeler genel kural olan m.24'e tâbidir.

3. fıkra: 2. Fıkradaki sözleşmelerde şekle uygulanacak hukuk olarak lex causae belirlenmiştir yani m.7 uygulanmaz. Tüketicinin mutad mesken hukuku hem esas hem de şekle uygulanmış olur. 1. Fıkra kapsamındaki sözleşmelerin şekline de bu fıkranın uygulanıp uygulanamayacağı hususu tartışmalıdır. Seçilen hukukun (lex causae) aradığı şekil şartı da uygulanabilir, sözleşmenin yapıldığı yer hukukuna da bakılabilir. Yani hocamıza göre m.7 uygulanabilir.

İş Sözleşmeleri (m.27)

İş sözleşmeleri

MADDE 27 – (1) İş sözleşmeleri, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir.

(2) Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde iş sözleşmesine, işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku uygulanır. İşçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması hâlinde, bu işyeri mutad işyeri sayılmaz.

(3) İşçinin işini belirli bir ülkede mutad olarak yapmayı devamlı olarak birden fazla ülkede yapması hâlinde iş sözleşmesi, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir.

(4) Ancak hâlin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşmeye ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri yerine bu hukuk uygulanabilir.

Her ne kadar karakteristik edimi işçi ifa etse de işçiyi korumak için m.24'ten ayrı olarak bu madde getirilmiştir. Hukuk seçimi yapılırken işçinin mutad işyeri hukukunun emredici kuralları saklıdır. 4. Fıkroda "uygulanabilir" denilerek hâkime takdir yetkisi tanınmıştır. Türk hukukunun kıdem tazminatı, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili hükümleri doğrudan uygulanan kurallardır.

m.28: (SINAVDA YOK)

m.29 (SINAVDA YOK): CIM sözleşmesi vs. için MÖHUK uygulanmaz çünkü uluslararası bir antlaşmaya tarafız. 2. Fıkroda bir karine yer alır. Karinenin aksi ise 3. Fıkradadır.

Temsil Yetkisi (m.30) (SINAVDA YOK AMA UYGULAMADA ÖNEMLİ)

Temsil yetkisi

MADDE 30 – (1) Temsilci ile temsil olunan arasındaki hukukî ilişkiden doğan temsil yetkisi, aralarındaki sözleşmeden doğan ilişkiye uygulanan hukuka tâbidir.

(2) Temsilcinin bir fiilinin, temsil olunanı üçüncü kişiye karşı taahhüt altına sokabilmesi için aranan şartlara temsilcinin işyeri hukuku uygulanır. Temsilcinin işyeri bulunmadığı veya üçüncü kişi tarafından bilinemediği veya yetkinin işyeri dışında kullanıldığı durumlarda temsil yetkisi, yetkinin fiilen kullanıldığı ülke hukukuna tâbidir. Yetkisiz temsilde, temsilci ile üçüncü kişi arasındaki ilişkiye de bu fıkra hükmü uygulanır.

(3) Temsilci ile temsil olunan arasında hizmet ilişkisi varsa ve temsilcinin bağımsız bir işyeri yoksa temsil yetkisi, temsil olunanın işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir.

Türk hukukunda doğrudan ve dolaylı olmak üzere iki tür temsil vardı. Doğrudan temsilde temsilci, temsil olunanın ad ve hesabına işlem yapar. Dolaylı temsilde ise kendi adına fakat temsil olunanın hesabına işlem yapar. İlk fıkraya göre m.24 uyarınca belirlenen hukuk, aradaki temsil ilişkisine de uygulanır.

Doğrudan Uygulanan Kurallar (m.31)

Doğrudan uygulanan kurallar

MADDE 31 – (1) 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.

m.6'da yer alan doğrudan uygulanan kurallar lex fori içindi. Bu maddede ise üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralı ile karşı karşıyayız. Bu hüküm sadece sözleşmeler için getirilmiş gibi durur nitekim sadece sözleşmeler için uygulanır fakat her durumda uygulanmalıydı(hocamızın da görüşü olduğu için savunulmalı). For devletin(hâkimin ülkesinin) ve esasa uygulanacak hukukun devletin dışında kalan her devlet üçüncü devlettir. Ayrıca hatırlanacağı gibi for'un ve esasa uygulanacak hukukun doğrudan uygulanan kuralları çatışırsa for'un doğrudan uygulanan kuralları uygulanır.

OLAY: Diyelim ki taraflar Napoli(İtalya'da) limanına yük taşıyor. Satıcı Türk ve alıcı İtalyan. Uygulanacak hukuk olarak da İsviçre hukuku belirlenmiş yani esasa uygulanacak hukuk İsviçre hukuku. Dava Türk mahkemesinde görüldüğü için for'un hukuku Türk hukuku. İtalya bu durumda üçüncü devlettir. Şayet İtalyan hukukuna göre Türkler İtalya'ya yük bırakmıyor ise Türk satıcı borcunu ifa edemez. For devletin mahkemesi, siyasi tedbiri yani İtalyan hukukunun doğrudan uygulanan kuralını göz önüne alacak mıdır?

Olayda sonraki ifa imkânsızlığı söz konusudur. Üçüncü devletin koyduğu kural yüzünden borçlu borcunu ifa edemiyorsa borçluyu mağdur etmemek için üçüncü devletin kuralları göz önünde bulundurulmalıdır. İtalyan hukuku bir vakıa olarak değerlendirilmeli ve esasa uygulanacak hukuka

göre (İsviçre hukuku) sonraki ifa imkânsızlığının sonuçları uygulanmalıdır. Bu durum sadece sözleşmeler için mümkündür fakat borçlar sadece sözleşmelerden doğmaz. Haksız fiil vb. için de doğrudan uygulanan kurallara bakılmalıdır.

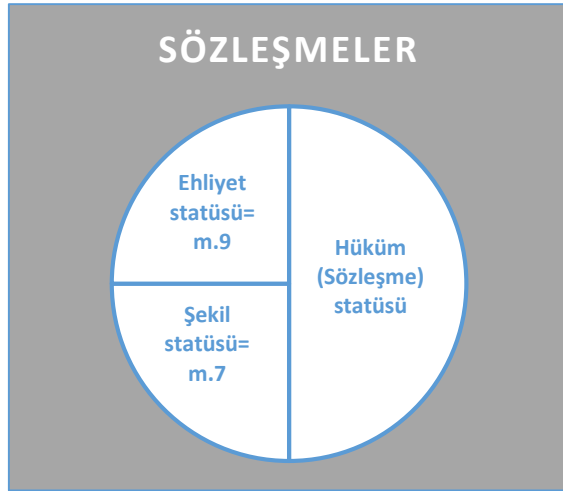
Görüldüğü gibi üçüncü devletin hukukunu bir vakıa gibi değerlendirerek etki tanıdık. Bu vakıaya esasa uygulanacak hukukun hangi sonucu tanıdığına bakılır. Yani üçüncü devletin hukuku sadece vakıa gibi göz önüne alınır ve kararın gerekçesine yazılmaz. Eğer üçüncü devletin hukukuna etki tanınacak olsa ve direkt uygulansa idi kararda gerekçe olarak gösterilirdi. Zira 31. maddenin 2. cümlesine göre üçüncü devletin hukukunun kuralına etki tanınması yeterli görülmeyip bu kural uygulanıyor ise kararın gerekçesinde de belirtilir.

Ceza hukukunda da suçun sonucu yabancı ülkede meydana gelmişse o ülkenin hukukunda daha hafif ceza öngörülmesi durumunda o hukuktaki ceza uygulanır.

Sözleşmeden doğan ilişkinin varlığı ve maddî geçerliliği

MADDE 32 – (1) Sözleşmeden doğan ilişkinin veya bir hükmünün varlığı ve maddî geçerliliği, sözleşmenin geçerli olması hâlinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka tâbidir.

(2) Taraflardan birinin davranışına hüküm tanımanın, uygulanacak hukuka tâbi kılınmasının hakkaniyete uygun olmayacağı hâlin şartlarından anlaşılırsa, irade beyanının varlığına, rızası olmadığını iddia eden tarafın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanır.



Asli geçerlilik, sözleşme geçerli ise tâbi olacağı hukuka tâbidir yani 24. maddedeki lex causae'ya bakılır. Örnek: Tarafların iradesi uyumuş mu vs. Farklı devletlerden insanlar sözleşme yaparken taraflardan birinin susması sıkıntı yaratır. Tarafların davranışına bir sonuç bağlamak zordur. Susan kişiyi borç altına sokmamak ve adil olmak için m.32/2 uygulanır. Yani asli geçerlilik için ehliyet değil, hüküm statüsü uygulanır. Hüküm statüsünün uygulanması haksızlık oluşturursa ilgilinin mutad meskeni hukuku uygulanmalıdır.

İfanın gerçekleştirilme biçimi ve tedbirler

MADDE 33 – (1) İfa sırasında gerçekleştirilen fiil ve işlemler ile malların korunmasına ilişkin tedbirler konusunda bu işlem veya fiillerin yapıldığı veya tedbirin alındığı ülke hukuku dikkate alınır.

Örneğin malın %5 eksik veya fazla olması, ürünün asbest içerip içermediği gibi hususlar, malın denetlendiği ülke hukukuna tâbidir. Çünkü o ülke malı geri gönderebilir veya imha edebilir. Uluslararası ticarete mal gönderilirken ifa yerindeki kurallar esas alınır.

Haksız Fiiller (m.34)

Haksız fiiller

MADDE 34 – (1) Haksız fiilden doğan borçlar haksız fiilin işlendiği ülke hukukuna tâbidir.

(2) Haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması hâlinde, zararın meydana geldiği ülke hukuku uygulanır.

(3) Haksız fiilden doğan borç ilişkisinin başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili olması hâlinde bu ülke hukuku uygulanır.

(4) Haksız fiile veya sigorta sözleşmesine uygulanan hukuk imkân veriyorsa, zarar gören, talebini doğrudan doğruya sorumlunun sigortacısına karşı ileri sürebilir.

(5) Taraflar, haksız fiilin meydana gelmesinden sonra uygulanacak hukuku açık olarak seçebilirler.

Kanun koyucu bazı özel haksız fiil türleri için ayrı düzenleme getirmiştir fakat bunlardan sorumlu değil, sadece 34. Maddeden sorumluyuz.

İka yeri: Haksız fiilin işlendiği yerdir ve bağlama noktası olarak da bu belirlenmiştir. Çünkü haksız fiilin sonucunda o ülkenin düzeni bozulur + Kişi o ülke hukukuna göre yaptırım uygulanacağını göz önünde bulundurarak haksız fiili ika eder. Zaman içinde ceza hukukunda gördüğümüz mesafeli haksız fiiller ortaya çıkmıştır. Bu durumda haksız fiilin işlendiği yer, bizzat eylemin gerçekleştirildiği yer mi yoksa sonucun meydana geldiği yer midir? İlk olarak dikkat edilmelidir ki zararlı sonuç ortaya çıkmamışsa ortada haksız fiil yoktur. Zararlı sonuç ortaya çıkmışsa neredeyse tüm devletler ika yerini, mesafeli haksız fiiller bakımından eylemin sonucunun meydana geldiği yer olarak kabul eder.

Maddenin ilk fıkrasında geleneksel bağlama noktası olan haksız fiilin işlendiği yer hukuku kabul edilmiştir. Tazminat miktarı, illiyet bağı, kusurlu veya kusursuz sorumluluk ve m.34 devamındaki maddelerin dışında kalan hususlar m.34'e tâbidir. Örneğin hayvan bulunduranın sorumluluğu da bu maddeye dâhildir.

2.fıkra mesafeli haksız fiiller için zararın meydana geldiği ülkenin ölçüt olacağı belirlenmiştir. Ayrı bir bağlama kuralı değildir, açıklayıcıdır.

3. fıkrada daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması durumunda o hukukun uygulanacağı öngörülür. Hâkime takdir yetkisi tanınmadan bu hukukun uygulanması gerekir. Örneğin Norveç'te yaşayan bir Türk vatandaşı oradaki 2 Türk arkadaşı ile birlikte araba kiralayıp Avrupa turuna çıkar. Kullandıkları araba da Türkiye'ye kayıtlıdır. Bu araba ile Rotterdam'da kaza yapıp birini yaralarlarsa haksız fiilin işlendiği yer Hollanda olmasına rağmen olay Türkiye ile daha sıkı bağlantılıdır. Yani hâkime somut olayın şartlarını göz önünde bulundurarak en sıkı ilişkili hukuku bulma ödevi getirilmiştir.

4.fıkra: Sigorta ilişkisi bir haksız fiil değil, sözleşme ilişkisidir fakat m.24'e göre sözleşmeye uygulanan hukukta öngörülmüşse talep doğrudan sorumlunun sigortacısına yöneltilebilir.

5.fıkra: Taraflar uygulanacak hukuku açıkça seçebilirler, bu seçime getirilen sınırlama ise hukuk seçiminin haksız fiil ortaya çıktıktan sonra olması ve zımni şekilde olmamasıdır.

Sonuç olarak haksız fiil statüsünde ehliyet de m.9'a göre belirlenir. Şekil statüsü ise haksız fiiller için yoktur çünkü bir işlem değil fiildir.

Sınavda Sorumlu Olmadığımız Haksız Fiil Türleri

Kişilik haklarının ihlâlinde sorumluluk

MADDE 35 – (1) Kişilik haklarının, basın, radyo, televizyon gibi medya yoluyla, internet veya diğer kitle iletişim araçları ile ihlâlinden doğan taleplere, zarar görenin seçimine göre;

- Zarar veren, zararın bu ülkede meydana geleceğini bilecek durumda ise zarar görenin mutad meskeni hukuku,
- Zarar verenin işyeri veya mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku veya
- Zarar veren, zararın bu ülkede meydana geleceğini bilecek durumda ise zararın meydana geldiği ülke hukuku, uygulanır.

(2) Kişilik haklarının ihlâlinde cevap hakkı, süreli yayınlarda, münhasıran baskının yapıldığı ya da programın yayınlandığı ülke hukukuna tâbidir.

(3) Maddenin birinci fıkrası, kişisel verilerin işlenmesi veya kişisel veriler hakkında bilgi alma hakkının sınırlandırılması yolu ile kişiliğin ihlâl edilmesinden doğan taleplere de uygulanır.

Zarar görene belli sınırlar çerçevesinde uygulanacak hukuku seçme hakkı tanınmıştır çünkü zedelenen menfaat ona aittir. Zarar gören, hangi hukuk menfaatlerini daha çok koruyorsa o hukuku seçebilir. 2.fıkradaki cevap hakkı ise tekziptir(düzeltilme yazısı).

İmalâtçının sözleşme dışı sorumluluğu

MADDE 36 – (1) İmal edilen şeylerin sebep olduğu zarardan doğan sorumluluğa, zarar görenin seçimine göre, zarar verenin mutad meskeni veya işyeri hukuku ya da imal edilen şeyin iktisap edildiği ülke hukuku uygulanır. İktisap yeri hukukunun uygulanabilmesi için zarar verenin, mamulün o ülkeye rızası dışında sokulduğunu ispat edememiş olması gerekir.

Bu madde sorumluluğumuz dışında olsa da gelecekte sıkça karşımıza çıkacak. İmalatçı ile tüketici arasında sözleşmesel ilişki yoktur fakat bu maddeye göre sözleşme dışı bir sorumluluk hâli mevcuttur.

Haksız rekabet

MADDE 37 – (1) Haksız rekabetten doğan talepler, haksız rekabet sebebiyle piyasası doğrudan etkilenen ülke hukukuna tâbidir.

(2) Haksız rekabet sonucunda zarar görenin münhasıran işletmesine ilişkin menfaatleri ihlâl edilmişse, söz konusu işletmenin işyerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanır.

Haksız rekabet, ekonomik haksız fiillerdendir. Piyasası doğrudan etkilenen ülke hukuku uygulanır. Doğrudan işletme hedef alındıysa işletme yeri hukuku uygulanır. Kartel hukukuna doğrudan uygulanan kural demiştik. Türkiye'deki mal ve hizmet piyasasını etkileyen fiillerde Türk hukuku doğrudan uygulanan kuraldır. Etkilenen başka bir piyasa ise bağlama kuralına gidilir.

Rekabetin engellenmesi

MADDE 38 – (1) Rekabetin engellenmesinden doğan talepler, bu engellemeden doğrudan etkilenen piyasanın bulunduğu ülkenin hukukuna tâbidir.

(2) Türkiye'de rekabetin engellenmesine yabancı hukuk uygulanan hâllerde, Türk hukuku uygulansaydı verilecek tazminattan daha fazla tazminata hükmedilemez.

Sebepsiz Zenginleşme (m.39)

Sebepsiz zenginleşme

MADDE 39 – (1) Sebepsiz zenginleşmeden doğan talepler, zenginleşmeye sebep olan mevcut veya mevcut olduğu iddia edilen hukukî ilişkiye uygulanan hukuka tâbidir. Diğer hâllerde sebepsiz zenginleşmeye, zenginleşmenin gerçekleştiği ülke hukuku uygulanır.

(2) Taraflar, sebepsiz zenginleşmenin meydana gelmesinden sonra, uygulanacak hukuku açık olarak seçebilirler.

Sebepsiz zenginleşme, hukuki ilişkiye uygulanan hukuka tâbidir mesela ortada bir sözleşme varsa m.24'e bakılır. Sebepsiz zenginleşmenin söz konusu olabileceği diğer hâller ise hukukî taşıyıcı, şeylerin karışması, haksız fiil vs.dir. Tarafların açıkça hukuk seçimi yapabileceği öngörülmüştür fakat sözleşmeden doğan sebepsiz zenginleşmede zaten sözleşmeye uygulanan hukuk uygulanır. Hukuk seçimi yukarıda sayılan diğer hâller için yapılabilir.

MİLLETLERARASI USÛL HUKUKU

Yabancı unsurlu uyuşmazlıklar varsa hangi devlet mahkemesinin yetkili olacağı, yabancı mahkeme veya hakem kararının Türkiye’de nasıl etki doğuracağı düşünülebilir. Türk mahkemelerinin yabancı unsurlu uyuşmazlıklar açısından yetkisine **milletlerarası yetki** denir. HMK’da gördüğümüz **iç yetki**, yabancı unsur olmayan uyuşmazlıklar içindir. Milletlerarası bir mahkeme olmadığı için sıkıntı çıkar ve duality vardır yani konu milletlerarası olmasına rağmen kanun millidir. Milletlerarası bir kaynak yoktur.

Yargı hakkı: Her devletin sahip olduğu yargı hakkının sınırları uluslararası hukuk tarafından belirlenir. Yargı hakkı sadece uluslararası hukukun belirlediği sınırlar içinde kullanılabilir. Yabancı bir ülkede mahkeme kurulamaz çünkü yargı hakkı, egemenlik hakkının uzantısıdır. Coğrafi(ülkesel) olarak uluslararası hukuk tarafından yargı hakkının sınırları belirlenir. Ayrıca konu bakımından da sınırlamalar vardır örneğin devletlerin yargı muafiyeti vardır ve hiçbir devlet, başka bir devleti yargılayamaz(egemen, egemeni yargılayamaz). Bu bir uluslararası teamül hukuku kuralıdır. Yargı hakkının diğer sınırı ise uluslararası antlaşmalardır. Sonuç olarak yargı hakkının sınırları ülkesel sınır, uluslararası teamül hukuku kuralı ve uluslararası antlaşmalardır.

Yargı hakkı, uluslararası hukukun getirdiği sınırlar içerisinde kullanılır fakat nasıl kullanılacağı bir iç hukuk meselesidir. Her devlet kendi mahkemelerinin iç yetkisini ve milletlerarası yetkisini düzenler.

Yetki kuralları, bağlama kurallarının aksine tek taraflıdır. Ne zaman Türk mahkemelerinin yetkili olduğunu belirler. “Haksız fiilden doğan uyuşmazlıklarda haksız fiilin işlendiği yer mahkemesi yetkilidir” dersek olmaz çünkü 2 taraflıdır ve başka bir devlete yetki verilerek onun egemenlik hakkına aykırı davranılmış olur. “Haksız fiil Türkiye’de işlendiyse Türk mahkemeleri yetkilidir” dersek sınırlara uyumş oluruz. 2 taraflı yetki kuralı ancak milletlerarası antlaşmalar ile getirilir.

Uygulanacak hukuk ile milletlerarası yetkili mahkemeyi asla karıştırmamak gerekir. Bu bir FAHİŞ HATA olarak kabul edilecektir.

Dünyada 2 esasa göre yetki kuralları belirlenir. Bazı devletler iç yetki ile milletlerarası yetkiyi tamamen farklı tespit edebilirler, iç yetki kurallarının dayandığı esaslar ile milletlerarası yetkinin dayandığı esaslar farklıdır. Bazı devletlerde ise iç yetki ile dış yetki arasında sıkı bağ vardır. Örneğin her ikisi de davacının ikametgahına göre belirlenir. Bu tamamen devletin kendi tercihidir. Sonuç olarak milletlerarası yetkinin belirlenme serbestisi şu şekildedir: İster iç yetki kuralları ile aynı, ister farklı esasa dayanır.

Milletlerarası yetki

MADDE 40 – (1) Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları tayin eder.

Görüldüğü gibi Türk hukukunda iç yetki kuralları ile milletlerarası yetki kuralları aynı esasa dayanır. Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini belirlerken iç hukuktaki yer itibariyle yetki kurallarını içeren HMK, TMK, CMK vs. dikkate alınacaktır. Örneğin sözleşmeden doğan uyuşmazlık için HMK m.6’daki genel yetki kuralı ve m.10’daki özel yetki kuralına bakılır. Davalının ikametgahı Türkiye’de ise veya sözleşmenin ifa yeri Türkiye’de ise Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi vardır.

Türk mahkemelerinin yetkili olduğuna karar verildikten sonra iç yetki kuralına göre yetkisizlik kararı verilebilir ve dosya yetkili mahkemeye gönderilir. Örneğin Gaziantep mahkemesinde açılması gereken davanın Şanlıurfa mahkemesinde açılması. Fakat milletlerarası yetki yoksa verilen yetkisizlik kararından sonra dosya yetkili ülkeye gönderilmez.

40. madde temel kuraldır. Lâkin kanun koyucu bazen iç hukuktaki yetki kurallarına gidilmesini istememiştir ve özel yetki kuralları da koymuştur. Özel yetki kuralı varsa önce onun uygulanması gerekir, yoksa m.40 uygulanır. m.41-46 özel yetki kurallarını düzenler.

Türklerin kişi hâllerine ilişkin davalar

MADDE 41 – (1) Türk vatandaşlarının kişi hâllerine ilişkin davaları, yabancı ülke mahkemelerinde açılmadığı veya açılmadığı takdirde Türkiye’de yer itibariyle yetkili mahkemede, bulunmaması hâlinde ilgilinin sâkin olduğu yer, Türkiye’de sâkin değilse Türkiye’deki son yerleşim yeri mahkemesinde, o da bulunmadığı takdirde Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birinde görülür.

Eskiden kişi hâllerine ilişkin davalarda Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi vardı fakat sonradan kaldırıldı. Artık yabancı mahkemeler de bu davalara bakabilir. Ancak Türk vatandaşının yabancı mahkemeye gitmek zorunda kalmasının engellenmesi istenir çünkü Türk mahkemesinde dava açmak için bu kişi için daha avantajlı olabilir. Örneğin boşanma için m.40’ın yollama yaptığı TMK’ya göre kişinin Türkiye’de yerleşim yeri yoksa Türkiye’de dava açılmaz. Fakat m.41’e göre dava açılması sağlanır. Öngörülen şart ise yabancı ülke mahkemesinde dava açılmamış olması veya açılmış ve yetkisizlik kararı verilmiş olmasıdır(açılmamış olması). Hangi davaların kişi hâllerine ilişkin olduğuna Türk hukukuna göre karar verilir. Kişinin vatandaşlığını da Türk Vatandaşlığı Kanunu’na göre tayin ederiz.

Örnek: Türk Hüseyin, Alman eşi Helga’dan boşanmak için Almanya’da dava açmışken dava istediği gibi gitmeyince Türkiye’de de dava açarsa Türk mahkemesine milletlerarası yetki itirazı yapılabilir. Dikkat: Derdestlik yani dava şartı iddiası öne sürülemez çünkü Türkiye’de yetkili olan iki ayrı mahkemede dava açılmamış, birisi yabancı mahkeme. Sınavda milletlerarası yetki itirazı yazılmalı fakat gelecekte avukat olacaklar için her ikisini de ileri sürmek gerekir.

Yabancıların kişi hâllerine ilişkin bazı davalar

MADDE 42 – (1) Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayan yabancı hakkında vesâyet, kayımlık, kısıtlılık, gaiplik ve ölmüş sayılma kararları ilgilinin Türkiye’de sâkin olduğu yer, sâkin değilse mallarının bulunduğu yer mahkemesince verilir.

m.41’de Türk vatandaşlarının kişi hâllerine ilişkin tüm davalara ilişkin bir hüküm bulunurken m.42’de yabancıların sadece belli kişi hâllerine ilişkin davalarda yetki düzenlenmiştir. Yabancılar için bu hükmün getirilme sebebi de Türkiye’de yerleşim yerlerinin olmaması ve HMK’daki yetki kuralında yerleşim yeri aranmasıdır.

Miras davaları

MADDE 43 – (1) Mirasa ilişkin davalar ölenin Türkiye’deki son yerleşim yeri mahkemesinde, son yerleşim yerinin Türkiye’de olmaması hâlinde terekeye dâhil malların bulunduğu yer mahkemesinde görülür.

Bu maddedeki yetki kriterleri HMK m.11’deki miras davalarına ilişkin yetki kuralı ile benzerdir. HMK’ya göre bazı uyuşmazlıklar için murisin son yerleşim yeri, bazı uyuşmazlıklar içinse malın bulunduğu bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. MÖHUK’a göre ise uyuşmazlık konusunda ayırım yapılmadan ilk olarak kişinin Türkiye’deki son yerleşim yerine sonra da terekeki malın bulunduğu yere bakılarak Türk mahkemelerinin yetkisi tayin edilir. Yabancı unsur varsa HMK yerine bu hüküm esas alınır.

Koruyucu Yetki Kuralları

m.40’a göre iç hukuktaki yetki kurallarına gitmeden önce bu maddelere(m.44, 45, 46) gidilmelidir zira iç hukuktaki yetki kuralları yabancı unsurlu uyuşmazlıklar için yeterince koruyucu değildir.

İş sözleşmesi ve iş ilişkisi davaları

MADDE 44 – (1) Bireysel iş sözleşmesinden veya iş ilişkisinden doğan uyuşmazlıklarda işçinin işini mutaden yaptığı işyerinin Türkiye’de bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. İşçinin, işverene karşı açtığı davalarda işverenin yerleşim yeri, işçinin yerleşim yeri veya mutad meskeninin bulunduğu Türk mahkemeleri de yetkilidir.

İşveren karşısında işçi oldukça zayıf durumda olduğu için tıpkı uygulanacak hukuktaki gibi yetkili mahkeme bakımından da özel bir yetki kuralı getirilmiştir. Şayet Türkiye’de dava açılmamışsa yurtdışındaki mahkemelerin verdiği karar Türkiye’de tanınmaz mı? Yani bu konuda münhasır yetki mi vardır?

Münhasır yetki, bir davaya mutlaka Türk mahkemeleri tarafından bakılmasını gerektirir. Kesin yetkiden farklıdır. Hocamıza göre m.44 bir münhasır yetki kuralı değildir çünkü koruyucu bir yetki kuralıdır. Türkiye’de dava açılmamış ve yurtdışında dava açılıp işçi lehine karar verilmişse bu kararın Türkiye’de de etkisi olabilir. Doktrinde bir görüş ise buarada münhasır yetki kuralının bulunduğunu çünkü yetki anlaşmasının iş davaları bakımından yapılamayacağını savunur. Bizim benimsememiz gereken görüş ise münhasır değil koruyucu yetki kuralı olduğu ve yabancı ülke mahkemesinde işçi lehine bir karar alınmışsa bu kararın tanınması ve tenfizinin mümkün olduğudur.

m.44’e göre işçinin işini mutaden yaptığı işyerinin değil, işçinin işini mutaden yaptığı işyerinin Türkiye’de bulunduğu yer mahkemesi yetkili kılınmıştır. Nitekim belirtildiği gibi MÖHUK’taki yetki kuralları devletlerin egemenlik hakkı dolayısıyla iki taraflı olamaz, başka bir devlete yetki tanınamaz. MÖHUK kuralları ile sadece Türk mahkemelerinin yetkili olup olmadığı belirlenir. m.44’ü incelemeye devam edersek ilk cümlenin hem işçi hem işveren tarafından açılacak davalar için Türk mahkemelerinin yetkisini belirlediği, ikinci cümlenin ise sadece işçi tarafından işverene karşı açılacak davalar için yetkiyi belirlediği söylenebilir.

Tüketici sözleşmesine ilişkin davalar

MADDE 45 – (1) 26 ncı maddede tanımlanan tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda, tüketicinin seçimine göre, tüketicinin yerleşim yeri veya mutad meskeni ya da karşı tarafın işyeri, yerleşim yeri veya mutad meskeninin bulunduğu Türk mahkemeleri yetkilidir.

(2) Birinci fıkra uyarınca yapılan tüketici sözleşmeleri hakkında tüketiciye karşı açılacak davalarda yetkili mahkeme, tüketicinin Türkiye’deki mutad meskeni mahkemesidir.

m.44 ile aynı mantığa sahiptir. Zayıf durumda olan tüketiciyi koruyucu bir yetki kuralıdır. Münhasır yetki değildir.

Sigorta sözleşmesine ilişkin davalar

MADDE 46 – (1) Sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda, sigortacının esas işyeri veya sigorta sözleşmesini yapan şubesinin ya da acentasının Türkiye’de bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. Ancak sigorta ettirene, sigortalıya veya lehdara karşı açılacak davalarda yetkili mahkeme, onların Türkiye’deki yerleşim yeri veya mutad meskeni mahkemesidir.

Sigorta sözleşmesinde taraflardan biri tacir olduğu için taraflar arasında eşit pazarlık gücü yoktur. Sigorta sözleşmeleri genellikle genel işlem şartları ile yapılır ve burada yetkili mahkeme de belirlenir. Yetki anlaşması ile ilgili maddenin 2. Fıkrasına göre bu anlaşma geçersizdir.

Yetki Anlaşmaları

Yetki anlaşması üç ayrı ihtimalde yapılabilir:

1.Yabancı unsurlu bir uyuşmazlık bakımından normalde Türk mahkemelerinin hiçbir yetkisi yoktur ama taraflar anlaşarak Türk mahkemelerini yetkili kılmak isteyebilir. Bu anlaşma bakımından HMK’daki yetki anlaşmasının şartları aranır çünkü Türk mahkemeleri yetkili kılınmaktadır. Dikkat edilmelidir ki olayda yabancı unsur bulunur.

2. Yine yabancı unsurlu bir davada Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi vardır. Taraflar anlaşarak Türk mahkemelerinin bu yetkisini kaldırıp yabancı bir devlet mahkemesini yetkili kılmak isterse MÖHUK'ta yetki anlaşması maddesine bakılır.

3. Yine yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi yoktur. Taraflar anlaşarak yabancı ülke mahkemesini yetkili kılmak isterse bu hâlde bizi ilgilendiren bir durum yoktur, ne HMK ne de MÖHUK uygulanır.

MÖHUK'taki yetki anlaşmasına ilişkin madde 2. İhtimal için aranan şartları düzenler. Bu madde yabancı mahkemelerin hangi şartlarda yetkili kılınacağını belirlemez. Çünkü devletlerin egemenlik hakkına saygı duyulmalıdır. m.47'de sadece Türk mahkemelerinin yetkisinin kaldırılması hususu düzenlenmiştir. Sözleşmede yetkili kılınması öngörülmüş olan devlet 1. ihtimalde olduğu gibi yetkili olduğunu kabul etmek için kendi hukukundaki şartların gerçekleşmesini ister.

Yetki anlaşması ve sınırları

MADDE 47 – (1) Yer itibariyle yetkinin münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hâllerde, taraflar, aralarındaki yabancılik unsuru taşıyan ve borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlığın yabancı bir devletin mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabilirler. Anlaşma, yazılı delille ispat edilmesi hâlinde geçerli olur. Dava, ancak yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması veya Türk mahkemelerinde yetki itirazında bulunulmaması hâlinde yetkili Türk mahkemesinde görülür.

(2) 44, 45 ve 46 ncı maddelerde belirlenen mahkemelerin yetkisi tarafların anlaşmasıyla bertaraf edilemez.

1. Yer itibariyle yetki(HMK) münhasır yetki kurallarına dayanmamalıdır. Örneğin taşınmazın aynından doğan uyuşmazlıklarda kesin yetki kuralı olduğu için Türk mahkemeleri münhasıran yetkilidir. Münhasır yetki söz konusu ise yapılan anlaşmanın hiçbir etkisi yoktur.
2. Olayda yabancı unsur bulunmalıdır.
3. Uyuşmazlık borç ilişkisinden kaynaklanmalıdır. Örneğin haksız fiil, sözleşme, sebepsiz zenginleşme.
4. Yazılı olma şartı. Doktrinde yazılılığın ispat şartı olduğu da savunulur. Hocamız maddede geçen "...yazılı delille ispat edilmesi hâlinde geçerli olur" ifadesine dayanarak geçerlilik şartı der.

Bu şartlar altında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi kaldırılır. Yetkili kılınması öngörülen yabancı mahkeme yetkisizlik kararı verirse Türk mahkemelerinin yetkisi yeniden canlanır. Veyahut Türk mahkemesinde dava açılmışsa ve milletlerarası yetki itirazında bulunulmazsa hâkim yetki anlaşması olduğunu bilemeyeceği için zımnen Türk mahkemeleri yetkili kabul edilmiş olur. Yine yetki canlanır.

Diyelim ki yetki anlaşması ile Fransa'nın yetkili kılındığı bir dava hem Fransa hem Türkiye'de açıldı. Milletlerarası yetki itirazında bulunulmadığı için iki ülkede de dava devam etti. Paris mahkemesinde dava daha önce bitip karar kesinleşirse bu karar Türkiye'de tanınmalı ve tenfiz edilmelidir. Tanınırsa kesin hüküm(tarafları, dava konusu ve talep sonucu aynı olmalı) etkisi doğar yani aynı tarafların, aynı konuda ve aynı taleple Türkiye'de açtıkları dava için kesin hüküm olduğundan dava şartı itirazı ileri sürülebilir. Önce Türkiye'deki dava biterse Paris'te daha sonra alınan karar için Türkiye'de açılan tanıma-tenfiz davasının reddi gerekir. Çünkü Türkiye'de verilmiş bir kesin hüküm vardır, yabancı ülkede verilen hüküm tanınırsa o da Türk mahkemesi kararı gibi olacağı için 2 kesin hüküm olmamalıdır.

m.47/2'ye göre koruyucu yetki kuralı bertaraf edilemez lâkin yabancı ülkede verilen karar Türkiye'de tanınabilir. Yani bu konularda yetki anlaşması yapılamaması, münhasır yetki olduğu anlamına gelmez. Bunlar belirtildiği gibi sadece koruyucu yetki kuralıdır.

Teminat

MADDE 48 – (1) Türk mahkemesinde dava açan, davaya katılan veya icra takibinde bulunan yabancı gerçek ve tüzel kişiler, yargılama ve takip giderleriyle karşı tarafın zarar ve ziyanını karşılamak üzere mahkemenin belirleyeceği teminatı göstermek zorundadır.

(2) Mahkeme, dava açanı, davaya katılanı veya icra takibi yapanı karşılıklılık esasına göre teminattan muaf tutar.

Teminat gösterilecek hâller (HMK)

MADDE 84- (1) Aşağıdaki hâllerde davalı tarafın muhtemel yargılama giderlerini karşılayacak uygun bir teminat gösterilir:

a) Türkiye’de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşının dava açması, davacı yanında davaya müdahil olarak katılması veya takip yapması.

b) Davacının daha önceden iflasına karar verilmiş, hakkında konkordato veya uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırma işlemlerinin başlatılmış bulunması; borç ödemeden aciz belgesinin varlığı gibi sebeplerle, ödeme güçlüğü içinde bulunduğu belgelenmesi.

(2) Davanın görülmesi sırasında teminatı gerektiren durum ve koşulların ortaya çıkması hâlinde de mahkeme teminat gösterilmesine karar verir.

(3) Mecburi dava ve takip arkadaşlığında teminat gösterme yükümlülüğü, bu yükümlülüğün tüm davacılar bakımından mevcut olması hâlinde doğar.

Teminat karşı tarafın uğrayacağı zararı karşılamak için istenir. Fakat her zaman teminat istenemez aksi takdirde adalete erişme hakkı ortadan kaldırılmış olur. HMK m.84’te Türk vatandaşlarının teminat ödemesi gereken durumlar düzenlenirken MÖHUK’ta yabancılar için teminat düzenlenir. HMK uyarınca Türkiye’de mutad meskeninin olmaması durumunda kişinin Türkiye ile irtibatı zayıf görülerek ondan teminat alınması hükme bağlanmıştır. MÖHUK’ta ise sırf yabancılığa bağlanan bir teminat vardır. HMK gibi isabetli değildir kaldı ki taraf olduğumuz La Haye sözleşmesinde vatandaşlığa bağlanan teminat yer almaz. Ayrıca teminat için davalı tarafın yabancı olup olmaması önemli değildir.

2.fıkra ise **karşılıklılık** şartına dayanan bir muafiyet durumu bulunur. Karşılıklılık esasına göre bir ülkede Türkler dava açtığı zaman onlardan teminat istenmiyorsa biz de o ülkenin vatandaşlarından teminat istemeyiz. Karşılıklılık ya bir uluslararası anlaşma ya da fiili uygulama sağlanabilir. Ek olarak bir ülkenin kanunlarında teminat alınacağına dair bir hüküm yoksa karşılıklılık şartı gerçekleşmiştir, o ülkenin vatandaşlarından da teminat alınmaz. Karşılıklılık = Mütakabiliyet = Reciprocity

Yabancı devletin yargı muafiyetinden yararlanamayacağı hâller

MADDE 49 – (1) Yabancı devlete, özel hukuk ilişkilerinden doğan hukukî uyuşmazlıklarda yargı muafiyeti tanınmaz.

(2) Bu gibi uyuşmazlıklarda yabancı devletin diplomatik temsilcilerine tebligat yapılabilir.

Yargı muafiyeti, bir devletin başka bir devleti yargılayamamasıdır. Roma hukukundan beri süregelen “Egemen, egemeni yargılayamaz” ilkesinden kökenini alır. Ancak uluslararası kamu hukuku dersinde görüldüğü gibi istisnai durumlarda bir devlet, Milletlerarası Adalet Divanında (International Court of Justice) yargılanabilir.

Uluslararası teamül kuralına göre bir devlet, egemenlik tasarrufu(acts of state) dışında kalan özel hukuka dayalı tasarrufları ve eylemleri için yargılanabilir. Bu tasarruflar için yargı muafiyeti yoktur. Örneğin devletin yaptığı satış, kira vs. sözleşmeleri.

Bir devlet egemenlik tasarrufları nedeniyle sahip olduğu yargı muafiyetinden feragat edebilir. Kendisine karşı açılan davaya yargı muafiyetine dayalı itirazda bulunmaksızın cevap verirse de zımnen feragat etmiş olur. Devlete karşı açılan davalarda tebligat elçiliğe yapılır. Uygulamada ise genellikle elçilikler bu tebligatı almaz.

Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi

HMK’dan bildiğimiz gibi kesinleşen bir mahkeme kararının **kesin delil, kesin hüküm ve icra kabiliyeti** etkileri vardır. Verilen mahkeme kararının bu etkileri sadece verildiği ülkenin ülkesel sınırları içindedir. Yabancı ülke mahkemesinin verdiği bir kararla kararlar Türk yetkilileri harekete geçemez çünkü egemenlik hakkına aykırı bir durum olur. Aynı uyuşmazlık için yeniden yargılama yapılması ise

usûl ekonomisine ve tarafların menfaatine aykırıdır. Bu yüzden yabancı mahkeme kararlarının başka bir ülkede de tanınabilmesi ve tenfizi imkânı getirilmiştir.

Bu imkân ile kararın doğru verilip verilmediği denetlenmeden ilgili kararın tanınması ve tenfizi söz konusu olabilir. Yani o ülkede de tanıma ve tenfiz talebiyle dava açılabilir. Tenfiz davası, başka bir ülkede açılmış olan davanın aynısı değildir. Türkiye’de açılan dava örneğin Almanya’daki boşanma davasının tanınması ve tenfizi davasıdır. Bu davada taraflar yeniden dinlenmez, deliller incelenmez. Yabancı bir mahkeme kararının tenfizi için bir ülkede dava açıldığında o ülke davanın esasına girerek yeniden o davayı göremez. Buna **revizyon yasağı** denir ve bu yasak uyarınca orijinal mahkeme kararının başka bir ülke mahkemesi tarafından yeniden tetkik edilmesi yasaktır.

Tanıma ile elimize ne geçer? Sadece boşanma hükmü verilmişse tanıma yeterlidir çünkü tanıma ile kesin delil ve kesin hüküm etkisi yaratılır. Tanıma sonucunda yabancı mahkeme kararı tıpkı Türk mahkemesince verilmiş gibi bu etkilere sahip olur.

Tenfiz kararı verildiği zaman o karar aynen Türk mahkemesince verilen bir karar gibi kesin delil ve kesin hüküm etkisine ve icra kabiliyetine sahip olacaktır. Yani devletin icra organlarının harekete geçmesini sağlar. Bu yüzden biraz da egemenlik hakkıyla ilgilidir. Uluslararası ve karşılaştırmalı hukukta tanıma için daha hafif şartlar aranır. Bizde ise tanıma ile karşılaştırıldığında tenfiz için ek olarak sadece bir şart aranır.

Yabancı mahkeme kararında eda edilebilir bir hüküm yoksa tenfize gerek yoktur. Fakat ifayı, edayı gerektiren bir hüküm varsa tenfiz gereklidir. Sadece kesin hüküm ve kesin delil etkisi yeterli ise sadece tanıma istenmesi yeterlidir. Yani kişinin iradesine göre tenfiz veya tanımaya başvurma gerekliliği de değişebilir. Kişinin iradesine göre kısmi tenfiz de istenebilir.

Tanıma kararı verilmişse ilgili kararın icrası istenemez çünkü sadece kesin hüküm ve kesin delil etkisi ortaya çıkar lâkin tenfiz kararı sonucunda kesin delil, kesin hüküm ve icra kabiliyeti etkileri ortaya çıkar yani tenfiz, tanımayı da kapsar. Tenfiz edilmiş karar aynı zamanda tanınmış da olur.

Tanıma ve tenfiz için aranan şartlar bakımından doktrinde ayırım vardır. Kanunda da bir ayırım yapılmıştır. Ön şartlar, hem tenfiz hem tanıma için tamamen aynıdır. Aslî şartlarda ise bir tanesi hariç tenfiz ve tanıma için aynı şartlar aranır. Tenfiz için ek olarak bir şart bulunur.

Tenfizin(ve tanımanın) Ön Şartları

Tenfiz kararı

MADDE 50 – (1) Yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilâmların Türkiye’de icra olunabilmesi yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlıdır.

(2) Yabancı mahkemelerin ceza ilâmlarında yer alan kişisel haklarla ilgili hükümler hakkında da tenfiz kararı istenebilir.

1. Kararın **yabancı bir devlet mahkemesinden** verilmiş olması gerekir. Yabancı devlet derken tanıma kararı verecek devletin, ilgili kararı veren devleti tanıması gerekmez. Buna karşın tenfiz için görüleceği üzere karşılıklı işlem şartından dolayı o ülkenin tanınması gerekebilir. Kararın mahkeme kararı polamsı gerektiği belirtilmiştir fakat bazı ülkelerde adı mahkeme olmayan bazı kuruluşlara mahkeme yetkileri verilmiştir. Örneğin İskandinav ülkelerinde belediyeye boşama yetkisi verilmiştir. Eğer o kuruluş bir yargılama faaliyeti yürütüyorsa ve kullandığı yetki yasalara uygunsa o karar da tanıma ve tenfize konu olabilir. Fakat somut olaya göre kamu düzenine aykırılık nedeniyle tanınmama veya tenfiz edilmeme ihtimali söz konusu olabilir.

2. Yabancı mahkeme kararı, **özel hukuk davalarına** ilişkin olmalıdır. Türkiye’de kamu hukukuna ilişkin bir dava o ülkede özel hukuk davası ise bu şart sağlanmıştır. Yani o ülkede davanın türünün ne olduğu önem taşır. Fakat m.50/2 uyarınca ceza davalarında kişisel haklara dair verilen hükümler de tanınabilir ve tenfiz edilebilir.

3. Verilmiş olan mahkeme kararı o ülkenin kanunlarına göre **kesinleşmiş** olmalıdır. Şekli anlamda kesinlik aranır yani o ülke hukukuna göre olağan kanun yolları tüketilmelidir. Türkiye’de tanıma ve tenfiz davası açılmadan karar kesinleşmiş olmalıdır. Fakat Yargıtay buna gerek olmadığı kanaatindedir.

Tenfizin(ve tanınmanın) Aslî Şartları

Tenfiz şartları

MADDE 54 – (1) Yetkili mahkeme tenfiz kararını aşağıdaki şartlar dâhilinde verir:

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

b) İlâmın, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması veya davalının itiraz etmesi şartıyla ilâmın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı hâlde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince verilmiş olmaması.

c) Hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması.

ç) O yer kanunları uyarınca, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş ve bu kişinin yukarıdaki hususlardan birine dayanarak tenfiz istemine karşı Türk mahkemesine itiraz etmemiş olması.

1. Karşılıklı işlem şartı: Bu şart tanımada aranmaz. Şayet Türk mahkemesinden verilen bir mahkeme kararı bir ülkede tüm hükümleriyle birlikte tenfiz edilebiliyorsa o ülkenin benzer konulardaki kararları da Türkiye’de tenfiz edilebilir. Karşılıklı işlem; akdi, kanuni veya fiili olabilir. Akdi karşılıklılık, ikili veya çok taraflı bir uluslararası anlaşmaya dayanır. Kanuni karşılıklılık, o ülkenin kanununda karşılıklılık şartı aranmıyorsa gerçekleşir. Mesela bizde tanıma için karşılıklılık şartı aranmadığı için karşılıklı işlem şartı bulunan bir devlet bizim kararlarımızı tanımalıdır çünkü biz o devlet de dâhil her devletin kararını tanımaktayız. Fiili karşılıklılık ise bir devletteki fiili uygulamada Türk mahkemelerinin kararları tenfiz ediliyorsa gerçekleşir.

2. Yetki: Hem tanıma hem de tenfiz aranan bir şarttır. Yabancı mahkemenin bazı konularda belirli bir kararı vermek bakımından yetkisinin olup olmadığına bakılır. Aslında yabancı mahkemesinin yetkisi bizi ilgilendirmez, biz sadece Türk mahkemelerinin yetkisinin olup olmadığını tespit ederiz. Ama burada dolaylı açıdan yetki tetkik edilir.

Münhasır yetki: Verilen karar için yetki, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi kapsamındaysa karar tanınmaz ve tenfiz edilemez. Örneğin hatrı için: Taşınmazın aynından doğan davalarda Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi bulunur.

Aşkın yetki(excessive/exorbitant jurisdiction): Bazı devletler mahkemelerinin yetkisini tespit ederken çok zayıf irtibatlarla dayanır. Örneğin otelde kalan biri çorabını orada unutmuş ve malın bulunduğu yer sıfatıyla dava o ülkede görülmüş olabilir veyahut yolculuk yaparken tebligatta bulunduğu için tebligat yeri sıfatıyla dava o ülkede görülmüş olabilir. Bu durumlardaki aşkın yetkiye umbrella veya slipper jurisdiction denir. Gerçek irtibatlarla dayanmayan bu yetki ile verilen karar Türkiye’de tanınmayabilir veya tenfiz edilmeyebilir. Ama taraflar buna itiraz etmelidir, re’sen göz önünde bulundurulması hayli zordur. Yani aşkın yetki hâllerinde karşı taraf, Türkiye’de görülen tenfiz davasına itiraz edebilmelidir. Peki yabancı mahkemede itiraz edilmediyse Türkiye’deki tenfiz davasında itiraz edilmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil eder mi? Etmemelidir çünkü hocamıza göre birtakım masraflardan kaçmak için itiraz edilmemiş olabilir. Örneğin itiraz haksız bulunursa masraf çıkabilir veya bazı ülkelerde avukatla temsil zorunluluğu vardır ve avukata ücret ödememek için itiraz edilmemiş olabilir.

3. Kamu düzenine aykırılık bulunmaması: Kamu düzeni, tanıma ve tenfiz davalarında da gündeme gelebilir. Örneğin yabancı bir mahkeme kararı için tanıma davası açıldığında Türkiye’de tarafları, dava konusu ve talep sonucu aynı olan bir dava için verilmiş kesin hüküm varsa kamu düzenine aykırılık dolayısıyla bu hüküm tanınmaz. Taraflara savunma hakkı kullandırılmamışsa veya hâkim rüşvet yemiştirse kamu düzenine aykırı olan bu hüküm tanınmaz veya tenfiz edilemez.

Kamu düzenine aykırılığın doğması için illa yabancı hukukun uygulanmış olması gerekmez. Yabancı hâkim, Türk hukukunu da uyguluyor olabilir. Ayrıca usûle ilişkin nedenlerle veya diğer nedenlerle de kamu düzenine aykırılık mevcut olabilir.

Yabancı mahkeme kararı **gerekçesiz** ise de kamu düzenine aykırılık vardır hocamıza göre. Çünkü gerekçe olmadığı için kanun yollarına başvurmak mümkün olmaz yani kanun yollarına başvurma hakkı davayı kaybeden tarafın elinden alınmış olur. Fakat Yargıtay bir İçtihatları Birleştirme Kararı ile gerekçesiz yabancı mahkeme kararlarının Türk kamu düzenine aykırı olmadığına karar vermiştir. Bu yüzden gerekçesiz kararlar da tanınmak zorundadır. Gerekçe şartı Anayasaya göre sadece Türk mahkemeleri içindir.

Revizyon yasağı yani esasî tetkik yasağı vardır fakat kamu düzenine aykırılığın tespiti için istisnaen bu yasak biraz zedelenebilir. Bu gayet normal bir durumdur. Kamu düzeni, bu yasak ile çatışmaktadır. Bazı hususlar bakımından kararın esasına girmek gerekebilir. Kamu düzeni, re'sen göz önüne alınır.

4. Savunma haklarına uygunluk(riayet): İtiraza bağlı bir şarttır. Yabancı mahkeme kararı verilirken o ülkenin usûl kurallarına aykırılık olmamalıdır veya bir hüküm sırf kişi yabancı vs. diye ona uygulanmamış olmamalıdır veya o ülkenin kurallarına aykırı olarak gıyabında veya yokluğunda karar verilmemelidir. Savunma haklarına aykırılık varsa tanıma veya tenfiz davasında o ülkenin kanununun böyle olduğu ispat edilerek Türk mahkemesine itiraz edilmelidir.

Savunma haklarına aykırılık varsa ilk olarak ç bendine göre itiraz edilmelidir yani önce o ülkenin usûl kurallarına bakılmalıdır. Eğer kararı veren yabancı ülke hukukuna göre aykırılık yoksa c bendine göre kamu düzenine aykırılık ileri sürülmelidir. Dikkat edilmesi gereken husus, ç bendinde sadece belli aykırılıklar sayılır fakat c bendi bütün usûl kurallarına aykırılık hâllerini kapsar. Yani usûli hakların hepsi ç bendine göre gündeme getirilemez.

Tüm ön ve aslî şartları sağlayan bir karar tenfiz edilirse icra kabiliyetine sahip olur. Tenfiz aynı zamanda tanımayı da kapsadığı için kesin delil ve kesin hüküm etkisi de doğar. Kesin hüküm ve kesin delil etkisi m.59'a göre geçmişe etkili sonuç doğurur. Kararın verildiği yabancı ülkede kesinleştiği ana kadar geçmişe yürür. Tenfizde de geçmişe yürüme söz konusudur. Fakat icrai etki tenfiz kararı verildiği zaman ortaya çıkar çünkü geçmişe dönüp kararın icrasını sağlamak günümüz teknolojisinde henüz mümkün değildir.

Kesin hüküm ve kesin delil etkisi

MADDE 59 – (1) Yabancı ilâmın kesin hüküm veya kesin delil etkisi yabancı mahkeme kararının kesinleştiği andan itibaren hüküm ifade eder.

Görev ve yetki

MADDE 51 – (1) Tenfiz kararları hakkında görevli mahkeme asliye mahkemesidir.

(2) Bu kararlar kendisine karşı tenfiz istenen kişinin Türkiye'deki yerleşim yeri, yoksa sâkin olduğu yer mahkemesinden, Türkiye'de yerleşim yeri veya sâkin olduğu bir yer mevcut değilse Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birinden istenebilir.

m.51'e göre tanıma ve tenfiz kararları için görevli mahkeme asliye mahkemesidir. Asliye hukuk veya asliye ticaret mahkemeleri görevlidir. Boşanma içinse aile mahkemesi görevlidir. 2. Fıkra da yetkili mahkeme belirlenmiştir.

Tenfiz istemi

MADDE 52 – (1) Kararın tenfiz edilmesinde hukukî yararı bulunan herkes tenfiz isteminde bulunabilir. Tenfiz istemi dilekçe ile olur. Dilekçeye karşı tarafın sayısı kadar örnek eklenir. Dilekçede aşağıdaki hususlar yer alır:

- Tenfiz isteyenle, karşı tarafın ve varsa kanunî temsilci ve vekillerinin ad, soyad ve adresleri.
- Tenfiz konusu hükmün hangi devlet mahkemesinden verilmiş olduğu ve mahkemenin adı ile ilâmın tarih ve numarası ve hükmün özeti.
- Tenfiz, hükmün bir kısmı hakkında isteniyorsa bunun hangi kısım olduğu.

Hükümde tenfiz istemi olarak yazılsa da tenfiz davası da olabilir. Çünkü bu istem sonucunda da yargılama yapılır. Maddede belirtilen hukukî yarara dikkat edilmelidir. Davada taraf olmayan kimseler de hukukî yararları varsa tenfiz isteminde bulunabilir. c bendinde ise kararın bir kısmının tanınması veya tenfizi için bir hüküm bulunur. Kararın bir kısmının tenfizinin istenmesinin sebeplerinden biri de mesela velayet konusunda Türk hukukunda peşinen kamu düzeni müdahalesine başvurulmasıdır.

Boşanma davasında velayet hakkında da bir hüküm verilmişse sırf “velayet kamu düzenindedir” denilip tenfiz davası reddedilmesin diye kısmî tenfiz davası açılabilir.

Dilekçeye eklenecek belgeler

MADDE 53 – (1) Tenfiz dilekçesine aşağıdaki belgeler eklenir:

- a) Yabancı mahkeme ilâmının o ülke makamlarınca usulen onanmış aslı veya ilâmı veren yargı organı tarafından onanmış örneği ve onanmış tercümesi.
- b) İlâmın kesinleştiğini gösteren ve o ülke makamlarınca usulen onanmış yazı veya belge ile onanmış tercümesi.

Hatırlanacağı üzere şeklen kesinlik tenfiz için ön şarttı. Bu yüzden b bendi uyarınca kesinleşmeye dair belge bulunmalıdır.

Tebliğ ve itiraz

MADDE 55 – (1) Tenfiz istemine ilişkin dilekçe, duruşma günü ile birlikte karşı tarafa tebliğ edilir. İhtilâfsız kaza kararlarının tanınması ve tenfizi de aynı hükme tâbidir. Hasımsız ihtilâfsız kaza kararlarında tebliğ hükmü uygulanmaz. İstem, basit yargılama usulü hükümlerine göre incelenerek karara bağlanır.

(2) Karşı taraf ancak bu bölüm hükümlerine göre tenfiz şartlarının bulunmadığını veya yabancı mahkeme ilâmının kısmen veya tamamen yerine getirilmiş yahut yerine getirilmesine engel bir sebep ortaya çıkmış olduğunu öne sürerek itiraz edebilir.

Bu hüküm oldukça isabetsizdir zira karşı taraf tebellüğden imtina ederse(kendisine tebligat yapılmasından kaçınırsa) kararın tanınması ve tenfizi güçleşecektir.

Yabancı mahkeme kararlarının kesin delil ve kesin hüküm etkisini haiz olması için tanınması gerekir. Geçen sene çıkarılan KHK ile nüfus müdürlüklerine, yabancı ülkelerde verilen boşanma kararlarının tanınması yetkisi verildi. Bu yetkinin verilme sebebi ise m.55'e göre tarafların tebligatı almaması idi. Fakat bu yetki için getirilen şart boşanan tarafların beraber nüfus müdürlüğüne gitmeleridir. Zaten taraflardan biri tebligatı almıyorsa eski eşi ile beraber nüfus müdürlüğüne gitmesi de pek beklenebilir bir davranış değildir. Sonuç olarak bu KHK da diğerleri gibi mantıksızdır. Uygulamada ise nüfus müdürlükleri yeterli hukukî bilgiye sahip olmadıkları için boşanma kararlarını tanımaktan kaçınıyor ve taraflar mahkemeye başvuruyor. Yani bu KHK sadece işi uzatmış oluyor.

m.55/2'ye göre karşı tarafa üç durumda itiraz hakkı tanınır. Örneğin borç zaten yerine getirilmişse itiraz edilebilir. Yabancı mahkeme ilâmının yerine getirilmesine engel sebebe örnek olarak da yabancı ülkede verilen kararın ilâm zamanaşımının geçmesidir. Çünkü kendi ülkesinde bile ilâm gücü kalmamış kararın Türkiye'de de ilâmı mantıksızdır. Tenfiz kararının ilâm zamanaşımı süresi HMK'ya göre 10 yıldır. Yani hem yabancı ülkenin hem de bizim zamanaşımı süremiz uç uca eklenebilir. Oldukça mantıksız olsa da özel bir hüküm bulunmadığı için uygulama bu yöndedir.

Karar

MADDE 56 – (1) Mahkemece ilâmın kısmen veya tamamen tenfizine veya istemin reddine karar verilebilir. Bu karar yabancı mahkeme ilâmının altına yazılır ve hâkim tarafından mühürlenip imzalanır.

Kararın bir kısmı kamu düzenine aykırı bulunursa karar re'sen kısmen tanınır.

Yerine getirme ve temyiz yolu

MADDE 57 – (1) Tenfizine karar verilen yabancı ilâmlar Türk mahkemelerinden verilmiş ilâmlar gibi icra olunur.

(2) Tenfiz isteminin kabul veya reddi hususunda verilen kararların temyizi genel hükümlere tâbidir. Temyiz, yerine getirmeyi durdurur.

Türk mahkemesinin verdiği tenfiz kararı ile yabancı ülke mahkemesinde verilen karar tıpkı Türk mahkemesinde verilmiş bir karar gibi kesin delil, kesin hüküm ve icra edilebilirlik etkisine sahip olur. Kararın temyizi istenirse kararın icrası durdurulmuş olur.

Tanım

Tanım

MADDE 58 – (1) Yabancı mahkeme ilâmının kesin delil veya kesin hüküm olarak kabul edilebilmesi yabancı ilâmın tenfiz şartlarını taşıdığına mahkemece tespitine bağlıdır. Tanımada 54 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi uygulanmaz.

(2) İhtilâfsız kaza kararlarının tanınması da aynı hükme tâbidir.

(3) Yabancı mahkeme ilâmına dayanılarak Türkiye'de idarî bir işlemin yapılmasında da aynı usul uygulanır.

Daha önce de üzerinde durulduğu gibi tanıma için karşılıklı işlem şartı aranmaz. Bunun dışında kalan tüm tenfiz şartları ise tanıma için aranır. 2. Fıkraya göre çekişmesiz yargı işlerinde aynı hükümler uygulanacaktır. 3. Fıkroda ise idari makamların ancak tanıma kararına dayanarak işlem yapacağı hükme bağlanmıştır.

Kesin hüküm ve kesin delil etkisi

MADDE 59 – (1) Yabancı ilâmın kesin hüküm veya kesin delil etkisi yabancı mahkeme kararının kesinleştiği andan itibaren hüküm ifade eder.

Bu maddede malumun ilanı yer alır. Yargıtay'ın yanlış bir İBK'sını ortadan kaldırmak için bu hüküm MÖHUK'a yerleştirilmiştir.

DİPNOT: Medeni usûl hukuku dersinde gördüğümüz apostil şerhi, tanımadan farklıdır. Apostil şerhi, mahkeme kararları için değildir sadece resmi belgeler içindir. Mahkemede adli belgeler için ve idari belgeler için apostil ayrıdır. Apostille ilgili La Haye sözleşmesi vardır. Türkiye ve dünyadaki diğer çoğu ülke bu sözleşmeye taraftır. Apostil şerhi yetkili makam tarafından İngilizce veya Fransızca olarak verilir.

Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi (SINAVDA ÇIKMAYABİLİR)

Temel şart ortada yabancı bir hakem kararı olmasıdır. Doktrinde neyin yabancı hakem kararı olduğu hususu tartışmalıdır. Burada kullanılacak 1. Kriter tahkim yeri yabancı bir ülkede ise yabancı hakem kararı olduğudur. 2. Kriter ise izlenen usûl yabancı ülkeye aitse kararın yabancı olduğudur. Hatta karar Türk hakemler tarafından verilse bile usûl yabancı ülkeye aitse hakem kararı yabancıdır. Hocamız 1. Kriteri benimser. Eğer karar yabancı değilse tanıma ve tenfize ihtiyaç yoktur.

1. Tahkime gidilebilmesi için tarafların bu konuda bir tahkim anlaşması olmalıdır. Tahkim anlaşması, tıpkı hukuk seçimi veya yetki anlaşması gibi bir anlaşmadır. Asıl anlaşmanın içinde bir madde madde olarak da yer alabilir. Bu şekilde yapılırsa bu maddeye tahkim kaydı(klozu) denir. Asıl anlaşmadan ayrı olarak ayrı bir anlaşma olarak da yapılması mümkündür. Her ne şekilde yapılırsa yapılsın asıl anlaşmadan bağımsızdır. Geçerlilikleri birbirinden etkilenmez.
2. Tahkime elverişli bir konu olmalıdır. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklarda ve mahkemenin münhasır yetkisinin olmadığı konularda tahkime gidilebilir.

DİPNOT: Hakem kararları, mahkeme kararlarının aksine decision değil award'dır. Hakem kararları için temyiz yolu yoktur. Ancak hakem kararlarının iptali davası, tahkim yeri neresi ise orada açılabilir.

Yabancı hakem kararlarının tenfizi

MADDE 60 – (1) Kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış veya taraflar için bağlayıcı olan yabancı hakem kararları tenfiz edilebilir.

(2) Yabancı hakem kararlarının tenfizi, tarafların yazılı olarak kararlaştırdıkları yer asliye mahkemesinden dilekçeyle istenir. Taraflar arasında böyle bir anlaşma olmadığı takdirde, aleyhine karar verilen tarafın Türkiye'deki yerleşim yeri, yoksa sâkin olduğu, bu da yoksa icraya konu teşkil edebilecek malların bulunduğu yer mahkemesi yetkili sayılır.

2.fıkra uyarınca taraflar, tenfiz davasının açılacağı yer bakımından da anlaşılabilir.

Ret sebepleri

MADDE 62 – (1) Mahkeme,

- a) Tahkim sözleşmesi yapılmamış veya esas sözleşmeye tahkim şartı konulmamış ise,
- b) Hakem kararı genel ahlâka veya kamu düzenine aykırı ise,
- c) Hakem kararına konu olan uyuşmazlığın Türk kanunlarına göre tahkim yoluyla çözümü mümkün değilse,
- ç) Taraflardan biri hakemler önünde usulüne göre temsil edilmemiş ve yapılan işlemleri sonradan açıkça kabul etmemiş ise,
- d) Hakkında hakem kararının tenfizi istenen taraf, hakem seçiminden usulen haberdar edilmemiş yahut iddia ve savunma imkânından yoksun bırakılmış ise,
- e) Tahkim sözleşmesi veya şartı taraflarca tâbi kılındığı kanuna, bu konuda bir anlaşma yoksa hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna göre hükümsüz ise,
- f) Hakemlerin seçimi veya hakemlerin uyguladıkları usul, tarafların anlaşmasına, böyle bir anlaşma yok ise hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna aykırı ise,
- g) Hakem kararı, hakem sözleşmesinde veya şartında yer almayan bir hususa ilişkin ise veya sözleşme veya şartın sınırlarını aşılıyor ise bu kısım hakkında,
- h) Hakem kararı tâbi olduğu veya verildiği ülke hukuku hükümlerine veya tâbi olduğu usule göre kesinleşmemiş yahut icra kabiliyeti veya bağlayıcılık kazanmamış veya verildiği yerin yetkili mercii tarafından iptal edilmiş ise,

yabancı hakem kararının tenfizi istemini reddeder.

(2) Birinci fıkranın (ç), (d), (e), (f), (g) ve (h) bentlerinde yazılı hususların ispat yükü, hakkında tenfiz istenen tarafa aittir.

Yabancı hakem kararının tanıma ve tenfizi için Türkiye’de dava açılmalıdır. Ancak kanunda sayılan sebepler varsa ret sebebi söz konusu olabilir. m.54’te mahkeme kararlarının tenfizi için aranan şartların aksine m.62’de hakem kararlarının tenfizi için olmaması gereken şartlar(olumsuz şartlar) düzenlenir. Hakem kararlarında hem tenfiz hem de tanıma için karşılıklı işlem şartı aranmaz. 1956 tarihli New York sözleşmesine taraf olduğumuz için karşılıklı işlem şartı aranmamaktadır, bu sözleşmedeki şartların yaklaşık olarak aynıları aranır. MÖHUK daha lehte ise ona göre karar verilebilir. Devletlerin MÖHUK’unda, belki New York sözleşmesine taraf olmayan bir devlet ile karşılaşılır diye yine de bir hüküm bulunur.

Şartlara göz atılırsa şu hususlara değinmek gerekir: b bendinde genel ahlâka ve kamu düzenine aykırılık yer alır. Genel ahlâka aykırılığa örnek olarak rüşvet ile verilen kararlar, ahlâka aykırı bir borcun yerine getirilmesine hükmedilen kararlar verilebilir. f bendine bakıldığında hakem seçiminin ve uygulanacak usûlün de tarafların iradesine bırakıldığı söylenebilir. Yani tahkimde taraflar hem uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözüleceğine dair tahkim anlaşması yapabilir, hem uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku seçebilir, hem de uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak usûl kurallarını belirleyebilir veya kendileri usûl kuralı yaratabilir. Mahkemede çözülen uyuşmazlıklarda ise usûl hep lex fori’ye tâbidir, taraflar bu konuda bir anlaşma yapamaz. g bendinde hakemin talepten fazlasına karar vermesi durumunda tenfiz şartının gerçekleşmediği hükme bağlanır. h bendinde ise hakem kararının iptal edilmemiş olması ve kesinleşmiş olması şartı aranır.

Dilekçe ve inceleme usulü

MADDE 61 – (1) Yabancı bir hakem kararının tenfizini isteyen taraf, dilekçesine aşağıda yazılı belgeleri, karşı tarafın sayısı kadar örnekleriyle birlikte ekler:

- a) Tahkim sözleşmesi veya şartının, aslı yahut usulüne göre onanmış örneği.
- b) Hakem kararının usulen kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış veya taraflar için bağlayıcılık kazanmış aslı veya usulüne göre onanmış örneği.
- c) (a) ve (b) bentlerinde sayılan belgelerin tercüme edilmiş ve usulen onanmış örnekleri.

(2) Mahkemece hakem kararlarının tenfizinde 55 inci, 56 ncı ve 57 nci madde hükümleri kıyas yoluyla uygulanır.

Tenfiz isteminin kabulü veya reddi için de temyiz için bu maddede belirtildiği üzere m.57’ye gidilir.

Yabancı hakem kararlarının tanınması

MADDE 63 – (1) Yabancı hakem kararlarının tanınması da tenfizine ilişkin hükümlere tâbidir.

Hukuk ders notları için; YirmiSekiz.net

-SON-