

T.C.
HASAN KALYONCU ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA
GERÇEK KİŞİLERİN ŞAHSİ STATÜSÜ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN
AYŞEGÜL KÜBRA GÖK

GAZİANTEP, 2019

T.C.
HASAN KALYONCU ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

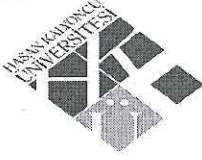
MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA
GERÇEK KİŞİLERİN ŞAHSİ STATÜSÜ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN
AYŞEGÜL KÜBRA GÖK

TEZ DANIŞMANI
DR. ÖĞR. ÜYE AHMET CEMAL RUHİ

GAZİANTEP - 2019



**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE
YÜKSEK LİSANS KABUL VE ONAY FORMU**

Özel Hukuk Anabilim Dalı **Özel Hukuk** Tezli Yüksek Lisans Programı öğrencisi **Ayşegül Kübra GÖK** tarafından hazırlanan “**Milletlerarası Özel Hukukta Gerçek Kişilerin Şahsi Statüsü**” başlıklı tez, **13 / 06 / 2019** tarihinde yapılan savunma sınavı sonucu **başarılı** bulunarak jürimiz tarafından **Yüksek Lisans Tezi** olarak kabul edilmiştir.

Görevi

Unvanı, Adı ve Soyadı

İmzası:

Kurumu/Üniversitesi

Jüri Başkanı

Prof. Dr. Ömer ÖZKAN
Hasan Kalyoncu Üniversitesi

Tez Danışmanı

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Cemal
RUHİ
Hasan Kalyoncu Üniversitesi

Jüri Üyesi

Dr. Öğr. Üyesi Tayfun ERCAN
Gaziantep Üniversitesi

Bu tez Enstitü Yönetim Kurulunca belirlenen yukarıdaki jüri üyeleri tarafından uygun görülmüş ve Enstitü Yönetim Kurulu kararı ile onaylanmıştır.

Prof. Dr. Mazlum ÇELİK
Enstitü Müdürü

TEZ ETİK VE BİLDİRİM SAYFASI

Yüksek lisans tezi olarak sunduğum “**Milletlerarası Özel Hukukta Gerçek Kişilerin Şahsi Statüsü**” başlıklı çalışmanın tarafımda, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu ve bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğumu belirtir ve onurumla doğrularım. 10/06/2019

Ayşegül Kübra GÖK



ÖNSÖZ

“Milletlerarası Özel Hukukta Gerçek Kişilerin Şahsi Statüsü" konulu tezimi Prof. Dr. Ömer Özkan, Dr. Öğr. Üye Ahmet Cemal Ruhi ve Dr. Öğr. Üye Tayfun Özcan'dan oluşan jüri önünde savunularak oy birliği ile başarılı bulunmuştur.

Tez çalışmam boyunca bilgi ve tecrübelerini benimle paylaşan danışman hocam Dr. Öğr. Üye Ahmet Cemal Ruhi'ye müteşekkirim.

Hayatımın her anında olduğu gibi bu özverili süreçte de yanımda olan ve hiçbir zaman desteklerini esirgemeyen aileme canım arkadaşım Öğr Gör. Nebile Teke Akbulut'a sonsuz teşekkür ederim.

Gaziantep, 2019

Ayşegül Kübra GÖK

ÖZET

Şahsi statü kişinin hak ve hukukunun hangi ülke kanunlarına tabii olduğuna ilişkindir. Bunun temelini hak ehliyeti oluşturur. Hak ve fiil ehliyeti, hukukun en temel kavramları olmakla birlikte, bireylerin hak sahibi olmalarını ve kendi fiilleri ile borç altına girebilmelerini sağlayan kurumlardır. Milletlerarası özel hukuk ise yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda, uyuşmazlık konusu olaya ve hukuki kurumlara uygulanacak hukuku tespit etmeyi amaçlayan hukuk dalıdır. İşte bu çalışmanın temel konusu gerçek kişilerin hak ve fiil ehliyetine milletlerarası özel hukuk kapsamında uygulanacak hukuku tespit etmek ve bu konudaki mevcut sorunları incelemektir. Bu kapsamda karşılaştırmalı hukuktan faydalanılarak çeşitli hukuk sistemleri analiz edilecek ve incelenen konu ve sorunlarla ilgili en doğru yaklaşımlara ulaşılmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Milletlerarası özel hukuk, şahsi statü, hak ehliyeti, fiil ehliyeti, karşılaştırmalı hukuk.

ABSTRACT

Personal status refers to the laws of the country in which the persons rights are subject to. The basis of this is the capacity to have rights. Although the capacity to have right and capacity to act are the most basic concepts of law, they are the institutions that enable individuals to have rights and to be indebted with their own actions. International private law, on the other hand, is a branch of law aiming to determine the law to be applied to the subject and the legal institutions in disputes involving foreign element. The main subject of this study is to determine the law to be applied to the real and legal capacity of real persons within the scope of private international law and to examine the existing problems in the field. In this context, various legal systems will be analyzed by using comparative law and the most appropriate approaches will be tried to be reached regarding the issue and problems examined.

Keywords: International private law, personal status, capacity to have right, capacity to act, comparative law.



İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	i
ÖZET.....	ii
ABSTRACT	iii
İÇİNDEKİLER.....	iv
KISALTMALAR	ix

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK MEDENİ KANUNUNDA GERÇEK KİŞİLERİN ŞAHSİ STATÜSÜ

GİRİŞ.....	1
1.1.Hak Ehliyeti.....	1
1.1.1.Hak Ehliyeti Kavramı	2
1.1.2. Hak Ehliyetinin Başlangıcı.....	4
1.1.3. Hak Ehliyetinin Sınırlandırılması.....	6
1.1.3.1. Yaş.....	6
1.1.3.2. Cinsiyet.....	7
1.1.3.3. Evlilik.....	7
1.1.3.4. Yabancılık Unsuru.....	8
1.1.4.Hak Ehliyetinin Sona Ermesi	9
1.1.4.1.Ölüm.....	10
1.1.4.2. Ölüm Karinesi.....	11
1.1.4.3. Gaiplik.....	13
1.1.5. Hak Ehliyetinin Sona Ermesinin Sonuçları.....	15
1.2. Fiil Ehliyeti.....	16
1.2.1.Fiil Ehliyeti Kavramı.....	16
1.2.2.Fiil Ehliyetinin Şartları	18

1.2.2.1. Ayırt Etme Gücüne Sahip Olmak	18
1.2.2.2. Ergin Olmak	20
1.2.2.3. Kısıtlı Olmamak	22
1.2.3. Fiil Ehliyetine Göre Kişilerin Ayırımı	23
1.2.3.1. Tam Ehliyetliler	23
1.2.3.2. Sınırlı Ehliyetliler	24
1.2.3.3. Sınırlı Ehliyetsizler	26
1.2.3.4. Tam Ehliyetsizler	28

İKİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK KURALLARI ÇERÇEVESİNDE GERÇEK KİŞİLERİN ŞAHSİ STATÜSÜ

2.1. Kanunlar İhtilafı Kuralları	31
2.1.1. Şahsi Statünün Bağlama Noktası	32
2.1.1.1. Vatandaşlık	34
2.1.1.1.1. Birden Çok Vatandaşlığı Olanlar	36
2.1.1.1.2. Vatansızlar	37
2.1.1.1.3. Mülteciler	39
2.1.1.2. Yerleşim Yeri	40
2.1.1.3. Mutat Mesken	43
2.1.1.3.1. Mutat Mesken Kavramı ve Bağlama Noktası Olarak Tespiti	45
2.1.1.3.2. Mutat Mesken Kavramının Tespitinde Problemler	46
2.2. Şahsi Statü Konusunda Kanunlar İhtilafı Kurallarının Oluşturduğu Özel Durumlar	48
2.2.1. Atıf Teorisi (Renvoi)	48
2.2.1.1. Atıf Teorisinin Gelişimi ve Uygulamadaki Rolü	49
2.2.1.2. Türk Hukukunda Atıf	50
2.2.2. Kanuna Karşı Hile	52

2.2.2.1. Kanuna Karşı Hilenin Şartları.....	53
2.2.2.1.1. Menfaate Aykırı Bir Hukukun Varlığı.....	53
2.2.2.1.2. Menfaate Uygun Düşen Bir Hukukun Varlığı.....	53
2.2.2.1.2.1. Bağlama Noktasının Değiştirilmesi.....	54
2.2.2.1.2.2. Tarafların Amacının Kanuna Karşı Hile Olması.....	54
2.2.2.2. Kanuna Karşı Hilenin Çözüm Yolları.....	54
2.2.3. Kamu Düzeni.....	55
2.2.3.1. Kamu Düzeninin Uygulamasındaki Farklılıklar.....	57
2.2.3.2. Türk Hukukunda Kamu Düzeni.....	58
2.3. Gerçek Kişilerin Şahsi Statüsüne İlişkin Kanunlar İhtilafı Kuralları	61
2.3.1. Hak Ehliyetine Uygulanacak Hukuk.....	61
2.3.1.1 Hak Ehliyetinin Başlangıcına ve İçeriğine Uygulanacak Hukuk	61
2.3.1.2. Hak ve Fiil Ehliyetinin Sona Ermesine Uygulanacak Hukuk.....	62
2.3.1.2.1. Ölüm.....	62
2.3.1.2.2. Ölüm Karinesi ve Gaiplik.....	63
2.3.2. Fiil ehliyetine Uygulanacak Hukuk.....	65
2.3.2.1. Fiil Ehliyetine Uygulanacak Hukuk.....	65
2.3.2.2. Fiil Ehliyetinin Kısıtlanmasına Uygulanacak Hukuk.....	68
2.3.3. Statü Değişikliği Halinde Uygulanacak Hukuk (Conflit Mobile).....	71
2.3.4. Ad ve Aile Adına Uygulanacak Hukuk.....	72
2.3.5. Kapsam Dışı Haller.....	74
2.3.5.1. Özel Ehliyet Kuralları.....	74
2.3.5.2. İşlem Güvenliği İlkesi.....	76
2.3.5.2.1. İşlem Güvenliği İlkesinin Ortaya Çıkması.....	77
2.3.5.2.2. İşlem Güvenliği İlkesinin Şartları.....	78

2.3.5.2.2.1. Milli Hukuka Göre Fiil Ehliyetine Sahip Olmamalı.....	78
2.3.5.2.2.2. İşlem Hazırlar Arasında Yapılmış Olmalı.....	80
2.3.5.2.2.3. İşlem Güvenliği İlkesinin Çift Yanlı Olması.....	82
2.3.5.2.2.4. İşlemin İşlem Güvenliği İlkesine Uygulanmasına Elverişli Olmalı.....	83
2.3.5.2.3. İşlem Güvenliği İlkesinde İyiniyet Rolü.....	83
2.3.5.2.4. İşlem Güvenliği İlkesinin Tüzel Kişilerde Uygulanması.....	85
2.3.5.2.5. İşlem Güvenliği İlkesinin Kambiyo Senetlerine Uygulanması.....	88

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MİLLETLERARASI USUL HUKUKU KURALLARI ÇERÇEVESİNDE GERÇEK KİŞİLERİN ŞAHSİ STATÜSÜ

3.1.Milletlerarası Yetki	90
3.1.1. Genel Yetki Kuralı.....	91
3.1.2. Özel Yetki Kuralları.....	93
3.1.2.1. Gerçek Kişilerin Şahsi Statüsüne İlişkin Özel Yetki Kuralları.....	93
3.1.2.2 Türklerin Kişi Halelerine İlişkin Davalarda Yetki.....	95
3.1.2.3. Yabancıların Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Yetki.....	98
3.2.1. Tanıma ve Tenfiz Kavramı.....	100
3.2.2. Tanıma ve Tenfizin Ön Şartları.....	103
3.2.2.1.Mütekabiliyet.....	103
3.2.2.2.Kararın Yetkili Mahkemeden Verilmiş Olması.....	108
3.2.2.3.Kararın Türk Kamu Düzenine Aykırı Olmaması.....	111
3.2.2.4.Savunma Haklarına Uyulmuş Olması.....	113

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

SONUÇ.....116

KAYNAKÇALAR.....117

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
BGB	: Almanya Medeni Kanunu
B.N.	: Başvuru Numarası
Bknz.	: Bakınız
dn.	: Dipnot
E.	: Esas Numarası
E.T.	: Erişim Tarihi
HD.	: Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HMUK	: Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu
İBGK	: İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu
K.	: Karar Numarası
m.	: Madde
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
NHK	: Nüfus Hizmetleri Kanunu
s.	: Sayfa
T.	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
v.	: Ve
vd.	: Ve Devamı

GİRİŞ

Şahsi statü kişinin hak ve hukukunun hangi ülke kanunlarına tabii olduğuna ilişkindir. Bunun temelini hak ehliyeti oluşturur. Hak ehliyeti, bütün hukuk sistemlerinde yer almakta olan en temel kavramlardan birisidir. Kişinin hak sahibi olmasına imkân tanıyan ehliyet olarak isimlendirilen hukuk kavramıdır. Türk Medeni Kanunu'nun 8. maddesi her kişiye hak ehliyeti tanımaktadır. Bu gibi düzenlemeler birçok ülke hukukunda da yer almaktadır.

Fiil ehliyeti kişinin kendi fiilleri ile hukuki sonuçlar doğurabilmesinive bunun sonuçları olarak sorumluluğunu ifade eder. Hak ehliyeti kavramının aksi yönde fiil ehliyeti hem Kıta Avrupası hukuk sisteminde hem de Anglosakson hukuk sisteminde tanınmış bir hukuk kavramıdır.

Milletlerarası özel hukukun alanı, yabancılık unsuru taşıyan özel hukuk uyuşmazlıklarında hangi ülke hukukunun görevli ve yetkili olduğunu tespit etmeyi amaçlayan hukuk dalıdır. Bu yönü ile milletlerarası özel hukukun söz konusu uyuşmazlığın esasına doğrudan uygulanmayan ancak esasa uygulanacak hukuku tespit eden hukuk dalı olduğunu söylemek mümkündür.

Milli hukuk sistemlerinin aynı ya da benzer konularda birbirlerinden farklı düzenlemeler yapmış olmaları ve uygulanacak hukukun tespitinde farklı bağlama noktaları kullanmaları yabancılık unsuru olan olayların hangi hukukun uygulanması yoluyla çözümleneceğinin tespitini önemli hale getirmektedir. Zira bu konuda yapılacak bir hata uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun değişmesine ve dolayısıyla da adil olmayan sonuçlara ulaşılabilmesine sebep olabilecek niteliktedir.

Bu çalışmamızın konusu şahsi statüyü belirleyen hak ve fiil ehliyetine uygulanacak hukukun milletlerarası özel hukuk kuralları kapsamında tespit edilmesi ve diğer hukuk sistemleri ile karşılaştırmalı olarak ele alınmasıdır .

Kanunlar ihtilafı kuralları uygulanırken dikkate alınan kamu düzeni kavramı ve milletlerarası yetkiye ilişkin konular konumuz çerçevesinde incelenecektir..

Son olarak ise hak ve fiil ehliyetine ilişkin yabancı unsurlu uyuşmazlıkların sonucu olarak yabancı ülke mahkemeleri kararlarının ülkemizde nasıl tanınıp tenfiz olunacağı inceleme konusu yapılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK MEDENİ KANUNUNDA GERÇEK KİŞİLERİN ŞAHSİ STATÜSÜ

1.1.Hak Ehliyeti

Kişiler hukuku, şahsın statüsünü belirleyen temel unsurlardan birisi hak ehliyeti ve diğeri fiil ehliyetidir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hak ehliyeti m. 8 ve fiil ehliyeti m. 9-16 hükümleri ile açıklanmıştır. 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi, hak ehliyeti yerine medeni haklardan istifade ehliyeti, fiil ehliyeti yerine ise medeni hakları kullanma ehliyeti deyimini kullanmıştır. Çalışmamız şahsi statüye ilişkin temel konu olan hak ve fiil ehliyetini kapsadığından bu kavramlar ayrıntıları ile aşağıda incelenecektir.

1.1.1. Hak Ehliyeti Kavramı

Hakkın ne olduğu konusunda teoride birçok görüş ve tarifler vardır¹. Genel olarak hak kavramı “*hukuk düzeninin kişilere tanıdığı irade ya da irade kudreti*” olarak açıklanabilir². Hak ehliyeti, haklara sahip olabilmek aynı zamanda borç altına girebilmek anlamına gelir³. Haklara sahip olabilmek olumlu (aktif) yönü, borç altına girebilmek olumsuz (pasif) yönünü oluşturur. Hak ehliyetinin var olabilmesi için kişinin varlığı şarttır. Çünkü haklara sahip olmayan bir kişi düşünülemez gibi herhangi bir kişi olmadan da hak sahipliği düşünülemez⁴. Burada amaç kişinin hak sahibi olmasıdır. İsviçre Medeni Kanunu’nun Fransızca metninde yer alan medeni haklardan istifade deyimini bu nedenle kanunumuzda kullanılmamıştır⁵. Çünkü kişi hiç bir irade

¹ Akıncı, Şahin, Roma Hukuku Dersleri, 4. Baskı., Konya, Sayram Yayınevi, 2011, s. 75. Bu teorilerden bir tanesinin kurucusu Jhering tarafından düşünülmüş menfaat teorisidir. Bu teoriye göre subje hukuki menfaattir. Korunmaya değer bir hak yok ise hak sahibide yok demektir.

²Hatemi, Hüseyin, Kişiler Hukuku,7. Bk. İstanbul, Onikilevha Yayınevi, 2018, s. 5; Akipek, Jale/ Akıntürk, Turgut./ Ateş, Derya, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 14. Bk., İstanbul, Beta Yayınevi, 2018, s. 271; Akıncı, Roma Hukuku, s. 75. Bu kavram irade teorisinin kurucusu Windscheild tarafından ortaya atılmıştır. Genel olarak kişinin irade sahibi olduğu ve hukuk düzeninin kendisine verdiği yetkiyi kullanmakta özgür olduğunu ifade eder.

³Akipek/Akıntürk/Ateş, Kişiler Hukuku, s. 269; Oğuzman, M. Kemal/Özer, Seçili/Oktay-Özdemir, Saibe, Kişiler Hukuku, 17. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016, s. 40; Ayan, Mehmet/Ayan,Nurşen, Kişiler Hukuku, 8. Baskı., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 49; Hatemi, Kişiler Hukuku, s. 4; Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan, Kişiler Hukuku, 19. Baskı., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2018, s. 39; Helvacı, Serap, Gerçek Kişiler, İstanbul, Lagal Yayıncılık, 2016, s. 21; Serozan, Rona, Medeni Hukuk Genel Bölüm / Kişiler Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 201; Kayıhan, Şaban/Ünlütepe, Mustafa, Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Hukuku’nun Başlangıç Hükümleri, 1. Baskı, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 97.

⁴Yargıtay 1. HD. E. 1997/12387, 1997/13465, 31.10.1997 tarihli kararında kişilik olmadan hak ehliyeti olamayacağı dolayısıyla taraf ehliyetinde bulunmasının mümkün olmadığını belirtmiştir. Kazancı.

⁵Akipek/Akıntürk/Ateş, Kişiler Hukuku, s. 269; Hak ehliyeti terimini hukuk sistemimize ilk defa girmesini sağlayan, medeni hakları kullanma ehliyeti terimini eleştiren, hukukçu Ord. Prof. A. B. SCHWARZ olmuştur; Dural/Öğüz, Kişiler Hukuku, s. 39.

ve davranışta bulunmaksızın hak ehliyetine sahiptir. Kişinin sahip olduğu haklardan istifade edip etmemesi hak ehliyetinin varlığını değiştirmez.

Bütün insanların kişi olmasından ötürü hak ehliyetine sahiptirler⁶. Türk Medeni Kanunu'nda her insanın hak ehliyetine sahip olduğu diğer hukuk sistemlerine nazaran daha açık ve net bir şekilde ifade edilmiştir. Örneğin Alman Medeni Kanunu hak ehliyetinin doğumla başladığını ifade etmekle yetinmiştir⁷. Dünyaya gelen her çocuk hak ehliyetine sahip olarak doğar. Buna genellik ilkesi denir. Medeni Kanunu m. 8/2 fıkrasında “ bütün insanlar, hukuk düzeninin sınırları içinde haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler” şeklin hak ehliyetinin herkes için eşit ve aynı olduğu açıklanmıştır⁸. Belirli bir zümreye imtiyazlar tanınarak hak ehliyetinin kişiye göre farklılaştırılması bu hüküm ile yasaklanmıştır. Anayasa m. 10 ile herkesin kanun önünde eşit olduğu desteklenmiştir⁹. Böylece eşitlik ilkesi doğmuş ve bütün insanların kanun önünde aynı haklara sahip olması sağlanmıştır. Ancak yaşamın insanlara sunduğu farklı olanaklar aslında özünde bütün insanların eşit olduğu ilkesi yıkılmış olur. Bu nedenle doğuştan gelen bu eşitsizlik kanun tarafından hak ehliyetine bazı istisnalar getirilmesini gerektirebilir. Anayasal düzenleme ile de savunulan bazı pozitif ayrımcılığın eşitlik ilkesini zedelemeyeceği savunulmuştur¹⁰. Ancak bu ayırım din, dil, ırk gibi konular hak ehliyetinde farklılıklar oluşturmak için kullanılamaz.

Hak ehliyetinin medeni usul hukukunda ki ifadesi taraf ehliyetidir (HMK.m.50). Hak ehliyetine sahip bütün kişiler taraf ehliyetinde sahiptir¹¹. Taraf ehliyeti ise bir davada davacı veya davalı olarak bulunabilmek anlamına gelir. Başka bir deyişle taraf ehliyeti, dava konusu hak ile kişiler arasında ki ilişkiyi ifade eder. Sıfat, bir maddi hukuk ilişkisinde tarafların o hak ile ilişkisinin olup olmadığının belirlenmesi anlamına gelir. Yargıtay kararındaki ifadesi ile, “davacı sıfatı, dava konusu hakkın sahibini, davalı sıfatı ise dava konusu hakkın yükümlüsünü belirler. Uygulamada davacı sıfatı, aktif husumeti, davalı sıfatı ise pasif husumeti karşılayacak şekilde değerlendirilmektedir. Dava konusu şey üzerinde kim ya da kimler hak sahibi ise, davayı

⁶Dural/Öğüz, Kişiler Hukuku, s. 39.

⁷Alman Medeni Kanunu, m. 1.

http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0030

⁸Dural/Öğüz, , Kişiler Hukuku, s. 40.

⁹Anayasanın bu hükmü İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi m. 6 ile desteklenmiştir. Buna göre bütün insanların nerede olursa olsun hukuksal kişiliğinin tanınma hakkı vardır.

http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=105:san-haklari-evrensel-bdges-&Itemid=36

¹⁰Hatemi, Kişiler Hukuku, s. 5; Akipek/Akıntürk/Ateş, Kişiler Hukuku, s. 270.

¹¹Yargıtay 10. HD. E. 2018/5396, K. 2019/1836, T. 04.02.2015. (Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Daire Başkanlığı UYAP sisteminden temin edilmiştir.)

bu kişi veya kişilerin açması ve kime karşı hukuki koruma isteniyor ise o kişi veya kişilere davanın yöneltmesi gerekir. Bir kimsenin davacı veya davalı sıfatına sahip olup olmadığı tıpkı hakkın mevcut olup olmadığının tayininde olduğu gibi maddi hukuka göre belirlenir. Taraf sıfatının bu anlamda önemli özelliği ise, def'i değil itiraz niteliğinde olması nedeniyle taraflarca süreye ve davanın aşamasına bakılmaksızın her zaman ileri sürülebileceği ve taraflar ileri sürmemiş olsalar bile mahkemece re'sen nazara alınmasıdır¹². Sonuç olarak taraf ehliyeti dava şartı olduğundan hakim davanın tüm aşamalarında kendiliğinden nazara alacaktır¹³.

1.1.2. Hak Ehliyeti Başlangıcı

Kişiliğin başlangıcı, çocuğun tamamıyla ve sağ doğumu ile başlar¹⁴. İsviçre ve Türk Hukuku'nda kabul edilen görüşe göre tam ve sağ doğumun birlikte sağlanmış olması gerekir¹⁵. Tam doğmak anne karnından çocuğun tamamen çıkmış olması ve anne ile çocuk arasında bir fiziksel bağın kalmamış olması demektir. Bunun içinde çocuğu anneye bağlayan göbek kordonunun kesilmiş olması şarttır. Doğum doğal veya doktor müdahalesi ile olması arasında fark yoktur. Sezaryen ile yapılan doğumlarda da anne ile çocuğu birbirine bağlayan göbek kordonunun kesilmiş olması gerektiği doktrinde baskın olan görüştür¹⁶. Ancak göbek bağı kesilmeyen ancak tam ve sağ bir şekilde doğan çocuğun kişilik kazandığı da doktrinde kabul görmektedir¹⁷. Çünkü anne karnındaki hali ile cenin annenin bir parçası sayılır. Ancak doğumu ile anadan ayrılır.

Diğer bir şart ise çocuğun sağ olarak doğmasıdır. Sağ olarak doğmaktan maksat kısa bir sürede olsa çocuğun anneden ayrıldıktan sonra yaşamasıdır. Doğduktan kısa bir süre sonra ölen çocuk hak ehliyetini kazanmıştır ve buna bağlı hakları da doğacaktır¹⁸. Ölü doğan çocuğun hak ehliyetine sahip olması mümkün değildir. Bu nedenle kişilik kazanamaz. Hangi durumlarda çocuğun sağ veya ölü kabul edildiği tıp biliminin tespitine bırakılmıştır. Tıp çocuğun sağ olarak

¹²Yargıtay 15. HD. E. 2018/3014, K. 2019/575, T.01.03.2018. (Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Daire Başkanlığı UYAP sisteminden temin edilmiştir.)

¹³Yargıtay 3. HD. T. 25.09.2018, K. 2019/1509, E. 2018/7859. (Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Daire Başkanlığı UYAP sisteminden temin edilmiştir.)

¹⁴Hatemi, Kişiler Hukuku, s. 5; Akipek/Akıntürk/Ateş, Kişiler Hukuku, s. 271.

¹⁵İsviçre Medeni Kanunu m. 31.

<https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/201901010000/210.pdf>

¹⁶Özdemir, Hayrunnisa/Ruhi, Ahmet Cemal, Çocuk Hukuku, 2. Baskı, İstanbul, Onikilevha yayıncılık, 2018, s. 48.

¹⁷Akipek/Akıntürk/Ateş, Kişiler Hukuku, s. 271; Ayan/Ayan, Kişiler Hukuku, s. 43.

¹⁸Ayan/Ayan, Kişiler Hukuku, s. 49.

doğduğunu kabul ediyorsa bu durumda hukuken hak ehliyetine sahip olacaktır. Çocuğun ağlaması sağ doğduğunun işaretidir. Ancak ağlaması için çocuğun nefes alıp veriyor olması gerekir. Bazı durumlarda çocuk doğduğunda ağlamaz solunum sistemleri çalışmıyordur. Ancak kalbinin atıp soluk almadığı durumlarda çocuk solunum sistemine bağlanır. Bu durumda tıp çocuğun sağ doğduğunu kabul eder. Ancak bazı yazarlara göre çocuğun sağ doğması için kalp atışı ve solunumun bir arada olması gerektiği savunulmuştur. Ancak bu görüşün tıp biliminden ayrıldığı için sakıncaları vardır¹⁹. Çünkü tıbbi müdahale ile yaşatılan çocuğun sonradan ölmesi durumunda çocuk ölü doğmuş kabul edilmez, sonradan ölmüş sayılır. Bu durumda hak ehliyetine sahip olduğu kabul edilir. Fransız Medeni Kanunu ise durumu daha ileriye götürerek çocuğun yaşama kabiliyetini haiz olmasını aramıştır. Medeni Kanunumuz tam ve sağ doğmak ile çocuğun hak ehliyetine sahip olacağını kabul etmiş, çocuğun yaşama kabiliyetine sahip olması aranmamıştır²⁰.

Çocuğun yaşama kabiliyetini haiz olmadığı gibi insan şeklinde doğmuş olması da gerekmez. Çocuğun hangi şekilde doğmuş olduğu hak ehliyeti kazanması için bir etken değildir²¹. İnsan şeklinde doğmuş olması şart değildir. Sonuç olarak insandan doğmuş olması yeterlidir. İki başlı doğan çocuk veya yapışık şekilde doğan çocuklar için de hak ehliyeti tam ve sağ doğmak ile kazanılır.

Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 15 hükmüne göre her doğum nüfus memurluğuna bildirilmelidir²². Buna göre Türkiye’de doğan çocuğun doğum tarihinden itibaren otuz gün içerisinde nüfus memuruna, yurt dışında altmış gün içerisinde resmi belge veya sözlü bildirim ile dış temsilciliklere bildirilmelidir. Olayın durumuna göre çocuğun tam ve sağ doğduğunu iddia eden kişinin iddiasını ispatlamış olması gerekir (TMK.m.29/I).Nüfus sicilinde herhangi bir kayıt bulunmaması halinde veya kaydın doğru olmaması durumunda gerçek durum her türlü delille ispat edilebilecektir (TMK.m.30/I).

Medeni Kanunu m. 28/2, çocuğa tam ve sağ doğmak kaydı ile ana rahmine düştüğü andan itibaren hakehliyetine sahip olduğunu ve medeni haklardan yararlanabileceğini

¹⁹Oğuzman /Seçili/Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s. 41.

²⁰Hatemi, Kişiler Hukuku, s. 11; Alman Medeni Kanunu m. 28 hükmüne göre yirmi dört hafta geçmeden dünyaya gelen ve otuz cm.’nin altında doğan ceninin kişilik kazanamayacağı görüşündedir.

²¹Ayan, Ayan, Kişiler Hukuku, s. 43; Hatemi, Kişiler Hukuku, s. 14.

²²Resmi Gazete, Tarih: 25.04.2006, Sayı: 5490.

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2006/04/20060429-1.htm>

belirtilmiştir. Yani cenin kişi olarak kabul edilmesi geciktirici şarta bağlanmış olup doğal veya yapay olduğuna bakılmaksızın anne karnına yerleşmesinden itibaren kişilik hakkı kazanmış olur²³. Böylece cenine doğmadan mirasçı olabilme hakkı sağlanmıştır (MK.m582/I). Ceninin vasiyetname veya miras sözleşmesi yoluyla da mirasçı olarak atanması da mümkündür. Müstakbel şahıs olarak adlandırılan henüz cenin olmayan kişiler için art mirasçı veya art vasiyet alacaklısı olarak terekeye mirasçı olabilme hakkı sağlanmıştır (MK.m.583/II). Miras hakkı dışından doğmadan önce hak kaybından dolayı oluşan zararlar için tazminat isteme hakkı da doğar.

1.1.3. Hak Ehliyetinin Sınırlandırılması

1.1.3.1. Yaş

Bazı haklara ehil olmak açısından Medeni Kanunumuz kişinin belirli yaşlara erişmiş olmasını kararlaştırmıştır²⁴. Bu haklar kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardır. Dolayısıyla temsilci aracılığı ile kullanılmayan haklardır. Örneğin evlenme ehliyetinde kadın erkek ayrımı yapılmaksızın, evlenmek için kişinin 17 yaşını doldurmuş olması aranır (MK. m. 124). Vasiyetname düzenleme ehliyeti ise evlenme ehliyeti için aranan sınırdan daha düşük olan 15 yaşın tamamlanmış olması yeterli görülmüştür (MK. m. 502). Miras sözleşmesi yapabilmek için ise kişinin ergin olması gereklidir (MK. m. 503). Evlat edinmek için kişinin 30 yaşını tamamlamış olması gereklidir (MK m. 307). İsviçreli bir kişinin dinini seçebilmesi için 16 yaşını doldurması gerekirken Türk hukukunda kişinin dinini seçebilmesi için ergin olması aranmıştır (MK. m. 341/3)²⁵. Vasi olmak, vakıf kurmak, kefil olmak ve önemli nitelikte bağışta bulunmak içinde aynı şekilde kişinin ergin olması şarttır (MK m. 413-449).

²³Hatemi, Kişiler Hukuku, s. 11.

²⁴Oğuzman/Seçili/Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s. 42; Hatemi, Kişiler Hukuku, s. 5; Akipek/Akıntürk/Ateş, Kişiler Hukuku, s. 274..

²⁵İsviçre Medeni Kanunu, m.303/3

<https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/201901010000/210.pdf>

1.1.3.2. Cinsiyet

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 10. maddesi ile güvence altına alınan cinsiyet eşitliği, ayırım gözetmeksizin kadın ve erkeklerin eşit haklara sahip oldukları ve devletin bu eşitliği yaşama geçirmekle mükellef olduğu haktır. Bu amaç için alınan tedbirler eşitliğe aykırı olduğu düşünülemez. Bazı konularda Medeni Kanun kadın erkek eşitliğine istisna getirmiştir. Bu düzenlemeler ile amaçlanan eşitliğin bozulması değil aksine kamu düzeninin sağlanması ve güven ortamının bozulmamasıdır²⁶. Örneğin nesep karışıklığının önlenmesi amacı ile kadının önceki evliliğinin sona ermesinden itibaren 300 gün içerisinde evlenmesi yasaklanmıştır(MK m. 132). Burada kanunkoyucunun amacı evlilik birliği içerisinde oluşan bir çocuk var olması halinde nesebin korunması amacı ile diğer evliliğin bekletilmesidir²⁷. Ancak kadının doğum yapması veya yeniden eski eşi ile evlenmesi süreyi kendiliğinden sonlandırır. Ayrıca kadın hamile olmadığını doktor raporu ile belgelemesi halinde dava yolu ile bu sürenin sonlandırılmasını sağlayabilecektir.

Soy bağının reddine ilişkin hak sadece erkeğe tanınmıştır (MK m. 286). Çocuğu doğuran kadın çocuğun anası olduğu için (MK. m. 282) anaya böyle bir hak tanınmamıştır. Ancak durumun fizyolojik yapısı gereği kadının kocası soybağının reddedilmesi hakkına sahiptir.

1.1.3.3.Evlilik

Kadın erkek herkes evlenme ehliyetine sahiptir. Ancak kanunumuz evlenmenin sonuçlarına ilişkin evlenen taraflar arasında soyadına ilişkin eşitsiz bir uygulama gütmektedir²⁸. Buna göre evlenen kadın kocasının soyadını kullanmak zorundadır (MK m. 187). Kadına bu eşitsizliği nispeten giderecek olan kendi soyadını kullanma hakkı da sağlanmıştır. Kadın kocasının soyadının önünde kendi soyadını kullanma hakkına sahiptir. Erkeğin ise böyle bir hakkı mevcut değildir. Yani erkeğin kadının soyadını kullanamayacaktır. Bu eşitsizliği gideren düzenleme İsviçre’de yapılmıştır. 2008 yılında oluşturduğu düzenleme ile 2013 yılında yürürlüğe giren bu kanuna göre her iki eşin soyadının aile soyadı olarak kullanılmasını mümkün

²⁶Hatemi, Kişiler Hukuku, s. 8; Oğuzman/Seçili/Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s. 45.

²⁷Akıpek/Akıntürk/Ateş, Kişiler Hukuku, s. 277.

²⁸Oğuzman/Özer/Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s. 44; Dural/Öğüz, Kişiler Hukuku, s. 43.

kılmış ayrıca eşlere kendi soyadını değiştirmeden kullanma hakkı tanınmıştır²⁹. Böylece doğacak olan çocuğa annenin yada babanın soyadına sahip olması imkanı sağlanmış oldu. Ancak bugün yürürlükte bulunan düzenlemeye göre çocuğun Medeni kanunumuza göre böyle bir hakkı mevcut değildir. Ayrıca İskandinav ülkelerinde başlayan evlilik birliğinin kadın ve erkek olmak üzere karşı cins kişiler arasında kurulabileceği kuralı ne yazık ki “eşcinsel birlikteliklerin evlilik gibi tescili” ile bertaraf edilmiştir³⁰. Tabii kanunun gereği düşünülmezsizin eşitlik ilkesi yanılığısı ile aile hukukunun bu şekilde zedelenmesi çok acıdır.

Önceki Medeni Kanun evlenmenin sonuçlarına ilişkin düzenlemesinde haksızlığa yol açan evlilik birliği dışında doğan çocukların miras hakkından yararlanamayacağına dair hüküm yeni düzenleme ile bertaraf edilmiştir³¹. Bu düzenlemeye göre “Evlilik birliği dışında doğmuşve soy bağı, tanıma veya hakim hükmüyle kurulmuş olanlar, baba yönünden evlilik içi hısımlar gibi mirasçı olur” (MK. m. 489).

1.1.3.4. Yabancılık Unsuru

Yabancılık unsuru kişinin haklara sahip olmasında bazı değişiklikler oluşturabilir. Anayasanın 16. maddesinin “*temel hak ve hürriyetler yabancılar için milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanır*” hükmü dayanak alınarak yabancıların haklarında sınırlamalar yapılması mümkün kılınmıştır. Ancak bu sınırlandırmalar kişi güvenliği ve kişinin dokunulmazlığına ilişkin temel hak ve özgürlükleri daraltacak nitelikte olmamalıdır³². Nitekim bu sınırlandırmalar taşınmazlar üzerinde mülkiyet hakkına ilişkin bir takım kısıtlamalardan oluşmuştur.

Öncelikle yabancıların taşınmaz mülkiyeti edinmeleri bazı sınırlamalara ve şartlara tabi tutulmuştur³³. Yabancı uyruklu kişilerin köylerde arazi ve emlak sahip olmaları 442 sayılı Köy Kanunum. 87³⁴ ile engellenmişti. Köy sınırları dışında da yabancıların arazi sahip olması 30 hektar ile sınırlandırılmıştı. Bu miktarı aşan arazi iktisabı için yabancı kişinin hükümetten

²⁹İsviçre Medeni Kanunu m. 725.

<https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/201901010000/210.pdf>. E.T.23.03.2019

³⁰Hatemi, Kişiler Hukuku, s. 8.

³¹Akipek/AkıntürkAteş, Kişiler Hukuku, s. 279; Dural/Öğüz, Kişiler Hukuku, s. 44.

³²Hatemi, Kişiler Hukuku, s. 10; Dural/Öğüz, Kişiler Hukuku, s. 45

³³Akipek/AkıntürkAteş,Kişiler Hukuku, s. 278.

³⁴Resmi Gazete, Tarih:03.05.2012, Sayı:28296.

izin alması gerekliydi. Ancak bu sınırlamalar birçok kere dava konusu edilmişse de daha sonra Anayasa Mahkemesi kararı ile kanun maddelerinin iptali konu olmuştur. Sonunda 6302 sayılı Tapu Kanunu 03.05.2012 tarihli bir kanun değişikliği ile Tapu Kanunu'nun 35. ve 36. maddelerine yeniden düzenleme getirilmiştir³⁵. Bu maddelerde yapılan köklü değişikliğe göre;

“Kanuni sınırlamalara uyulmak kaydıyla, uluslararası ikili ilişkiler yönünden ve ülke menfaatlerinin gerektirdiği hallerde Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen ülkelerin vatandaşı olan yabancı uyruklu gerçek kişiler Türkiye’de taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinebilirler. Yabancı uyruklu gerçek kişilerin edindikleri taşınmazlar ile bağımsız ve sürekli nitelikteki sınırlı ayni hakların toplam alanı, özel mülkiyete konu ilçe yüz ölçümünün yüzde onunu ve kişi başına ülke genelinde otuz hektarı geçemez. Bakanlar Kurulu kişi başına ülke genelinde edinilebilecek miktarı iki katına kadar artırmaya yetkilidir...”

Bu kanun ile ayrıca yabancı tüzel kişiler içinde köklü değişiklikler getirilmiştir. Konumuz gerçek kişilerin şahsi statüsü olduğundan bu konuya değinilmeyecektir.

1.1.4. Hak Ehliyetinin Sona Ermesi

Kişinin hak ehliyetinin sona ermesine temel sebep kişinin ölümüdür³⁶. Ancak hayatın içinde meydana gelen birçok özel durumlar neticesinde kişinin öldüğünün fiziksel olarak kesin tespiti mümkün olmaması bazı nedeni ile bazı özel kurallar getirilmiştir. Bunlar ölüm karinesi ve gaiplik kararıdır³⁷. Aşağıda kişiliği sona erdiren ve dolayısıyla hak ehliyetinde son bulmasına neden olan bu haller incelenecektir.

1.1.4.2. Ölüm

Kişinin ölümü ile hak ehliyeti son bulur. Bununla birlikte hak ehliyetine ilişkin tüm haklarında sona erecektir (MKm.28/I). Kişinin ölümünden sonra mal varlığına ilişkin hakları mirasçılara geçer. Kişinin sahip olduğu şahıs hakları ise son bulur. Dolayısıyla kişiliğin son

³⁵<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/05/20120518-1..htm>

³⁶Helvacı, Serap/Erlüle, Fulya, Medeni Hukuk, 4. Bk., İstanbul, Legal Yayıncılık, 2016, s. 45.

³⁷Akıncı, Roma Hukuku, s. 207. Roma hukukunda ölüm kişiliğin sona ermesine neden olan temel sebepti ancak gaiplik ve ölüm karinesi bilinmemekteydi. Bunun yerine hürriyetin kaybedilmesi, vatandaşlığın kaybı ve babanın egemenliğine girmek hak ehliyetinin sona ermesine neden olan sebepler arasında sayılmaktaydı.

bulması ile hak ehliyetide sona erecek ve haklara ve borçlara ehil olma özelliğini yitirecektir. Ancak ölümden sonra da kişiye bağlı bazı hakların özelliği gereği devam ettirilmesi gerekir. Bu hakların devam ettirilmesine ilişkin düzenlemeler yapılmaktadır.

Kişinin hak ehliyetinin sona ermesinin temel sebebi olan ölümün ne zaman gerçekleştiğinin tespitine ilişkin medeni kanunumuzda bir düzenleme bulunmamaktadır. Ölüm anının tespit edilmesi tıp bilimine ait bir konu olduğundan tıbbın ölüm anının tespitine göre ölüme bağlı hukuki sonuçların doğacaktır. Eskiden günümüze gelen genel kabul gören görüşe göre solunum sistemi ve kalp atışının durması ile ölümün gerçekleştiği kabul edilir³⁸. Ancak kalp masajı veya yapay solunum yolu ile ölen kişinin tekrar hayata döndürülmesi mümkündür. Bu durumda bulunan kişinin bu süreçte ölüğünün kabul edilmesi tabii olarak ölüme bağlı hakların sonuçlandırılması açısından problem doğuracaktır. Ayrıca beyin ölümü gerçekleşmiş olmasına rağmen yapay yollarla solunum ve kalp atışının devam ettirilmesi mümkündür bu durumda kişinin ölü sayılıp sayılmaması hukuki açıdan büyük farklılıklar meydana getirdiği gibi özellikle organ nakli içinde önem arz etmektedir.

Biyolojik ölüme göre kişinin ölüm anının belirlenmesinin günümüz tıp bilimine göre geride kalması beyin ölümü görüşünü ortaya çıkarmıştır. Özellikle organ nakli yapılması söz konusu olan durumlarda kişinin beyin ölümünün gerçekleşmiş olması ölüm anının tespiti için yeterli görülmektedir³⁹. Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nde beyin ölümünün ne zaman gerçekleştiğinin belirlenmesi için belirli düzenlemeler getirilmiştir⁴⁰. Ancak bu düzenleme ile belirlenen ölüm anı organ ve doku naklinin yapılmadığı durumlarda kişiliğin sona ermesinin neye göre tespit edileceği sorununu doğurmaktadır. Tıbbi gelişmeler ışığında her geçen gün yeni gelişmelerin yaşanması ölüm anının belirlenmesinde de etkili olmaktadır. Genel olarak kabul edilen görüşe göre kişinin hayata döndürülmesinin imkansız gözü ile bakıldığı durumlar için ölümün gerçekleşmiş olduğudur⁴¹. Ancak bu anın kalp ve solunumun durduğu an mı yoksa beyin ölümünün gerçekleşmiş olduğu an mı olduğu sorusu doğmaktadır.

³⁸Helvacı/Erlüle, Medeni Hukuk, s. 59; Ayan/Ayan, Kişiler Hukuku, s. 172; Biyolojik ölüm olarak adlandırılan bu görüş kişinin nefes alıp vermesinin ve kalp atışlarının durması anlamına gelir.

³⁹Ayan/Ayan, Kişiler Hukuku, s. 172; Alman Federal Tabipler Odası'nın İlmî Konseyi beyin ölümünün tanımlamasını, "*diğer organlarda kan dolaşımı henüz mevcut olduğu halde, beyinin bütün fonksiyonlarının geri dönülemez sukutu*" şeklinde yorumlamıştır.

⁴⁰Resmî Gazete, Tarih: 01.02.2012, Sayı: 28191; Bu yönetmelik organ ve doku nakli ile ilgili olup bu nakillerin gerçekleştirilebilmesi için beyin ölümünün gerçekleşmiş olması gerektiğinden bu konuda düzenlemeye yer verilmiştir. Beyin ölümü tanısı konulabilmesi için oluşması gereken şartlar düzenlenmiştir.

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/02/20120201-4.htm>

⁴¹Oğuzman/Seçili/Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s. 21.

Beyin ölümünün gerçekleşmesinden sonra beyin fonksiyonlarının tekrar hayata döndürülmesi mümkün olmadığından beyin ölümünün gerçekleşmesi ölüm anının tespitinde daha etkilidir⁴².

Kişinin kendi isteği ile hayatına son verme hakkı Medeni Kanunu m. 23 gereği hak ehliyeti kapsamı dışında tutulmuştur. Tıp biliminde ötenazi olarak anılan bu hak ölümü yakın olan ve acı çeken hastaların kendi iradesi ile ölümüne son verilmesinin sağlanması anlamına gelir. İsviçre hukuku ötenazi hakkını kabul etmiş ve kişinin kendi isteği ile hayatını sonlandırması imkanını sağlamaktadır⁴³. Ancak hukukumuzda medeni kanunda ve Hasta Hakları Yönetmeliği m. 13’de ötenazi yasağı tekrarlanmaktadır.

Ölüm tanısının konulması sonucunda kişiliğin son bulması ve hak ehliyetinin sona ermesi sonucunda kişiye bağlı hakların son bulması ve bir takım hakların devredilmesi söz konusu olur. Mirasçılara devredilen bu hak mal varlığı hakkıdır. Kişiye sıkı sıkıya bağlı olan hakların mirasçılara devrolmaması nedeni ile ölen kişinin özel yaşamına ve onuruna ilişkin konularda mirasçılarının dava açma yetkisi yoktur.

1.1.4.3. Ölüm Karinesi

Kişinin öldüğünün ispatı iddiada bulunan kişiye aittir (MK.m.29). Bir hakkın kullanılması için veya belirli bir süre önce bir kişinin öldüğünü iddia eden kimse iddiasını ispat etmek zorundadır. Nüfus sicilindeki kayıtlar kişinin öldüğünün ispatıdır (MK.m.30/I). Ancak nüfus sicilindeki kaydın doğruluğu aksi ispat edilebilir bir karinedir (MK.m.7). Sonuç olarak nüfus kaydındaki bilgiler aksi ispat edilebilir niteliktedir. Delil serbestisinin geçerli olduğu ölüm kaydı hakkında doğru olmadığı her türlü delille ispat edilebilir⁴⁴. Nüfus sicilinde hiç bir kayıt mevcut değilse bu durumda kişinin öldüğü yine her türlü delille ispatı mümkündür (MK.m.30/II).

Kanun kişinin öldüğünün ispatı için karine düzenlemiştir. Ölüm karinesi adı verilen Medeni Kanun m. 31’de yer olan bu düzenlemeye göre, *“bir kimse, ölümüne kesin gözle bakmayı gerektiren durumlar içinde kaybolursa, cesedi bulunmasa bile gerçekten ölmüş*

⁴²İsviçre, 01.01.2007 tarihli Organ Doku ve Hücre Nakline İlişkin Kanun ile Türk Tabipler Birliği 18.04.1068 tarihli komite kararı ile beyin ölümünün kabul edildiği görülmüştür.

⁴³İsviçre Medeni Kanunu, m. 370-373.

<https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/201901010000/210.pdf>(E.T.23.03.2019)

⁴⁴Ayan/Ayan, Kişiler Hukuku, s. 173

sayılır”. Bu durumda iki olayın var olması gerektiği söylenebilir. Birincisi ölümüne kesin gözle bakılacak bir durumda kaybolmuş olması, ikincisi ise cesedinin bulunmamış olması gerekir⁴⁵.

Ölümüne kesin gözle bakılacak olaya örnek olarak tsunami esnasında bir kimsenin denize açılmış olması ve cesedine ulaşılamıyor olması veya düşen uçak enkazında kişinin o uçakta seyir etmiş olması vs. gösterilebilir. Tabiki bu durumlar ile birlikte kişinin cesedinin bulunamıyor olması gerekir. Aksi halde ölüm karinesinden yararlanılmasına gerek kalmazdı.

Bu durumda yukarıda sayılan iki durumun gerçekleşmesi halinde, ilgili kişi tespit davası açarak ölüm karinesinin tespitini isteyebilir ya da o yerin en büyük mülki idari amirine başvuruda bulunarak o yerin nüfus kütüğüne kaydını yaptırabilir (MK.m.44/I).

Ölüm karinesine ilişkin düzenlemeye 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu ile yer verilmiştir. Buna göre bir kimse ölümüne kesin gözle bakmayı gerektiren durumda kaybolmuş ise cesedi bulunamasa dahi müracaat edilen yerin mülki idare amirinin emri ile ölüm tutanağı düzenlenir ve nüfus kütüğüne işlenir (m.32/I). Ancak bu müracaatı yapmaya yetkili kimse alt veya üst soyundan olmalı yahut kardeşi olmalıdır. Bunların bulunmaması halinde mirasçılarının başvurusu ile olay belgelendirilip yetkili makamların durumu nüfus müdürlüğüne bilgilendirmeleri gerekir (m.32/II). Başvurulan dilekçenin eklerindeki belgeler ölüm karinesinin gerçekleştiği yönünde kanaat oluşturuyorsa, ayrıca nüfus müdürlüğü tarafından gerekli görüldüğünde yapılan soruşturma ile olayın doğruluğu ispatlanırsa mülki idare amirinin emri ile ölüm kaydı nüfus kütüğüne yazılır (m.32/III).

Ölüm kaydının düzenlenmesi ve nüfus kütüğüne işlenmesinden sonra normal ölümde olduğu gibi bütün sonuçlarını doğurur⁴⁶. Örneğin evliliği sona erer, terek mirasçılara geçer, kişiye sıkı sıkıya bağlı olan hakları ortadan kalkar.

Ölüm karinesi aksi ispat edilebilir nitelikte olduğundan adi karinelere dendir. Karinenin aksini iddia eden ispat etmekle yükümlüdür. Hakkında ölüm karinesi düzenlenen kişinin düşük ihtimalde olsa tekrar ortaya çıkması mümkündür. Bu durumda hayatta olduğunun tespiti mahkemeden talep ederek (MK.m.44/II) tekrar nüfus kütüğündeki ölüm kaydını

⁴⁵Helvacı/Erlüle, Medeni Hukuk, s. 59.

⁴⁶Helvacı/Erlüle, Medeni Hukuk, s. 45.

düzeltilerebilecektir (NHK.m.35-36). Mirasçılara intikal eden tereke için sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre dava açarak malların iadesini talep edebilecektir (BK.m.77-82).

Hakkında ölü kaydı düşürülen kişinin evliliği kendiliğinden sonlanır ancak, kişinin sonradan ortaya çıkması ve bir evlilik yapması halinde bu evlilik geçerli sayılıp sayılmayacağı sorunu ortaya çıkar. Ölüm karinesi ile mevcut evliliği sona eren kişinin tekrar dönüp gelmesi ile geçerli hale gelecektir. Bu durumda ikinci evlilik mutlak butlanla geçersiz olacaktır. Ancak doktrinde ikinci eşin doğruluk karinesinden (MK.m.7) yararlanarak mevcut evliliğini nüfus kaydına güvenerek iyiniyetle yaptığı ve mutlak butlanla evliliğinin geçersiz sayılmasını engelleyebileceği görüşüne yer verilmiştir⁴⁷. Ancak kişinin bu ikinci evliliğini geçerli sayılmasını nüfus kütüğündeki kayda dayanarak talep etmesi mümkün değildir. Hakkında ölü kaydı bulunan kişi ile evlilik yapan ikinci eşin onun ölmediğinin dolayısıyla geçerli bir evliliğinin mevcut olduğunda bilmesi gerektiği için tabii olarak nüfus kütüğünde olan kaydın iyiniyet gerekçesi ile savunulması da mümkün olmamalıdır.

1.1.4.4. Gaiplik

Medeni Kanunumuzdaki düzenlemeye göre kişiliği dolayısıyla hak ehliyetini sona erdiren bir diğer neden ise gaipliktir. Belirli şartlar altında kaybolan kişi hakkında uzun zamandır haber alınamıyorsa mahkemeden kişinin ölmüş olabileceği yönünde karar çıkartılması sağlanmıştır⁴⁸. Bu durumda kişinin yaşıyor olma ihtimali mevcuttur. Bu kişiye gaip adı verilir. Gaibin yaşıyor olma ihtimali mevcut olsada hem eşi hemde mirasçıları açısından gaibin öldüğünün tespit edilmesi zorunlu hale gelebilir. Gaip hakkında verilen bu karar ile yalnız mirasçıları değil gaibi de koruyacak onun yararına olacak şekilde tedbirler alınması da mümkün kılınmıştır.

Gaiplik kararı, ölüm karinesinde olduğu gibi bir adi karinedir. Hukuki niteliği gereği aksi ispat edilebilir. Aksini iddia eden iddiasını ispatlamakla yükümlüdür. Ayrıca gaiplik kararı verilebilmesinin şartları ölüm karinesinden çok daha fazla şarta bağlanmıştır. Gaiplik kararı olayın niteliği gereği ölüm karinesinde olduğu gibi kaybolan kişinin ölmüş olma ihtimali daha düşüktür. Bu nedenle kanunkoyucu gaiplik kararı verilebilmesi için belirli şartların birlikte oluşmuş olmasını şarta bağlamıştır. Bu şartlar sırası ile aşağıda incelenecektir.

⁴⁷Ayan/Ayan, Kişiler Hukuku, s. 175.

⁴⁸Helvacı/Erlüle, Medeni Hukuk, s. 60; Ayan/Ayan, Kişiler Hukuku, s. 179.

Gaiplik kararı verilebilmesinin birinci şartı kişinin ölüm tehlikesi içerisinde kaybolmuş ve uzun zamandan beri haberi alınamıyor olması gerekir (MK.m.32/I). Bu durumda kişinin ölmüş olma ihtimali yaşamasına nazaran daha yüksektir. Buna örnek olarak, sörf yapmayı iyi bilen bir kimsenin denize girdikten sonra tekrar görünmemesi veya dağ sporları ile uğraşan bir kişinin bulunamaması ya da içerisinde kurtulanların olduğu uçak veya gemi kazaları örnek gösterilebilir. Bu olaylarla birlikte kişiden uzun zamandan beri kesintisiz olarak haber alınamıyor olması gerekir. Haber alınamama olayı kesintiye uğrarsa gaiplik kararı verilemez. Örneğin üçüncü bir kişinin gaipten haber alması halinde gaiplik kararı verilemez.

Kişinin ölüm tehlikesi halinde kaybolması söz konusu ise bir yıllık süre içerisinde haber alınamamışsa gaiplik kararı verilebilecektir. Ancak uzun zamandır haber alınamaması halinde bu süre daha uzun yani beş yıldır (MK.m.33/I). Bu sürenin başlangıcı, tehlike içerisinde kaybolma olayının başlamasından veya bu olayın sona ermesinden ve uzun süredir haber alınamama durumunda ise son olarak haber alınma tarihinden itibaren hesaplanır.

Uzun süredir haber alınama durumunda veya ölüm tehlikesi içerisinde kaybolma durumunda gaipten uzun süredir haber alınamama hali kişinin ölmüş olma ihtimalini kuvvetlendirir nitelikte olmalıdır (MK.m.32/I). Bu durumda takdir hakime ait olacaktır. Her olayın niteliğine göre ayrı değerlendirme yapılacak ve ölüm ihtimalinin varlığını özenle araştıracaktır. Ancak bu durumda ölüm karinesinden farklı olarak kişinin kaybolması hakkında kuvvetli olasılığın varlığı yeterli olur. Ancak ölüm karinesinde kişinin kaybolması hali olayın niteliğine göre kesin olarak öldüğün kanaatinin oluşması gerekir⁴⁹.

Gaiplik kararı verilebilmesinin bir diğer şartı hakları bu ölüme bağlı olan kimselerin mahkemedен gaiplik kararı talebinde bulunmasına bağlanmıştır (MK.m.32/I). Hakim gaiplik kararını resen verme hakkına sahip değildir.

1.1.5. Hak Ehliyetinin Sona Ermesinin Sonuçları

Hak ehliyetinin sona ermesinin temel nedeni olan ölüm olayından sonra kişilik sona ermiş olur (MK.m.28/I). Artık ortada hakların muhatabı olan ne bir hak süjesi ne de objesi

⁴⁹Helvacı/Erlüle, Medeni Hukuk, s. 62.

kalmıştır⁵⁰. Cesedin hukuki durumu ise tartışmalı olup ölenin yakınlarının ceset üzerinde mutlak hakka sahip olduğu öğretide savunulmaktadır⁵¹. Ancak bu hakkında sınırları olduğu belirtilmiş ve bu mutlak hakkın kullanımı kamu düzeni ve genel ahlak kurallarına aykırı olamayacağı savunulmuştur⁵².

Ölümün diğer şahsi statüye ilişkin sonucu aile hukuku açısından ortaya çıkar. Kişi evli ise evlilik birliği sona erer. Çocuğun velayeti hayatta ise eşe geçer (MK.m.339). Baba ölmüş ise babalık davasının muhatabı mirasçılar olur (MK.m.301/II). İlgililerin ise soy bağının reddi davasını açma hakkı saklıdır (MK.m.291).

Ölümün miras hukuku açısından sonuçları ise mirasın açılmasıdır. Ölenin malvarlığı yani tereke mirasçılara geçer (MK.m.599). Yalnızca malvarlığı hakları değil alacak haklarında terekeye dahildir. Aynı haklardan olan intifa ve oturma hakları ise murisin ölümü ile son bulur, mirasçılara geçmez. Murisin alacaklılarının muhatabı mirasçılardır. Varsa terekenden hakları verilir. Şahsi nitelikte edimler ise son bulur. Güven ilişkisine dayanan sözleşmeler içinde aynı sonuç doğar. Ölüm olayının gerçekleşmesi ile de ölüme bağlı tasarrufların alacaklıları haklarını mirasçılardan talep eder.

Hak ehliyetinin sona ermesine yol açan diğer bir neden olan gaiplik kararının verilmesi ile de kişilik sona erer. Ancak burada kişinin yaşıyor olma ihtimaline karşı hakim bazı tedbirler alır. Kanunkoyucu bu durumu düşünerek gaibe mirasçı olan kişilerin teminat göstermeleri şartını koymuştur (MK.m.702). Teminat süresi, ölüm tehlikesi içinde gaibin kaybolması halinde terekenin tesliminden itibaren beş yıl, uzun zamandan beri haber alınamama halinde ise son haber tarihinden itibaren on yıldır (MK.m.584/III). Azami süre ise gaibin yüz yaşını doldurmasıdır (MK.m.584/II). Bu sürenin dolmasından itibaren artık diğer süreler aranmaz.

Gaiplik kararı verilmesinden sonra gaibin şahsi statüsüne ilişkin olan evlilik durumunda gaiplik kararı ile birlikte veya sonrasında mahkemeden evliliğin feshi kararı verilmesinden sonra evlilik sona erecektir. Evliliğin feshi talep edilmemişse evlilik

⁵⁰Yargıtay 8. HD. E. 2010/4114, K. 2011/6669, T. 06.12.2011 kararında kişiliğin ölümle sona erdiği ve ölü kişinin herhangi bir hakkın objesi veya subjesi olamayacağı kesindir. Bu konu 04.05.1978 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararında da açıkça bu husus kararlaştırılmıştır.

⁵¹Ayan/Ayan, Kişiler Hukuku, s. 177.

⁵²Yargıtay 3. HD. E. 2010/4314, K. 2010/5297, T. 29.03.2010. (Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Daire Başkanlığı UYAP sisteminden temin edilmiştir)

kendiliğinden ortandan kalmaz bu durumda evlilik devam eder. Bu durumda sağ kalan eş yeni bir evlilik yapamaz (MK.m.131/I).

Gaibin miras hukukuna ilişkin hakları devam eder. Yani hem mirasçı hemde mirasbırakan olması mümkündür.

1.2. Fiil Ehliyeti

1.2.3. Fiil Ehliyeti Kavramı

Fiil ehliyeti, kişinin kendi fiili ile hak ve borçlara ehil olabilme, hukuki sonuç doğurabilme iradesini ifade eder ve bu bakımdan bütün insanlar birbirine denktir⁵³. Bu nedenle kişi hukuku aykırı fiillerinden de sorumlu fiil ehliyeti esasına göre sorumlu olacaktır. Ancak fiil ehliyetinin kazanılması hak ehliyetinde farklı olarak bir takım şartların gerçekleşmiş olmasına bağlanmıştır. Fiil ehliyetinin kazanılması kişinin ayırt etme gücüne sahip olması, ergin olması ve kısıtlı olmaması gibi bir takım koşulların yerine getirilmiş olmasına bağlanmıştır⁵⁴. Bu yönü ile fiil ehliyeti kişiliğin kazanılması için zorunlu bir unsur olmaktan çıkmıştır. Fiil ehliyetinin kazanılması için bir takım özelliklerin gerçekleşmesi gerektiğinden öğretide aktif nitelik taşıdığı kabul edilir⁵⁵. Hak ehliyeti ise kişinin doğumu ile kendiliğinden kazanıldığı kabul edildiği için pasif niteliktedir.

Fiil ehliyetinin varlığının bir sonucu olarak kişinin hukuki işlem yapmaya ehil olması ve hukuki aykırı fiillerinden sorumlu olması söz konusudur. Öncelikle fiil ehliyetine sahip olan kişilerin hukuki işlemlerini bizzat yapabilecekleri kabul edilir. Kişinin kendi fiili ile şahsına veya malvarlığına ilişkin hak edinmeleri veya haklarında değişiklik meydana getirmek istemeleri ile ilgili olarak hukuki eylem ve işlemlerde bulunabilecektir⁵⁶. Bu değişiklik malvarlığına ilişkin olarak borçlandırıcı işlem olabileceği gibi tasarruf işlemleri de olabilir. Borçlandırıcı işlemler malvarlığının pasifinde, tasarruf işlemleri ise malvarlığının aktifinde artmaya sebep olan iki çeşit malvarlığı işlemleridir.

⁵³Oğuzman/Seçili/Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s. 48; Ayan/Ayan, Kişiler Hukuku, s. 50; Hatemi, Kişiler Hukuku, s. 15; Akipek/Akıntürk/Ateş, Kişiler Hukuku, s. 279; Dural/Öğüz, Kişiler Hukuku, s. 47; Helvacı/Erlüle, Medeni Hukuk, s. 65.

⁵⁴Hatemi, Kişiler Hukuku, s. 19; Dural/Öğüz, Kişiler Hukuku, s. 50.

⁵⁵Ayan/Ayan, Kişiler Hukuku, s. 51.

⁵⁶Akipek/Akıntürk/Ateş, Kişiler Hukuku, s. 283.

Tasarruf işlemleri malvarlığının eksilmesine veya tamamen ortadan kaldırılması yol açtığından negatif nitelikte işlemlerdir. Bir malvarlığı üzerinde kişinin kendi fiili ile tasarruf işlemi yapabilmesi için o malvarlığı üzerinde işlem yapma yani tasarruf yetkisini haiz olması gerekir⁵⁷. Yani tasarruf yetkisi kişinin hak sahibi olması ile ilgilidir. Tasarruf ehliyeti ise hukuki işlem ehliyeti ile aynı hakları sunan onun görünümü niteliğinde bir haktır⁵⁸. Bir malvarlığı üzerinde kişinin tasarruf etme ehliyeti varken buna ilişkin yetkisi sınırlandırılabilir. Örneğin malvarlığının üzerine konulan ipotek veya iflasa konu malvarlığı söz konusu ise kişinin kendi malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisi kısıtlanmış olur.

Fiil ehliyetine sahip olan kişinin haksız fiilli ile başkasının malvarlığı veya şahısvarlığı üzerinde gerçekleşen zararından sorumlu olması kaçınılmazdır⁵⁹. Bu durumda kişinin hukuka aykırı fiilinden sorumlu olması sonucunu doğuracaktır⁶⁰. Kişinin bu hukuka aykırı fiili sözleşmenin ihlali şeklinde ortaya çıkabileceği gibi haksız fiil şeklinde de oluşabilir. Sözleşmenin ihlali kişinin sözleşme gereği üstlendiği edimi hiç veya gerektiği gibi yerine getirmemesi ile meydana gelir. Haksız fiil ise kişinin hukuka aykırı fiili ile başkasının malvarlığı veya şahısvarlığı üzerinde meydana getirdiği zarar şeklinde oluşur. Bu durumda hukuka aykırı fiilin muhatabı hak ehliyetinin medeni usul hukukunda görünümü olan dava ehliyeti ile dava açabilecek ve mahkemede davacı sıfatı ile yer alabilecektir. Hukuka aykırı fiilde bulunan kişi ise fiil ehliyetinin medeni usul hukukunda görünümü olan dava ehliyetinin sonucu olan davalı sıfatı ile haklarını arama ehliyetine sahip olacaklardır.

1.2.4. Fiil Ehliyetinin Şartları

Fiil ehliyetinin bir kişide var olabilmesi için üç şartı sağlamış olması gerekir. Bunlardan ikisi olumlu şart olan ayırt etme gücü (temyiz kudreti) ve erginliktir. Diğer olumsuz şartı ise kısıtlı olmamaktır (MK. m. 10).

⁵⁷Oğuzman/Seçili/Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s. 49; Akipek/Akıntürk/Ateş, Kişiler Hukuku, s. 284; Dural/Öğüz, Kişiler Hukuku, s. 50.

⁵⁸Dural/Öğüz, Kişiler Hukuku, s. 51.

⁵⁹Hatemi, Kişiler Hukuku, s. 17; Oğuzman/Seçili/Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s. 52; Helvacı/Erlüle, Medeni Hukuk, s. 66.

⁶⁰Dural/Öğüz, Kişiler Hukuku, s. 52.

1.2.4.2. Ayırt Etme Gücüne Sahip Olmak

Fiil ehliyetinin varlığı için aranan en önemli şart ayırt etme gücü, diğer adı ile temyiz kudretidir⁶¹. Ayırt etme gücü olmayan kişilerin fiil ehliyeti de olamaz. Ayırt etme gücünden yoksun kişiler tam ehliyetsizdir⁶².

Kanunumuzda ayırt etme gücünün tespiti “*akla uygun biçimde davranmak*” şeklinde açıklanmıştır (MK. m. 13). Akıl sahibi olan kişilerin bunu gösteren sağlıklı bir şekilde değerlendirme yeteneğine sahip olması ve bu doğrultuda karar vermesi ve harekete geçmesi beklenir⁶³. Bu güce sahip olan kişilerin temyiz kudretini haiz olduğu söylenebilir. Ancak ayırt etme gücünün mahiyeti gereği nisbi bir kavram olması nedeni ile olayın şartlarına ve kişinin özelliğine göre değişiklik gösterebilir⁶⁴. Bu nedenle her olaya göre ayrı bir şekilde araştırılması ve incelenmesi gerekir.

Kişinin ne zaman ayırt etme gücüne sahip olduğu veya ayırt etme gücünden yoksun olduğu fiil ehliyetine sahip olduğunun tespit edilmesi için önemlidir. Ayırt etme gücünün nisbi bir kavram olmasından dolayı her olaya göre ayrı ayrı tespiti gereklidir⁶⁵. Hukuki işlemler için ayırt etme gücünün işlemin yapıldığı anda var olması aranır⁶⁶. Haksız fiilin gerçekleştiği olaylar için ise ayırt etme gücünün fiilin işlendiği anda var olması aranır⁶⁷. Bu nedenle hukuki işlemin yapıldığı veya haksız fiilin işlendiği anların dışında kişinin ayırt etme gücüne sahip olmaması fiil ehliyetinin bu şartının gerçekleşmesine engel olmaz. Dolayısıyla haksız fiili işleyen veya hukuki işlemi gerçekleştiren kişinin sorumluluğu doğacaktır. Ancak tam tersi durum olan

⁶¹Akipek/Akıntürk/Ateş, *Kişiler Hukuku*, s. 285; Oğuzman/Seçili/Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku*, s. 55; Dural/Öğüz, *Kişiler Hukuku*, s. 52.

⁶²Yargıtay 3. HD. K. 2019/1223, E. 2017/11562, T. 29.06.2016 kararında “...davranışlarının, eylem ve işlemlerinin sebep ve sonuçlarını anlayabilme ve değerlendirme ve ayırt edebilme kudreti (gücü) bulunmayan bir kimsenin kendi iradesi ile hak kurabilme, borç (yükümlülük) altına girebilme ehliyetinden söz edilemez” ayırt etme gücünün tam ehliyetsiz olduğunu ifade etmektedir. Ayrıca ayırt etme gücünden yoksunluğun somut delillere dayandırılması gereğini “... davacı tarafça davaya konu edilen vasiyetnamenin düzenlendiği tarih itibarıyla murisin iradi ve fiziki zaafiyetinin olduğu, kanser hastası olduğu ileri sürülmüş olmakla, vasiyetname tarihinde murisin hukuki işlem ehliyetine haiz olup olmadığı konusunda tüm deliller toplanarak, ehliyetsiz olduğu iddia edilen murise ait doktor raporları, tıbbi belge, film graflerinin de getirilmesi suretiyle Adli Tıp Kurumundan rapor alınıp sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, mahkemece Adli Tıp raporu alınmadan hüküm tesisi yoluna gidilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir” ifade etmiştir.

(Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Daire Başkanlığı UYAP sisteminden temin edilmiştir)

⁶³Hatemi, *Kişiler Hukuku*, s. 23; Dural/Öğüz, *Kişiler Hukuku*, s. 57.

⁶⁴Ayan/Ayan, *Kişiler Hukuku*, s. 53; Akipek/Akıntürk/Ateş, *Kişiler Hukuku*, s. 287.

⁶⁵Dural/Öğüz, *Kişiler Hukuku*, s. 60.

⁶⁶Dural/Öğüz, *Kişiler Hukuku*, s. 60; Yargıtay 1. HD. E. 2006/11386, K. 2006/13273, 28.12.2006 tarihli kararında hukuki işlemler için ayırt etme gücünün işlemin yapıldığı anda var olmasını aramıştır.

(Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Daire Başkanlığı UYAP sisteminden temin edilmiştir)

⁶⁷Oğuzman/Seçili/Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku*, s. 56.

haksız fiilin gerçekleştiği zaman veya hukuki işlemin yapıldığı anda kişi ayırt etme gücünden yoksunsa fakat diğer zamanlarda kişinin ayırt etme gücünün var olduğu tespit edilmişse, hukuk düzeninin belirlediği istisnalar dışında kişinin hukuki işlemde veya fiilden sorumlu tutulmaz.

Kişinin ayırt etme gücüne sahip olduğu veya olmadığı konusunda ispat yükünün hangi tarafa ait olduğu konusunda bir görüş birliği yoktur⁶⁸. Ayırt etme gücünün var olup olmadığının tespiti hakimin takdirine bırakılmıştır⁶⁹. Öğretide bir görüşe göre ayırt etme gücünün var olması esas kabul edilmiştir. Ayırt etme gücünün yok olduğunu iddia eden taraf iddiasını ispatlamakla mükelleftir⁷⁰. İkinci görüş ise ispat yükünün dağılımını düzenleyen kanun hükmüne göre yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk yada bunlara benzer sebeplerden biri ile akla uygun davranma yeteneğinden yoksun olan kişilerin ayırt etme gücünün yok olduğu varsayılr (MK m. 13). Bu karineye rağmen ayırt etme gücün bulunduğunu iddia eden taraf iddiasını ispatlamakla yükümlüdür⁷¹. Birinci görüş ayırt etme gücünün var olduğu üzerine kurulu iken ikinci görüş ayırt etme gücünün yokluğuna ilişkin karine üzerinden giderek bu duruma rağmen var olduğunu iddia eden tarafın ispat ile yükümlü olduğu kabul edilmiştir⁷².

İspat yükünün kime ait olduğuna ilişkin diğer bir düzenleme borçlar hukukumuz tarafından getirilmiştir. Buna göre, “*ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişi, bu sırada verdiği zararı gidermekle yükümlüdür. Ancak ayırt etme gücünü kaybetmede kusuru olmadığını ispat ederse, sorumluluktan kurtulur*”(BK. m. 59). Burada ispat yükü ayırt etme gücünün varlığı veya yokluğu ile ilgili değildir, ispat edilecek husus ayırt etme gücünü kaybetmede kişinin sorumlu olup olmamasıdır. Kişinin kendi kusuru ile ayırt etme gücünü kaybetmişse bu durumda doğan zarardan sorumlu olacaktır⁷³. Bu sorumluluktan kurtulmak istiyorsa, ayırt etme gücünün kaybında kendisinin bir kusuru bulunmadığını ispat etmek için gerekli delilleri sunmak zorundadır. Örneğin klasik olarak öğretide verilen olay olan kişinin haberi olmaksızın içeceğine ilaç katılması durumunda kişinin başkasına zarar vermesi halidir⁷⁴.

⁶⁸Akipek/Akıntürk/Ateş, Kişiler Hukuku, s. 293.

⁶⁹Dural/Öğüz, Kişiler Hukuku, s. 61.

⁷⁰Akipek/Akıntürk/Ateş, Kişiler Hukuku, s. 293; Dural/Öğüz, Kişiler Hukuku, s. 62.

⁷¹Dural/Öğüz, Kişiler Hukuku, s. 61.

⁷²Dural/Öğüz, Kişiler Hukuku, s. 60.

⁷³Akipek/Akıntürk/Ateş, Kişiler Hukuku, s. 294; Dural/Öğüz, Kişiler Hukuku, s. 61.

⁷⁴Yargıtay 1. HD. E. 2013/20242, K. 2014/7804, T. 15.04.2014 kararı ile Yargıtay 1. HD. E. 2014/3936, K. 2014/8035 tarihli kararı bkz. (Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Daire Başkanlığı UYAP sisteminden temin edilmiştir.)

Ayırt etme gücünün var olup olmadığını araştırırken hakim tanık dinleyebilir veya tıbbi bilirkişiye başvurabilir⁷⁵. Ayırt etme gücünden yoksun olduğu iddia edilen taraf ölmüş ise bu durumda tanık ve bilirkişinin görüşü önemlidir. Adli Tıp Kurumu bu alanda en çok başvuru alan bilirkişi olsada bu konuda bildirdiği raporun hakim tarafından bağlayıcılığı yoktur. Çünkü ayırt etme gücü tıbbi bir konu olmaktan çok hukuki bir durum olduğundan olaya göre haklı nedenlerin varolması halinde bilirkişi görüşünden farklı karar vermesi mümkündür⁷⁶.

1.2.4.3. Ergin Olmak

Fiil ehliyetinin ikinci olumlu şartından olan erginlik, en belirgin ifade biçimi ile kişinin belirli fiziki olgunluğa ve yaşa erişmiş olması demektir⁷⁷. Erginlik (rüşt), belirli bir yaşın doldurulması ile gerçekleşir. Söz konusu bu hal olağan erginlik olarak tanımlanır. Bu konuda belirlenen yaş sınırı ülkelere göre farklılık arz edebilir. Türkiye’de ise kanunumuzun öngördüğü “*erginlik onsekiz yaşının doldurulmasıyla başlar*” (MK.m. 11). Böylece onsekiz yaşını dolduran kişi kendiliğinden ergin olacaktır. Ancak kişinin onsekiz yaşına girmiş olması yeterli olmaz. Ergin olmak için onsekiz yaşını tamamlamış yani ondokuzundan gün alıyor olması gerekir. Onsekiz yaşını doldurduğunun hesaplanmasında doğduğu günde nazara alınır. Böylece kişi herhangi bir işlem yapmaksızın kişi ergin olur. Eğer çocuk velayet altında ise kendiliğinden çıkar⁷⁸.

Kanunumuz onsekiz yaşının doldurmamış olmasına rağmen bazı durumlarda kişiye ergin olma imkanı tanımıştır⁷⁹. Bu duruma olağanüstü erginlik denir. Bunlardan ilki evlenme ile kazanılır. Buna göre, “*evlenme kişiyi ergin kılar*”(MK. m. 11). İsviçre hukukunda erginlik yaşının on sekize indirilmesi ve evlenme yaşının on sekiz olarak belirlenmesinden sonra evlenme yolu ile erginlik kazanma kaldırılmıştır. Kişinin evlenme akdinin yapılması ile

⁷⁵Yargıtay 1. HD. E. 2013/20242, K. 2014/7804, T. 15.04.2014 kararı ile Yargıtay 1. HD. E. 2014/3936, K. 2014/8035 tarihli kararı bkz. (Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Daire Başkanlığı UYAP sisteminden temin edilmiştir.)

⁷⁶Akipek/Akıntürk/Ateş, Kişiler Hukuku, s. 294; Dural/Öğüz, Kişiler Hukuku, s. 60.

Yargıtay 3. HD. E. 2017/4428, K. 2019/1663, T. 28.01.2016 kararının hüküm kısmında, “*01.01.2013 başlangıç tarihli on yıl süreli kira sözleşmesinin imzalandığı tarihte davacı F.A.’nın hukuki işlem ehliyeti olmadığı iddia edildiğine göre, hukuki ehliyetsizliğin kamu düzeni ile ilgili olduğu gözetilerek ve önemine binaen öncelikle incelenmesi, tarafların bu yönde bildirecekleri tüm delillerin toplanması, varsa davacıya ait sağlık kurulu raporları, hasta müşahede kağıtları, reçeteler vs. istenmesi, tüm dosyanın Adli Tıp Kurumu’na gönderilmesi, akit tarihinde davacının ehliyetli olup olmadığı yönünde rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi*” gerektiğine karar vermiştir. (Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Daire Başkanlığı UYAP sisteminden temin edilmiştir.)

⁷⁷Oğuzman/Seçili/Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s. 66; Hatemi, Kişiler Hukuku, s. 5; Akipek/Akıntürk/Ateş, Kişiler Hukuku, s. 295; Dural/Öğüz, Kişiler Hukuku, s. 52.

⁷⁹Akipek/Akıntürk/Ateş, Kişiler Hukuku, s. 296; Dural/Öğüz, Kişiler Hukuku, s. 41.

⁷⁹Akipek/Akıntürk/Ateş, Kişiler Hukuku, s. 296; Dural/Öğüz, Kişiler Hukuku, s. 41.

evliliğin geçerli olup olmamasına bakılmaksızın küçük sayılmaktan kurtulup ergin olur. Bu durum kanunumuzun evlenme için tanıdığı erginlik yaşına girmesi ile olur. Buna göre, “*erkek veya kadın onyediyedi yaşını doldurmadıkça evlenemez*”(MK. m. 124). Böylece onyediyedi yaşını doldurmuş olan küçük yasal temsilcisinin rızası ile evlenebilecektir. Evlenmesi ile küçük kendiliğinden ergin olacaktır⁸⁰. Ancak hakim olağanüstü durumlar söz konusu olması halinde onaltı yaşını doldurmuş olan erken veya kadının evlenmesine izin verebilir (MK. m. 124). Bu durumda da hakimin önce ana ve baba veya vasiyi dinlemesini öngörmüştür. Böylece evlenmesine karar verilen küçük artık ergin sayılması ile fiil ehliyetine sahip olacaktır. Ancak kanunun düzenlediği bazı özel durumlar için hala kişinin onsekiz yaşını doldurmuş olması hukuki işlemin gerçekleştirilmesi için şarttır.

Evlenmenin boşanma, ölüm veya gaiplik ile sonuçlandığı hallerde kişinin evlenme ile kazandığı erginlik sona ermeyecektir⁸¹. Kişinin evliliğinin butlanla sakat olduğu durumlar içinde genel olarak evlenerek kazandığı erginliğin korunacağı kabul edilmiştir (MK. m. 158/I)⁸².

Kanunumuz henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişiler içinde mahkeme kararı ile ergin sayılmasına imkan tanımıştır⁸³. Yasal erginlik (kazai rüşt) olarak adlandırılan bu duruma göre, “*onbeş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızası ile mahkemece ergin kılınabilir*” (MK. m. 12). Böylece kişinin öncelikle onbeş yaşını doldurmuş olması gerekir. Yani kişi onbeş yaşını doldurmuş yani onaltı yaşından gün almış olması gerekir. Ancak hakkın kötüye kullanılmadığı bazı özel durumlar için onbeş yaşını doldurmasına kısa bir süre kalan hallerde de mahkemeye başvurması mümkündür⁸⁴. Böylece onbeş yaşını doldurması ile karar verilebilecektir. Ayrıca yasal erginlik isteme hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan küçüğün rızası hilafına velinin isteği ile böyle bir karar verilemez⁸⁵. Öncelikle küçüğün yasal şekilde ergin olmayı istemesi şarttır. Sonrasında küçüğün velisinin izinin alınması gerekir⁸⁶. Velinin anne ve baba olması durumunda ikisinin de rıza göstermesi şarttır. Ancak velayet hakkının yalnız bir tarafa ait olduğu durumlarda velayet hakkı olan anne veya babanın rızası

⁸⁰Dural/Öğüz, Kişiler Hukuku, s. 53.

⁸¹Oğuzman/Seçili/Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s. 68.

⁸³Hatemi, Kişiler Hukuku, s. 24.

⁸³Hatemi, Kişiler Hukuku, s. 24.

⁸⁴Ayan/Ayan, Kişiler Hukuku, s. 57; Akipek/Akıntürk/Ateş, Kişiler Hukuku, s. 297.

⁸⁵Oğuzman/Özer/Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s. 69.

⁸⁶743 sayılı eski Medeni Kanuna göre yasal erginlik kararı verilebilmesi için ana ve babanın birlikte rıza göstermesi şarttı. Ayrıca anlaşmazlık halinde babanın oyu üstün tutulamazdı. Küçüğün yararına olmasına rağmen ergin kılınmasına haksız şekilde karşı çıkan ana ve babanın velayet hakkı elinden alınabiliyordu.

yeterli olacaktır⁸⁷. Ancak anne veya babanın yahut her ikisinin birden küçüğün çıkarına uygun düşmesine rağmen ergin olmasına muvafakat etmemesi durumunda hakim velinin rızasını almaktan kaçınabilecektir⁸⁸. Küçük vesayet altında olması halinde kanuna göre sulh mahkemesinin iznini ve asliye mahkemesinin onayını şart koştur⁸⁹.

Yasal erginlik istemi için küçüğün yararına uygun düşmesi şarttır⁹⁰. Aksi takdirde diğer bütün şartlar sağlanmış olsa dahi hakim in erginlik talebini reddetmesi gerekir. Yasal olarak erginliği talep edilen küçüğün çıkarı gözetilmeksizin böyle bir karar verilemez. Küçüğün ergin kılınmasını gerektiren durum genel olarak sorumluluk üstlenmesinin zaruri olduğu durumlarda ortaya çıkar⁹¹. Örneğin ana ve babasını kaybeden küçüğün kendini ve kardeşlerinin geçimini sağlaması için ergin kılınmayı talep etmesi gibi. Yasal erginlik talebini küçük veya kanuni temsilcisinin mahkemeye talebi ile olur. Yetkili ve görevli mahkeme küçüğün oturduğu yer sulh hukuk mahkemesidir (HMK. m. 383-384). Şartların oluşması ve küçüğün yarına olması halinde hakim küçüğün ergin kılınmasına karar verir. Küçük velayet veya vesayet altında ise kendiliğinden kurtulur, kararın ilan edilmesi önem taşımaz.

1.2.4.4. Kısıtlı Olmamak

Son olarak fiil ehliyetinin olumsuz şartı kısıtlı olmamaktır. Buna göre, “*ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır*” (MK. m. 10). Kısıtlanma sebepleri kanunda sayılmıştır⁹². Buna göre kısıtlanma sebepleri şunlardır; akıl hastalığı veya akıl zayıflığı, savurganlık alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşam tarzı, kötü yönetim, özgürlüğü bağlayıcı ceza (MK.m.405,406,407). Ayrıca kişinin isteği üzerine yaşlılık, sakatlık, deneyimsizlik veya ağır hastalık gibi nedenlerle yardıma ihtiyaç duyan kimseler için de kısıtlanma imkanı tanınmıştır (MK.m.408). Küçüklerin esas olarak velayet altında olmaları esastır⁹³. Velayet altında olmayan küçüklerin vesayet altına alınması kısıtlanmak anlamına gelmez. Çünkü küçüğün zaten tam ehliyeti yoktur, sınırlı ehliyetsizdir. Böylece kısıtlanma kararı verilen kişi fiil ehliyetini kaybeder. Bu kısıtlama sınırlı olabileceği gibi ayırt etme

⁸⁷Dural/Öğüz, Kişiler Hukuku, s. 56.

⁸⁸Ayan/Ayan, Kişiler Hukuku, s. 58; Akipek/Akıntürk/Ateş, Kişiler Hukuku, s. 299.

⁸⁹743 sayılı eski Medeni Kanununun 12. maddesine göre vesayet altında ise küçüğün vasisinin dinlenmesi gerekirdi. Ancak ana ve babadan farklı olarak onun izni aranmazdı. 4721 sayılı yeni Medeni Kanununun 12. maddesine göre ise vasisinin dinlenmesine gerek görmemiştir.

⁹⁰Oğuzman/Özer/Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s. 71.

⁹¹Dural/Öğüz, Kişiler Hukuku, s. 55.

⁹²Helvacı/Erlüle, Medeni Hukuk, s. 69.

⁹³Akipek/Akıntürk/Ateş, Kişiler Hukuku, s. 300; Dural/Öğüz, Kişiler Hukuku, s. 64.

gücünden yoksun olmaları halinde ise tamdır⁹⁴. Bir kişi istek üzerine kısıtlanacak ise bu istekte bulunan kişinin ayırt etme gücünün bulunması şarttır⁹⁵.

1.2.5. Fiil Ehliyeti Yönünden Kişilerin Ayrımı

Gerçek kişiler fiil ehliyeti durumlarına göre çeşitli kategorilere ayrılmıştır⁹⁶. Bunlar fiil ehliyeti şartları olan ayırt etme gücü, erginlik ve kısıtlı olmama hallerinin varlığına göre çeşitli şekillerde gruplandırılır⁹⁷. Öncelikle ayırt etme gücüne sahip, ergin ve kısıtlı olmayan kişiler ehliyet sahibi kişilerdir ve de *tam ehliyetliler* sınıfına girerler. Bazı durumlarda tam ehliyetli kişilere yasal danışman atanması gerekebilir bu kişilerin ise ehliyeti asıl ehliyetsizliği istisna olduğundan *sınırlı ehliyetliler* denilmektedir. Ayırt etme gücü bulunmayan kişiler ehliyetsizdirler bu nedenle de *tam ehliyetsizler* sınıfına girerler. Bunların dışında ayırt etme gücüne sahip olmasına rağmen ergin olmayan veya kısıtlı olan kimseler tam fiil ehliyetine sahip değildirler. Ancak fiil ehliyetine sahip olmasalarda bu kişilerin ehliyetsizliği sınırlı olduğundan *sınırlı ehliyetsizler* denilmektedir. Aşağıda bu ayrıma göre gerçek kişilerin fiil ehliyeti durumları kısaca incelenecektir.

1.2.5.2. Tam Ehliyetliler

Tam ehliyetliler, “*ayırt etme gücüne sahip, ergin ve kısıtlı olmayan kişilerdir*” (MK.m.10). Yani tam ehliyetliler fiil ehliyetinin bütün şartlarına sahip kişilerdir⁹⁸. Bu nedenle de hukuki işlem ehliyetleri tamdır. Her türlü hukuki işlemi yalnız başına yapabilirler. Elbette ki hukuki düzenin belirlediği emredici hükümlere aykırı işlem yapamazlar. İşlemlerini yapmak için bir temsilci de yetkilendirebilirler.

Hukuki işlem ehliyetleri tam olduğu gibi hukuka aykırı fiillerinden dolayı sorumlulukları da tamdır⁹⁹. Yani sözleşmeye aykırı işlem veya tutumlarında yahut haksız fiil yolu ile hukuka aykırı eylemlerinden sorumlulukları tamdır¹⁰⁰. Sorumlulukları kusurlu veya

⁹⁴Oğuzman/Seçili/Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s. 73.

⁹⁵Dural/Öğüz, Kişiler Hukuku, s. 64.

⁹⁶Akıncı, Roma Hukuku, s. 193; Akipek/Akıntürk/Ateş, Kişiler Hukuku, s. 301.

⁹⁷Ayan/Ayan, Kişiler Hukuku, s. 60; Akipek/Akıntürk/Ateş, Kişiler Hukuku, s. 302.

⁹⁸Oğuzman/Seçili/Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s. 80; Dural/Öğüz, Kişiler Hukuku, s. 66

⁹⁹Akipek/Akıntürk/Ateş, Kişiler Hukuku, s. 303.

¹⁰⁰Oğuzman/Seçili/ Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s. 80.

kusursuz sorumluluk olmasına bakılmaksızın hukuka aykırı fiillerinden sorumlulukları doğar. Aynı durum adam çalıştırma (BK.m.66) ve yardımcı kişiler (BK.m.116) içinde geçerlidir.

Tam ehliyetlilerin dava ehliyetleri de tamdır. Davaya davacı ve davalı olarak taraf olabilirler. Dolayısıyla kendileri dava açabilecekleri gibi, kendilerine doğrudan doğruya dava açılabilir. Davalarını temsilci aracılığı ile yürütmeleri mümkündür.

1.2.5.3. Sınırlı Ehliyetliler

Sınırlı ehliyetliler, kendisine yasal danışman atanmış kişiler ile evli kişilerden oluşur¹⁰¹. 743 sayılı eski Medeni Kanunu evli kişiler için özellikle kadının hukuki durumuna ilişkin ancak 4721 sayılı yeni Medeni Kanunu ile bu durum ortadan kalmıştır. Yani kadın erkek her iki taraf içinde getirilen kısıtlamalar geçerlidir¹⁰². Roma hukukundan bu yana fiil ehliyetinin kısıtlanma sebebi olarak sayılan cinsiyet yani kadın olmak bir engel olmaktan uzaklaşmıştır.

Öncelikle evlilik ile ilgili getirilen sınırlamalar ile ayırt etme gücüne sahip, ergin ve kısıtlı olmayan kişilerin bazı hukuki durumlar için ehliyetleri kısıtlanmıştır¹⁰³. Yani aslında evli kişilerin ehliyetleri tam ancak istisnai olarak belirli hususlarda ehliyet kısıtlamaları kanun tarafından düzenlenmiştir. İlk olarak boşanma ve ayrılığın fer'i hükümlerine ilişkin karı koca arasında düzenlenen sözleşmenin hakim tarafından onaylanmasına bağlı olarak hüküm doğurur (MK.m.184/5). Görevli mahkeme aile mahkemesidir. Diğer fiili kısıtlamalar aile konutuna ilişkindir. Eşler diğer eşin açıkça rızasını almadan, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz (MK.m194/I).

Diğer bir kısıtlama ailenin ekonomik malvarlığının korunmasını gerektiren bir durum olması halinde veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gereken bir durumun oluşması halinde ölçülü olması şartı ile hakim, belirli malvarlığı hakları üzerinde sınırlama getirerek tasarrufta bulunulmasını onun rızasına bağlayabilecektir (MK.199/I). Aksi anlaşılan bir sözleşme bulunmaksızın eşlerden biri diğerinin rızası olmadan paylı mülkiyet

¹⁰¹Akipek/Akıntürk/Ateş, Kişiler Hukuku, s. 334; Akıncı, Roma Hukuku, s. 194.

¹⁰²Akıncı, Roma Hukuku, s. 195; Roma hukukunda fiil ehliyetinin kısıtlanmasına neden olan sebepler yaş küçüklüğü, israf, akıl hastalığı ve cinsiyet olarak sayılmıştır.

¹⁰³Hatemi, Kişiler Hukuku, s. 48; Dural/Öğüz, Kişiler Hukuku, s. 67.

konusu mallardaki payı üzerinde tasarrufta bulunamaz (MK.m.223/I). Mal ortaklığı rejimi olması halinde eşler olağan yönetim dışında kalan hallerde birlikte veya diğer eşin rızasını alarak ortaklığı yükümlülük altına sokabilir veya malları üzerinde tasarruf edebilir¹⁰⁴. Kefil olmaya ilişkin durumlarda da eş diğer eşin yazılı rızası olmadan kefalet yükümlülüğü altına giremez (BK.m.584)¹⁰⁵.

Kendisine yasal danışman atanmış kişiler kanunun düzenlediği hususlarda yasal temsilcisinin rızası olmadan işlem yapamaz¹⁰⁶. Bu hususlar kanunda iki şekilde düzenlenmiştir. Birisi oy danışmanlığı diğeri ise yönetim danışmanlığıdır.

Oy danışmanlığının söz konusu olduğu hallerde, dava açma ve sulh olma, taşınmazların alımı, satımı, rehinedilmesi ve başka bir aynı hak kurulması, kambiyo taahhüdü altına girme ve kefil olma gibi kanunda sayılan bazı hukuki işlemlerin yapılması danışmanın iznine tabidir. Oy danışmanın rızası alınmaksızın yapılan işlemler tek taraflı bağımsızlık yaptırımına tabidir¹⁰⁷. Sonrasında yasal danışmanı onay verirse geçerlilik kazanır ancak onay vermezse işlem bütünüyle geçersiz olur.

Yönetim danışmanlığının söz konusu olduğu durumlarda ise malvarlığına ilişkin işlemlerin yasal danışmanı tarafından yapılması gerekir. Malvarlığının gelirine ilişkin tasarruflar saklı kalmak üzere malvarlığının yönetimine ilişkin hususlarda temsilci sıfatı ile yasal danışmanı yetkilidir.

Kendisine yasal danışman atanan kişiler ile evli kişilerin yani sınırlı ehliyetlilerin hukuka aykırı fiillerinden sorumlulukları tamdır. Yani ister sözleşme yükümlülüğü ister haksız fiilden doğan sorumlulukları olsun sorumlulukları tamdır. İstisnai olarak kendisine yasal danışman atanan kişiler dava açmak ve davada sulh olmak için yasal danışmanının onayını almak zorundadır.

¹⁰⁴Akipek/Akıntürk/Ateş, Kişiler Hukuku, s. 335.

¹⁰⁶Akipek/Akıntürk/Ateş, Kişiler Hukuku, s. 337.

¹⁰⁶Akipek/Akıntürk/Ateş, Kişiler Hukuku, s. 337.

¹⁰⁷Akipek/Akıntürk/Ateş, Kişiler Hukuku, s. 337.

1.2.5.4. Sınırlı Ehliyetsizler

Sınırlı ehliyetsizler, ayırt etme gücüne sahip küçükler ile ayırt etme gücüne sahip kısıtlıdır¹⁰⁸. Ayırt etme gücüne sahip küçükler kural olarak velayet altındaki kişilerdir¹⁰⁹. Kendisine vasi tayin edilen küçükler kısıtlı değil çünkü zaten sınırlıda olsa ehliyetsizlerdir. Ancak kanunda sayılan durumlar da veya istek üzerine kısıtlanan ayırt etme gücüne sahip kimselere de vasi tayin edilir. Ortak noktaları her ikisinin de ayırt etme gücüne sahip olmalarıdır. Ayrıca her ikisinde de ehliyetsiz olmaları esas ehliyetli olmaları ise istisnai bir durumdur.

Sınırlı ehliyetsizlerin ehliyetli olma halleri sınırlı olduğundan tek başına yapabileceği işlemlerde sınırlıdır¹¹⁰. Bunlardan ilki karşılıksız kazandırmayı amaçlayan işlemlerdir (MK.m.16). Bu işlemler sınırlı ehliyetsize menfaat sağlayan işlemler olup herhangi bir yükümlülük altına sokmayan işlemlerdir. Örneğin, sınırlı ehliyetsizin lehine yapılan bağışlama sözleşmesi gibi diğer karşılıksız kazanımı sağlayan işlemlerdir. Sınırlı ehliyetsizin kendi başına yapabileceği işlemlerden diğeri serbest mallara ilişkin işlemlerdir (MK.m.357,359). Serbest malların ne olduğu kanunda sayılmıştır. Bunlar;

Ana ve baba, faiz getiren yatırım veya tasarruf hesabı açılmak üzere ya da açıkça ana ve babanın kullanmaması koşuluyla çocuğa yapılan kazandırmalar¹¹¹ (MK. m. 357),

Ölüme bağlı tasarruf yoluyla ana ve babanın yönetimi dışında bırakılan çocuğun saklı payı (MK. m. 358),

Ana ve baba tarafından bir meslek veya sanat ile uğraşması için çocuğa kendi malından verilen kısmın veya kendi kişisel kazancınının yönetimi ve bunlardan yararlanma hakkı çocuğa ait olan mallar (MK. m. 359),

Vesayet altına alınan kişinin kendi tasarrufuna bırakılmış olan mallar ile vasiinin izniyle çalışarak kazandığı mallar (MK. m. 455),

¹⁰⁸Oğuzman/Seçili/Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s. 93; Hatemi, Kişiler Hukuku, s. 28; Akipek/Akıntürk/Ateş, Kişiler Hukuku, s. 320.

¹⁰⁹Alman Madeni Kanunu m. 104 hükmüne göre yedi yaşını doldurmamış olan kişiler tam ehliyetsiz, yedi yaşını doldurmuş ise sınırlı ehliyetsizlerdir.

http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0030. (E.T.23.03.2019)

¹¹⁰Akipek/Akıntürk/Ateş, Kişiler Hukuku, s. 321.

¹¹¹Almanya Medeni Kanunu m. 110, ayırt etme gücüne sahip küçükün harçlıklarını da kendi tasarrufu ile işlem yapabileceği malları arasında yer vermiştir.

http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0030

Vesayet altındaki kişiye vesayet makamı tarafından bir meslek veya sanatın yürütülmesi için izin verilmiş ise, o kişi bununla ilgili her türlü olağan işlemleri yapmaya yetkili olup ve bu tür işlemlerden dolayı sahip olduğu bütün malları (MK. m. 453).

Sınırlı ehliyetsizler yukarıda sayılan mallara ilişkin hukuki işlemleri kanuni temsilcisinin rızasına bağlı olmaksızın bizzat yapabilirler¹¹². Ancak sınırlı ehliyetsizler için geçerli olan yasak işlemler burada da geçerli olacaktır. Sınırlı ehliyetsizler önemli bağışlarda bulunamazlar, kendi malları üzerinde tasarruflarda bulunarak vakıf kuramazlar ve başkasının borcu için kefil olamazlar (MK. m. 449)¹¹³. Ancak bu gibi kendini borç altına sokan borçlandırıcı işlemleri temsilci sıfatıyla yapabileceği kabul edilmektedir (MK. m. 344-452). Temsilci sıfatıyla yaptığı hukuki işlemler için yasal temsilcisinin onayını almasına gerek yoktur¹¹⁴.

Sınırlı ehliyetsizlerin kendi başına yapabileceği işlemler arasında üçüncüsü kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan kaynaklanan işlemlerdir¹¹⁵. Örneğin nişanlanma, ölüme bağlı tasarruflar ve ad değiştirme buna örnek olarak gösterilebilir. Bu tür işlemler kanuni temsilcisinin iznini almak zorunda olmadığı işlemlerdir. Ancak bazı istisnai hallerde kanuni temsilcisinin izni veya katılımı aranır. Nişanlamada olduğu gibi ayırt etme gücüne sahip kısıtlının yasal temsilcisinin iznini alması gereklidir.

Sınırlı ehliyetsizler, hukuka aykırı fiillerinden sorumlu olmaları tamdır¹¹⁶. Sınırlı ehliyetsizlerin ayırt etme gücüne sahip kişiler olması sebebi ile yaptıkları işlem ve fiillerin sonuçlarını tartıp ona göre davranacak durumdadır. Bu nedenle sözleşmeye aykırılık ve haksız fiillerinden sorumludurlar.

Sınırlı ehliyetsizlerin dava ehliyetine ilişkin genel kural kanuni temsilcisi tarafından veya kanuni temsilcisi adına davanın açılmasıdır¹¹⁷. Ancak sınırlı ehliyetsizlerin kendi başlarına yapabilecekleri ve kişiye sıkı sıkıya bağlı işlemler için hukuka aykırı işlem ve fiillerinden

¹¹²Helvacı/Erlüle, Medeni Hukuk, s. 76.

¹¹³Ayan/Ayan, Kişiler Hukuku, s. 69; Akipek/Akıntürk/Ateş, Kişiler Hukuku, s. 323.

¹¹⁴Sınırlı ehliyetsizin kendisini borçlandırıcı işlemler altına girmemesi esasına göre, tek taraflı irade beyanı ile temsilci tayin edilmesi sonucu sınırlı ehliyetsizin sorumlu tutulması doktrinde eleştirilmiştir; Hatemi, Kişiler Hukuku, s. 46, bkz.

¹¹⁵Akipek/Akıntürk/Ateş, Kişiler Hukuku, s. 322.

¹¹⁶Hatemi, Kişiler Hukuku, s. 30; Akipek/Akıntürk/Ateş, Kişiler Hukuku, s. 333.

¹¹⁷Akipek/Akıntürk/Ateş, Kişiler Hukuku, s. 333.

sorumlu olduğundan dava ehliyeti vardır¹¹⁸. Ayrıca serbest mallarına ilişkin usul işlemleri konusunda da dava ehliyeti mevcuttur. Kanuni temsilciye karşı açılması gereken bir davanın sınırlı ehliyetsize karşı açılmış olması halinde hakim davacıya davanın kanuni temsilciye yöneltilmesi için uygun bir süre verebilir. Vasinin, sınırlı ehliyetsiz adına davacı veya davalı olarak usul işlemleri yapabilmesi için vesayet makamından yani sulh hakiminden onay alması gerekir. Veli ise bu konuda tam yetkilidir.

Sınırlı ehliyetsizin kanuni temsilcisinin onayını almaksızın bir davayı açmış veya davayı kabul edip yürütmüşse, diğer tek taraflı bağlamazlık ile sakat olan hukuki işlemlerde olduğu gibi kanuni temsilcisinin onayı istenir. Kanuni temsilcisi onaylamazsa dava reddedilir, onaylarsa davaya devam edilebilir.

1.2.5.5. Tam Ehliyetsizler

Tam ehliyetsizler, ayırt etme gücü bulunmayan ve dolayısıyla fiil ehliyetine mutlak suretle sahip olmayan kişilerdir¹¹⁹. Ayırt etme gücünden yoksunluğun nedeninin önemi yoktur. Akıl hastalığı veya yaş küçüklüğü nedeni ile olmasının bir farkı yoktur. Ayırt etme gücü bulunmadığı için hukuki işlem ehliyetide yoktur. Kanunda belirtilen istisnalar dışında ayırt etme gücünden yoksun kişilerin fiilleri hukuki sonuç doğurmayacağı için kesin hükümsüzdür(MK. m. 15). Bu nedenle tam ehliyetsiz kişilerin işlemlerinin kanuni temsilcisi tarafından yapılması gerekir. Tam ehliyetsizin yaptığı işlemler kesin hükümsüz olur¹²⁰. Bu nedenle kanuni temsilcisinin işleme onay vermesi ile sonradan geçerli hale gelemez. İşlemi yapan karşı tarafın kişinin ayırt etme gücünden yoksun olduğunu bilmemesi yani iyiniyetli olması işleme geçerlilik kazandırmaz. Ancak ayırt etme gücünden yoksunluğun işlemin geçerli olması için ileri sürülmesi dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil ediyorsa bu durumda işlem korunmayacaktır¹²¹. Ayrıca hükümsüz işleme dayanılarak yerine getirilen edimlerin karşılığı istihkak talebi veya sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanılarak geri alınabilir (MK. m. 683, TBK m. 77 vd.).

¹¹⁸Ayan/Ayan, Kişiler Hukuku, s. 76.

¹¹⁹Akipek/Akıntürk/Ateş, Kişiler Hukuku, s. 303; Oğuzman/Seçili/Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s. 80; Helvacı/Erlüle, Medeni Hukuk, s. 71.

¹²⁰Oğuzman/Seçili/Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s. 81; Akipek/Akıntürk/Ateş, Kişiler Hukuku, s. 307.

¹²¹Akipek/Akıntürk/Ateş, Kişiler Hukuku, s. 312.

Kesin hükümsüzlük, hukuki niteliği itibari ile itirazdır. Hakim kesin hükümsüzlük halini resen inceler. Yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilir. Tam ehliyetsiz kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar açısından da ehliyeti yoktur. Ancak tam ehliyetsizin hukuki yararının olduğu bazı durumlar için istisna kabul edilebilmelidir¹²². Örneğin, zina eden eşe karşı tam ehliyetsizin dava açabilmesi gibi.

Genel olarak kural tam ehliyetsizlerin hukuka aykırı fiillerinden sorumlu tutulmamasıdır. Ancak ayırt etme gücünden yoksun kimselerin tamamen sorumsuz tutulması hayatın bazı alanlarında hukuksuzluğa yol açabilmektedir. Kanun koyucu bu nedenden dolayı tam ehliyetsiz kişilerin bazı istisnai hallerde sorumlu tutulmasını kabul etmiştir. Bunlardan ilki kusursuz sorumluluk halidir. Kusursuz sorumluluk halinde kişinin ayırt etme gücünün bulunup bulunmamasına bakılmaksızın meydana gelen zarardan sorumlu tutulması kabul edilmiştir¹²³. Örneğin, ev başkanının sorumluluğu (MK. m. 369), taşınmaz malikinin sorumluluğu (MK. m. 730), hayvan bulunduranın sorumluluğu (BK. m. 67) ve benzeri durumlarda düzenlenen kusursuz sorumluluk halleri. Diğer ise Borçlar Kanunu m. 65'te düzenlenen hakkaniyet halidir. Buna göre ayırt etme gücünden yoksun kimsenin hakkaniyet gerektiriyorsa verdiği zararın tamamının veya bir kısmının giderilmesine karar verebilir. Yine Borçlar Kanunu m. 59'da yer alan düzenlemeye göre, ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişi bu sırada vermiş olduğu zararın giderilmesinden sorumludur. Ancak ayırt etme gücünden yoksun olan kimse oluşan zarardan sorumlu olmadığını ispat etmesi halinde kurtulur.

Diğer bir istisna ise sözleşmenin ihlali halinde ortaya çıkar. Tam ehliyetsizin kanuni temsilcisi aracılığı ile veya kendisine ait bulunan bir işletmenin taahhüt ettiği bir borcu ifa etmemesi halinde, sözleşmenin ihlalinden doğan tazminat yükümlülüğü doğar (BK. m. 112). Sonuç olarak ayırt etme gücünden yoksun kimse usulüne uygun olarak taahhüt altına girdiği borcu ifa etmekten kaçınamaz.

Tam ehliyetsizlerin dava ehliyeti yoktur. Onun adına kanuni temsilcisi davayı açar veya kanuni temsilcisine karşı dava açılır. Ancak kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılması halinde kanuni temsilci tam ehliyetsizin çıkarlarının korunmasının zaruri olduğu durumlar haricinde dava açamaz.

¹²²Akipek/Akıntürk/Ateş, Kişiler Hukuku, s. 315.

¹²³Akipek/Akıntürk/Ateş, Kişiler Hukuku, s. 313.

İKİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK KURALLARI ÇERÇEVESİNDE GERÇEK KİŞİLERİN ŞAHSİ STATÜSÜ

2.1.Kanunlar İhtilafı Kuralları

2.1.1.Bağlama Noktaları

Genel olarak kanunlar ihtilafı kuralları vakıya göre oluşan durumları belirli bir sistem içerisinde alarak bir hukuk sistemine bağlamaya çalışması ile oluşur¹²⁴. Her vakıanın farklı olması ve içerisinde yabancılık unsuru bulundurması milletlerarası alanda belirli bir kuralın oluşturulmasını zorlaştırır. Yabancı unsur taşıyan olay ve ilişkiden doğan uyuşmazlığa, uyuşmazlık ile bağlantılı olan ülke kanunları arasında hangisinin uygulanması gerektiğinin tespiti, Bu kurallar gösterici hukuk kuralları olarakta anılır¹²⁵. Bir olayın çözümünden çok tespit içerir. İhtilafın kamu hukuku veya özel hukuk kuralı veya maddi hukuk yada usul kurallarına ilişkin olmasının önemi yoktur. Olayın yabancılık unsuru içermesi dolayısıyla birden çok ülke hukuku ile ilişkili olması şarttır. Birden fazla ülke hukuku ile ilintili bulunan vakıya göre de bir bağlama konusu ve bağlama noktası (connecting factor) oluşmuş olacaktır¹²⁶. Örneğin,

”Miras ölenin milli hukukuna tabidir” (MÖHUK m. 20/1).

Yukarıda ki örnek üzerinden açıklamak gerekirse, ölenin geride bırakmış olduğu miras ve diğer maddi hukuka ilişkin sorunlar, bağlama konusunu oluşturur. Hakimin önüne gelen yabancılık unsuru içeren ihtilafı çözümlenmesi sonucunda bağlama konusuna ilişkin sorunları bir hukuk ile ilişkilendirmesi sonucunda bağlama noktası meydana gelecektir. Örnek üzerinden açıklamak gerekirse ölen kişinin geride bırakmış olduğu mirası kanunlar ihtilafı kuralı gereği, ölen kişinin tabiiyetinde olduğu devletin hukukuna tabidir. Böylece bağlama noktası tayin

¹²⁴Nomer, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, 22. Baskı., İstanbul, Beta Yayınevi, 2017, s. 94; Can, Hacı/Toker, Ali Gümrah, Milletlerarası Özel Hukuk, 3. Baskı., Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s. 138.

¹²⁵Doğan, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, 4. Baskı., Ankara, Savaş Yayınevi, 2016, s. 166.

¹²⁶Çelikel, Aysel/ Erdem, Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk 15. Baskı., İstanbul, Beta Yayınevi, 2017 s. 63; Şanlı, Cemal/ Esen, Emre/ Ataman-Fıganmeşe, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, 6. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 27.

edilmiş olacaktır. Tayin edilen ülke vatandaşlığına göre bu bazen hakimın ülkesinin hukuku bazende yabancı ülke hukuku olabilecektir.

İlk olarak yabancılık unsuru içeren bir vakianın oluşması ile ortaya çıkan bağlama konusu ve sonucunda bağlama noktasına vardırılan hukuki ilişki meydana gelecektir. Ancak uluslararası bir konu ve problem olan bağlama noktası, hukuki olay ve ilişkilerin her ülkenin kendi hukukuna göre farklı yorumlaması sonucu bağlama notasının ne olduğu ve neye göre tayin edileceği probleminidoğuracaktır. Bağlama noktasının farklı kategorik sebepler sonucu doğmasından ötürü her olay ve ilişkinin hukuki niteliğine göre değişiklik arz eder. Bu ilke Savigny'den günümüze kadar gelmekte ve günümüz hukuk sistemlerini çerçevelemiştir¹²⁷.

Genel olarak her olayın bağlı bulunduğu hukuki ilişkilerden hareketle yetkili hukukun tespiti yapılacaktır. Bu hukuki ilişkilerin yığılması sonucu kanun koyucu bunları belli bir sistematik üzerine oturmaya çalışmıştır. Sonuç olarak yabancılık unsuru taşıyan olaylarda ortak noktaların tespitine gidilmiş, bu noktalardan hareketle belli başlı bağlama kuralları oluşmuştur. Örneğin şahıs hukuku ve aile hukukuna ait ilişkilerin bağlandığı hukuki sebeplerin benzerliğinden dolayı bağlama noktalarında aynıdır. Borçlar hukuk ve mallara ilişkin uyumsuzlukların bağlantı noktalarında da benzerlikler vardır. Ancak iç hukukta olduğu gibi milletlerarası hukuka ilişkin olaylarda da genel kurallara aykırılık teşkil eden vakıalar oluşmaktadır. Bu nedenle genel prensipler tespiti sonrası, aykırı durumlar içinde olayın durumuna göre kanunkoyucu ayrı kurallar belirler. Bu kuralları koyarken kanun koyucu kuşkusuzdur ki keyfi hareket ettiği düşünülemez ancak hukuk siyaseti diye bir kavram vardır ki gözden kaçırılmaması gerekir. Her ne kadar tarafların hakları korunmaya çalışılırsa da devletin belirli menfaatleri ve sonuç olarak bu doğrultuda güttüğü siyaset, bağlama noktasının belirleyici unsuru olmuştur. Bunun klasik örneği Kıta Avrupası hukuklarında şahıs hukuku alanında kültürel ve ahlaki değerleri yönü ağır basan bir konuda, vatandaşı olduğu ülke hukukunun uygulanması kabul görürken, çok göç alan Amerika, İngiltere'nin başta olduğu Anglo Sakson hukuklarında vatandaş ile devlet arasında ki bağı kuvvetlendirmek adına ikametgah veya mutad mesken hukuku daha uygun görülmüştür¹²⁸.

¹²⁷Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk , s.166; Turhan, Turgut, İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanununda Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk ve Türk Hukuku, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:41, Sayı:1-4,s.146.

<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/301/2827.pdf> (E.T. 05.04.2019).

¹²⁸Hacı/Toker, Milletlerarası Özel Hukuk, s.141

Milletlerarası hukuk alanında genel kabul gören başlıca bağlama noktaları şunlardır: vatandaşlık, ikametgah (yerleşim yeri), mutad mesken, ifa yeri, ika yeri (fiilin gerçekleştiği yer), zararın meydana geldiği yer, bağlama limanı, tescil yeri veya sicil yeri, varma yeri, bulunma yeri, taraflarca seçilen hukuk, en sıkı ilişkili hukuk, hakimin hukuku (lex fori) olabilir¹²⁹. Bunlardan yerleşim yeri hukuku, vatandaşlık hukuku ve mutad mesken hukuku en çok kullanılan bağlama noktaları oldukları için aşağıda inceleme konusu yapılacaktır.

2.1.2. Şahsi Statünün Bağlama Noktaları

Vatandaşlık, bağlama notalarının tayinin de etkili olması özellikle kişinin statüsünü ilgilendiren noktalarda öne çıkmıştır. Şahıs hukuku ve aile hukuku gibi hukukun temelini oluşturan kategoride özellikle kişinin hak ve fiil ehliyeti, kişinin bağlı bulunduğu milli hukuka tabiiyeti düşünülmüştür¹³⁰. Her ne kadar kişinin şahsiyetini ilgilendiren ehliyet konularında vatandaşlık bağını tespit etmek kolay görünse de evlenme, boşanma, velayet gibi konularda tarafların yabancılik unsurunun bulunduğu konularda ortak noktanın tespiti zorlaşır. Müşterek bir milli hukukun bulunmaması durumunda müşterek ikametgah hukuku¹³¹ veya müşterek mutad mesken hukukunun bağlama noktası olarak tayin edilmesi düşünülür. Ancak bunlarında sağlanamıyor olduğu durumlarda durum tartışmalıdır. Yabancılik unsurunun kendini bu kadar çok gösterdiği hallerde eşlerden birinin ikamet ettiği ülke aynı zamanda taraflardan birinin milli olarak bağlı olduğu hukuk ise bu hukukun uygulanması düşünülebilir¹³².

Şahsi statü kavramsal olarak, kişinin şahsi durumu ile ilgili olan konuların hangi hukuk düzenine tabi olduğunu belirtir¹³³. Buna şahsın statüsünün belirlenmesi de denebilir. Şahsın statüsünden anlaşılan, bir gerçek veya tüzel kişinin yada kişi topluluğunun bağlı olduğu bütün şahsi ilişkilerdir. Statü hangi hukuk düzenine tabi olacağını belirtirken şahsın hukuki bağ ile tabii olduğu hukuk sistemi bu statüyü belirler. Örneğin, kişinin evlenme ehliyetine bağlı bulunduğu ülke hukuku uygulanır. Milli hukuk görüşü, Kara Avrupası hukuk sistemleri ve onların etkilediği hukuk sistemlerinin de etkili bir görüş olmuştur¹³⁴. Kişinin menfaati nazara

¹²⁹Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk s, 29.

¹³⁰Hacı/Toker, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 141.

¹³¹5718 sayılı MÖHUK'da ve 4721 sayılı Medeni Kanunda ikametgah kavramı yerine yerleşim yeri tabiri esas alınmıştır. Şanlı'ya göre bu tabir sadece ikametgah ilkesinin çok kötü bir tercümesidir.

¹³²Çelikel/Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 63. (Bu fikir için bkz. SCHWIND, 437)

¹³³Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 221.

¹³⁴Raope, Leo, Alman Devletler Hususi Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Çev. Belbez, Hikmet, s. 552. <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/275/2815.pdf>(E.T. 03.01.2019).

alınarak kendisine en yakın ilişkili olan hukuk sistemi bulunmaya çalışılmıştır. Ancak yabancılık unsurunun çoğaldığı karmaşık ilişkiler söz konusu olduğunda vatandaşlık yeterli olamamıştır. Bu durumlarda yerleşim yeri ve mutad mesken hukuku tamamlayıcılık sağlayarak, uyuşmazlıkların çözümünde bağlama noktası olarak kabul edilmiştir.

Kara Avrupası hukuk sisteminden farklı olarak Anglo Amerikan hukuk sistemlerinde yerleşim yeri hukuku şahsi statünün belirlenmesinde temel alınmıştır. Mutad mesken hukuku ise, milli hukuk ve yerleşim yeri hukukundan çok sonra ortaya çıkmış ve kabul görmüştür. İlk olarak çok taraflı sözleşmelerde geçen mutad mesken hukuku kavramı, yerleşim yeri kavramının belirlenemediği müşterek milli hukukun bulunmadığı durumlarda yardımcı rol oynamıştır¹³⁵. Örneğin, 27.09.1972 tarihli Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyeti Konusundaki Uygulanacak Kanuna dair Lahey sözleşmesi ile mutad mesken hukuku uygulamada bağlama noktası olarak tayin edilmiştir¹³⁶. İşbu sözleşme ile nafaka konusunda müşterek hükümlerin tespiti ve uygulamada birlik oluşturulması amaçlanmıştır.

Belirtmek gerekir ki, bağlama noktasının tayininde her kanunkoyucu yapacağı değerlendirme ile şahsi statü bağlama noktalarından olan vatandaşlık, yerleşim yeri ve mutad mesken hukuklarından istediğini seçebileceği gibi durumun özelliklerine göre hepsini de nazara alabilir. Alman hukuk sisteminin 1986 yılına kadar olan dönemlerde şahsi statü bağlama noktası olarak yerleşim yerini kabul etmişken, daha sonraları bu görüşünü terk ederek vatandaşlık esasını nazara aldığı görülmektedir¹³⁷. İsviçre eski hukukunda ise İsviçre’de oturanlar için yerleşim yeri hukukunu nazara alırken, ülke sınırları içinde oturan İsviçreli için ise vatandaşlık esasını uygulanmaktaydı. İsviçre çok göç alan bir ülke konumunda olduğu ve benzer durumda olan İngiltere Amerika kıtasındaki bazı ülkeleri yerleşim yeri hukukunu bağlama noktası kabul ederek, kişinin menfaatinden çok politik kaygıların karar aşamasında etkili olduğunu da göstermiştir¹³⁸.

¹³⁵Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 110.

¹³⁶RG: Tarih:17.09.1971: Sayı:13959.

¹³⁷Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 171; Raope, Leo, Alman Devletler Hususi Hukuku, s. 552.

¹³⁸Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 111. (*İlk olarak Fransız Code civil’de tabiiyet prensibi, ikametgahın yerini aldı. Hukuk tarihinde tabiiyetin kanuni bir düzenlemeye tabi tutulmasına ilk olarak Fransa’da ihtilal ve Napolyon devrine rastlar. Fransa’yı takiben, Belçika, İtalya, Romanya, Hollanda, İspanya, Polonya, İsveç gibiekseri Avrupa ülkeleri ve Japonya ve Çin gibi ülkeler vatandaşlık prensibini tercih ettiler. İkametgah prensibi İngiltere’de ve diğer Commonwealth ülkelerinde İrlanda, Amerika Birleşik Devletleri’nde geçerliliğini korumaktadır.*)

2.1.2.1. Vatandaşlık

Genel olarak şahıs hukuku ve aile hukukuna ilişkin meselelerde bağlama noktası olarak kişinin milli olarak bağlı olduğu hukuk tercih edilmiştir. Bu durumun kişinin daha yakın olduğu, hem kültürel değerler hem de alışmış olduğu kurallar ile bağlılığını idame ettirmek olarak bakılabilir. Çünkü kişinin en sıkı ilişki içinde bulunduğu kurallar bütününden başka bir hukuka tabii olması düşünülemez. Temel gerekçe olarak, kişinin doğduğu ve yaşamakta olduğu ülke hukukuna bağlılığından kaynaklanmaktadır. Önemli ölçüde ulusal kültürün, gelenek ve göreneklerin ağır bastığı konular da kişinin kendi vatandaşı olduğu ülke hukukuna tabi olması hakkaniyet açısından da daha uygundur¹³⁹.

Vatandaşlık kavramı, tüm dünya ülkeleri hukuku açısından aynı anlamı ifade ettiği için yeknesaklık vardır. Bu açıdan yerleşim yeri ve mutad mesken gibi farklı ülkelerde farklı anlamlar yüklenen ve bu nedenle bir bütünün sağlanabildiği bir kavram değildir. Ayrıca vatandaşlık her ne kadar değiştirilebilir bir durum olsada genel olarak devamlılık ve istikrar içeren bir konu olduğu için bağlama noktası olarak uygulanması daha uygundur¹⁴⁰.

Bir şahsın hangi devletin vatandaşlığında olduğunu ancak o devletin hukuk nizamına göre cevaplandırılabilir. Çünkü vatandaşlığın kaybı ve kazanılması ancak o ülke hukukunun pozitif normları çerçevesinde yapılabilir. Şahıs statüsüyle ilgili uluslararası çıkan bir uyuşmazlıkta, bağlama noktasının milli hukuk olarak tespit edilmesi halinde öncelikle kişinin tabii olduğu vatandaşlık araştırılacaktır. Ancak bu araştırma yapılırken ilgilinin vatandaşı olduğunu iddia ettiği ülkenin kanununa göre, kişinin o ülke vatandaşı olup olmadığının tespiti yapılacaktır.

Kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde bağlama noktasının tespitinde milli hukukun nazara alınması gerekliliği fikri ilk olarak İtalyan hukukçu Mancini tarafından savunulmuştur. Kanunlaştırılması ve yine ilk olarak uygulamaya konulması Fransız hukukunda olmuştur. Özellikle Kıta Avrupası hukukunda vatandaşlık hukukunun bağlama noktası olarak kullanılması öne çıkmıştır¹⁴¹.

¹³⁹Hacı/Toker, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 141.

¹⁴⁰Sadrüleştari, Hüseyin Ali, Vatandaşlık Hukuku, 2. Bs., İzmir, Selçuklu Yayınevi, 1999, s. 45.

¹⁴¹Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s.172

Günümüzde gelişen ilişkiler ve uyumsuzlukların uluslararası boyuta taşınması, kişilerin kendi vatandaşı olduğu ülke toprakları dışında yaşaması ve artık bulunduğu olduğu ülke hukukuna göre hayatını idame ettiriyor olması, milli hukuk görüşüne önemli eleştiriler getirilmesine neden olmaktadır¹⁴². Gerçektende bir çok insan vatandaşı olduğu ülke dışında yaşamaktadır. Dolayısıyla kişi şahıs statüsü olarak bulunduğu ülkeye kendini uyarlayabiliyor. Değişmeyen tek şeyin değişmek olduğu düşünülünce, kişinin vatandaşı olduğu ülke hukukunu iyi bildiği ve yaşamın sonuna kadar bunu sürdüreceği düşünülemez. Örnek verecek olursak Almanya'ya çalışmak için giden bir Türk işçisinin ve çocuklarının, Türkiye ve Türk hukuku ile yakın ilişki içerisinde oldukları söylenemez. Evlenme yönünden de yabancı ülke vatandaşları arasında yapılan evliliklerin sayısında artış gözlenmektedir. Bu durumda eşler arasında müşterek milli hukuk söz konusu olmadığından, hangi tarafın vatandaşlık hukuku uygulanacağı problem ortaya çıkmaktadır. Ayrıca bu evliliklerden doğan çocuklarda ana ve babanın vatandaşlığını kazanması sonucunda çifte ve çok vatandaşlık sorunu doğmaktadır.

Türk kanunlar ihtilafı kurallarına göre milli hukuk benimsenmişse, yukarıda bahsedilen çoklu vatandaşlık gibi durumlar nazara alındığında milli hukukun uygulanması hakkaniyeti zedelediği için kademeli bir uygulama getirilmiştir. Bu uygulama 5718 sayılı MÖHUK m. 9'da şu şekilde belirtilmiştir;

“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.

¹⁴³Toker, Ali Gümrah/Ruhi, Ahmet Cemal, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınevi, 2019, s. 78. Bu kanun hükmü dışında da kişiler hukukuna dair bazı milletlerarası hüküm düzenlemesine yer veren düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin 6102 s. Türk Ticaret Kanunu poliçe, bono ve çek konulu milletlerarası hukuk düzenlemesi ihtiva eden düzenlemelere yer vermiştir.

5. *Statüsü bulunmayan tüzel kişiler ile tüzel kişiliği bulunmayan kişi veya mal topluluklarının ehliyeti, fiilî idare merkezi hukukuna tâbidi*¹⁴³”.

Madde düzenlemesi çerçevesinde kanunlar ihtilafı kuralları, Türk hukukunda, yabancılik unsuru taşıyan işlem ve ilişkilerde şahsi statü konusunda hangi ülke hukukunun yetkili olduğu belirlenmiştir. Kanun metni gerçek kişiler ve tüzel kişiler ayrımı yapmış olup, konumuz gerçek kişilerin şahsi statüsü olduğundan bu çerçevede gerçek kişilerin hak ve fiil ehliyeti incelenecek, tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyeti inceleme dışı bırakılacaktır.

2.1.2.2.1. Birden Çok Vatandaşlığı Olanlar

Vatandaşlık hukuku alanında kabul edilen “herkesin yalnız bir vatandaşlığı olmalıdır” genel prensibine rağmen, birden fazla vatandaşlığa sahip kişilerin sayısı çoktur ve artan ve gelişen ilişkiler çerçevesinde gün geçtikçe artmaktadır. Artık vatandaşlık kazanılması eskiye oranla daha kolaydır. Birden fazla vatandaşlığa sahip kişilerde hangi hukukun uygulanacağı sorunu doğmaktadır.

Birden fazla vatandaşlığın olduğu durumlarda kanun bunu ikiye ayırarak bir düzenleme yapmaktadır. Birincisi şahıs hem Türk vatandaşı hem de bir veya daha fazla ülke vatandaşlığına sahip ise Türk vatandaşlığı nazara alınır ve bağlama noktası olarak Türk hukuku uygulanır¹⁴⁴. Bu kural genel olarak diğer bütün ülke hukuklarında da geçerlidir. Alman kanunu milletlerarası özel hukuk düzenlemelerinde de milli hukukun yabancı devlet vatandaşlığına tercih edildiği görülmektedir¹⁴⁵.

İkinci olarak şahıs birden fazla vatandaşlığa sahipse ve Türk vatandaşı değilse o zaman hangi kanunun uygulanması gerektiği asıl problemi oluşturur. Tabiiyetin gerçekliği ilkesinden hareketle, kişi vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu ülkelerden hangisi ile daha sıkı ilişki içerisinde

¹⁴³Toker, Ali Gümrah/Ruhi, Ahmet Cemal, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayınevi, 2019, s. 78. Bu kanun hükmü dışında da kişiler hukukuna dair bazı milletlerarası hüküm düzenlemesine yer veren düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin 6102 s. Türk Ticaret Kanunu poliçe, bono ve çek konulu milletlerarası hukuk düzenlemesi ihtiva eden düzenlemelere yer vermiştir.

¹⁴⁴Erten, Rifat, Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s. 81; Tarman, Zeynep Derya, The International Jurisdiction of the Turkish Courts on Personal Status of Turkish Nationals, Yearbook of Private International Law, Volume 14 ,2012/2013, s. 481.

¹⁴⁵Alman Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/englisch_bgbeg.html#p0063 (E.T.23.03.2019).

ise o kanun uygulanacaktır¹⁴⁶. Asıl soru bu sıkı ilişkinin nasıl tespit edileceğidir. Pozitif hukuk kurallarında sıkı ilişkinin ne demek olduğu tanımlanmamış, doktrinde ağır basan görüşe göre durumun şartlarına her vakıanın kendi içerisinde oluşturduğu somut olaydan hareketle belirlenmesi gerektiği kabul görmektedir. Bu sıkı ilişkiyi belirleyen bazı unsurlar sayılabilir¹⁴⁷. Bunlar; ikametgah, önceki vatandaşlığı, mutad meskeni, mesleki faaliyetlerini yürüttüğü yer vb. sıralanabilir.

Türk hukukunda da İsviçre hukukunda da kişinin birden fazla vatandaşlık sahibi olması durumunda en sıkı ilişkili olduğu hukukun uygulanması gerektiği vurgulanmıştır¹⁴⁸. Ancak pozitif düzenlemeler ve doktrin görüşü çatışma halindedir. Tabiiyetin gerçekliği ilkesinin nazara alındığı görüşe göre kişi hangi ülke vatandaşlığı ile daha sıkı irtibat halinde ise ona tabi olması gerektiğidir. Ancak uygulamada hakimin kendi ülke hukukunu uyguladığı yani, birden fazla vatandaşlığa sahip kimse eğer hakim hukukuna tabi vatandaşlığı da taşıyorsa, mahalli vatandaşlık tercih edilir. Bu durumda kişinin daha ilişkili olduğu vatandaşlık hukuku göz ardı edilip hakimin kendi hukukunu uygulaması hakkaniyete aykırı düşmektedir.

2.1.2.2.2. Vatansızlar

Her insan doğumu ile vatandaşlık hukukunda kabul edilen kan esaslı veya toprak esaslı gibi bağlama sebepleri ile bir devlet ile tabiiyet kurar¹⁴⁹. Ancak bu her zaman mümkün olmayabilir. Milletlerarası hukukun genel ilkesi olan herkesin bir vatandaşlığı olması ilkesi 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ile de teyit edilmiştir¹⁵⁰. Her ne kadar milletlerarası alanda kabul gören hiç kimsenin vatansız kalmaması gerektiği ilkesi ile bağdaşmasada vatansızlık hukuki hayatta yerini almıştır.

¹⁴⁶Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 174. Bu karar Nottebohm kararından sonra diğer tüm ülkelerde emsal kabul edilmiş ve bu yönde kanunlar ihtilafı kuralları gelişme göstermiştir.

¹⁴⁷Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s.31. Doktrinde birden fazla devlet vatandaşlığına sahip kişiler hakkında bu kişilerin Türk vatandaşlığının bulunup bulunmamasına bakılmaksızın kişinin en sıkı ilişkili olduğu devlet kanununun uygulanması gerektiği savunulmaktadır.(De lege Feranda)

¹⁴⁸18.12.1987 tarihli İsviçre Federal Kanunu (m. 23).

¹⁴⁹Saduleşrafi, Vatandaşlık Hukuku, s. 34. Vatandaşlığın kazanılması aslı olduğu gibi müktesep yollar ile de kazanılması mümkündür. Müktesep vatandaşlık vatandaşlığın doğmasına neden olan hukuki sebepten sonra hüküm ifade eder.

¹⁵⁰Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 114. “Batı Almanya’da Eylül 1969’da vatansızların sayısı 50 binin üzerinde bulunuyordu. Dölle IPR 63.

Vatansızlar ile ilgili şahsi statü ile ilgili hukuki uyuşmazlıklarda herhangi bir ülke ile vatandaşlık bağı bulunmadığı için bağlama noktasının neye göre tayin edileceği sorusu oluşmaktadır¹⁵¹. Uygulamada en çok karşılaşılan yerleşim yeri hukukunun uyuşmazlığa konu olan problemin çözümünde uygulanır. Bunun yanında yerleşim yeri hukukunu tercih etmeyen kanunlar ihtilafı sistemlerinde mutad mesken hukukunda uygulandığı görülür. Türk kanunlar ihtilafı sisteminde ise kademeli olarak yerleşim yeri hukuku veya sakin olduğu yer (mutad mesken) hukukunun bağlantı noktası olarak kullanılması kabul görmüştür¹⁵².

Yerleşim yeri hukuku veya mutad mesken hukukunun uygulanması görüşü 28.09.1954 tarihli New York'ta imzalanan Vatansız Kişilerin Hukuki Statüsü hakkındaki Birleşmiş Milletler Sözleşmesi¹⁵³'nde de benimsenmiştir¹⁵⁴. Türkiye bu milletlerarası sözleşmeye katılmamış olsa da Türk kanunlar ihtilafı hukuku da bu yönde uygulamaya gitmiştir¹⁵⁵. Vatansız kişilere ilişkin Türkiye'nin de taraf olduğu Vatansızlık Hallerinin Sayısının Azaltılmasına Dair Sözleşme¹⁵⁶ ile sözleşmenin imzalandığı tarihten itibaren sözleşmeye taraf olan devletlerden birinin vatandaşı olan, bir kadının çocuğu, vatansız kalması halinde annenin vatandaşlığını kazanacaktır¹⁵⁷.

Yerleşim yeri hukukunun şahsi statüye ilişkin konularda milli hukuk görüşü yerine pek çok sistemde ikame edilmiş olsada, uluslararası alanda yerleşim yerinin kavramının farklılıklar arzemesi ve yeknesak bir tutum içine gidilememesi mutad mesken hukukunun bağlantı noktası olarak belirlenmesinde önemli rolü olmuştur. Mutad mesken hukukun net bir şekilde tanımını ne pozitif hukukta ne de milletlerarası alanda, ne demek olduğu bilinçli olarak açıklanmamıştır. Her uyuşmazlığın kendi içinde araştırılması ile mutad mesken kavramının uygulanması tarafların menfaatine de daha uygun düşer.

Özellikle vatansızlık konusunda milli hukuk görüşü yerine neyin hangi hukukun bağlama noktası olarak uygulanacağı sorusuna birçok ülkede mutad mesken hukukunun

¹⁵¹Güngör, Gülin, Tabiiyet Hukuku, 5. Bk., Ankara, Yetki Yayınevi, 2017, s. 22.

¹⁵²Çelikel, Aysel, Vatandaşlık Hukuku, 20. Bs., İstanbul, Beta Yayınevi, 2014, s.19; Toker/Ruhi, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, s.44.

¹⁵³Resmi Gazete: Tarih: 24.04.1994, Sayı: 526 A(XVII).

¹⁵⁴28.09.1954 tarihli Vatansızların Hukuki Statüsü. (m. 12).

http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin127.pdf (E.T. 13.03.2019).

¹⁵⁵Toker/Ruhi, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, s.43.

¹⁵⁶Resmi Gazete: Tarih: 15.08.1975, Sayı: 15327.

¹⁵⁷Ruhi, Ahmet Cemal / Toker, Ali Gümrah, Türkiye Cumhuriyetinin Taraf Olduğu Milletlerarası Özel Hukuk ile İlgili Bazı Çok Tarafli Uluslararası Sözleşmeler, 5. Bs., Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s, 1070.

doğrudan doğruya uygulanması yönünde kuvvetli bir eğilim vardır¹⁵⁸. Bizim hukukumuzda ise her olayın kendi içerisinde incelenmesi sonucu hangi hukukun uygulanacağı kademeli olarak belirlenecektir. 5718 sayılı MÖHUK madde 4'te şu şekilde açıklanmıştır;

- 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.*

Kanun maddesinden anlaşılacağı üzere kişi fiilen vatansız durumda ise öncelikle ilgilinin yerleşim yerine, bu yoksa mutad meskenine, bu da mevcut değil ise dava tarihinde kişinin bulunduğu devlet hukukunun bağlama noktası olarak uygulanması kabul edilmiştir.

2.1.2.2.3.Mülteciler

Mülteciler, hukuki bir bağ ile belli bir ülkeye tabiiyet sağlamış olmalarına rağmen, daha siyasi sorunların açmış olduğu sosyal sebeplerden, bazı durumlarda dini, ırki veya ekonomik sebeplerden ötürü vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu ülkeyi terk etmek zorunda bırakılmış veya terk etmiş, başka bir ülkenin himayesi altına girmiş kişiler olarak açıklanabilir¹⁵⁹. Vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu devlet ile kopması ve bu kişilerin diplomatik himayeye muhtaç olması bu kavramı doğurmuştur. Kişinin yerleşmek maksadı ile olmayıp zaruret halinden dolayı ülkesini terk etmesi, şahsi statü olarak bulunduğu ülke hukukunun mu yoksa vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu ülke hukukunun mu bağlama noktası olarak tayin edileceği sorunu doğurur.

Türkiye'nin 1961'de onayladığı, 28. Temmuz 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme¹⁶⁰,nin mülteciler hakkındaki 12. maddesine göre mültecilerin şahsi

¹⁵⁸Nomer, Engin, Vatandaşlık Hukuku, 25. Bs., İstanbul, Filiz Kitapevi, 2018, s. 54 ; Raope, Leo, Alman Devletler, s. 555.

¹⁵⁹Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s.31; Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 177; Çelikel, Yabancılar Hukuku, s.19.

¹⁶⁰Resmi Gazete: 05.09.1961, Sayı: 10898.

statüsü yerleşim yeri hukukuna bağlanmış, yerleşim yerinin bulunmaması halinde ise mutad mesken hukukunun uygulanacağını belirtmiştir¹⁶¹. Ancak Türkiye bu maddeye koyduğu çekince ile yalnızca Avrupa’da gerçekleşen olaylar sebebi ile Türkiye’ye gelen kişilerin mülteci kabul edileceğini belirtmiştir. Türkiye, Avrupa dışından gelen sığınmacılara mülteci statüsü vermemektedir. Ancak 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu madde 61 ve devamında farklı koruma statüleri öngörmüştür. Bunlar mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü sahibi kişiler olarak sıralanabilir.

Vatansızlar ve mülteciler, Türk kanunlar ihtilafı sisteminde aynı bağlama noktalarına tabi tutulmuştur. Kademeli olarak öncelikle yerleşim yeri hukukunu bulunmaması halinde mutad mesken hukukunu o da bulunmuyorsa dava tarihinde vatansız veya mültecinin bulunduğu ülke hukukunun uygulanacağını belirtmiştir.

2 1.2.2. Yerleşim Yeri

Kişinin sosyal hayatını sürdürdüğü, kültürel olarak yaşadığı yer ile sıkı irtibatla olduğu düşünüldüğünde şahsi statüsüne yerleşim yerinin uygulanması çok tabii ve haklı görünmektedir. Milli hukukta açıkladığımız gibi yerleşim yeri hukukunda da kişinin menfaatleri düşünüldüğünde, şahsi statü açısından kendisine vatandaşı olduğu ülke hukukundan daha yakın olduğu durumlar söz konusudur. Bu sebeptendir ki yabancı unsurlu özel hukuk meselelerinde çözüm olarak yerleşim yeri hukukunun uygulanması milletlerarası özel hukuk adaletini gerçekleştirmeye elverişlidir¹⁶².

Türk Medeni Kanunu’nda madde 19’da, yerleşim yeri, kişinin sürekli kalmak niyeti ile oturduğu yer olarak tanımlanmış, ayrıca kişinin bir tek yerleşim yeri olabileceği ilkesi benimsenmiştir. Kişi yerleşim yerini değiştirebilecektir ancak birdan fazla yerleşim yeri edinmesi mümkün değildir. Kişi yeni bir yerleşim yeri edinmediği müddetçe eski yerleşim yeri geçerliliğini sürdürecektir. Henüz yerleşim yeri bulunmayan kişiler için fiilen oturdukları yer onların yerleşim yeri sayılacaktır.

¹⁶¹Toker/Ruhi, Türkiye Cumhuriyetinin Taraf Olduğu Milletlerarası Özel Hukuk ile İlgili Bazı Çok Taraflı Uluslararası Sözleşmeler, s. 666.

¹⁶²Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s.33.

Velayet altında bulunan çocukların yerleşim yerini belirtmek için özel düzenlemeye yer verilmiştir. Türk Medeni Kanunu madde 21’de “yasal ikametgah” kavramı düzenlenmiştir. Buna göre velayet altında bulunan çocuğun yerleşim yeri ana ve babanın ortak yerleşim yeri, yoksa çocuğun bırakıldığı ana veya babanın yerleşim yeridir. Bunlarda mevcut değilse, çocuğun oturduğu yer onun yerleşim yeridir.

Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinde kanunlar ihtilafı kuralları şahsi statüyü belirlerken bağlama noktası olarak yerleşim yeri hukukunu kabul etmektedir¹⁶³. Bu ülkeler çok farklı kültürleri bir arada bulunduran çok göç alan ülkeler oldukları için her ne kadar politik bir seçim olarak görülsede toplumun hukuk düzenine entegrasyonu için gerekli ve adaleti sağlayan bir seçimdir. Amerikan hukukunda Türk hukukundan farklı olarak, kişinin birden fazla yerleşim yeri “residence” edinmesi mümkündür¹⁶⁴. Amerikan hukukunda yerleşim yerinin varlığı için bu yerde oturması ve oturma niyetinin varlığı yeterli görünmüştür.

İngiliz hukukunda ise yerleşim yeri kavramı ikiye ayrılmış şekilde görünmektedir. Birincisi “domicile of origin” doğumla kazanılan yerleşim yerini ifade ederken ikincisi, “domicile of choice” kişinin kendi seçtiği yerleşim yerini ifade eder. Doğumla kazanılan yerleşim yeri, kişinin doğum anındaki ana ve babasının yerleşim yeridir. Yerleşim yerinin değiştirmedeği sürece doğumla kazanılan yerleşim yeri geçerliliğini korur. Türk hukukunda olduğu gibi İngiliz hukukunda da yalnız bir yerleşim yeri bulunacağı ilkesi geçerlidir. Bu durum İngiliz hukukunda adeta kişinin devlete olan aidiyeti anlamına geldiği için daha da önemlidir. Bu nedenle seçimle elde edilen yerleşim yeri edinilmediği sürece, doğumla kazanılan yerleşim yeri geçerliliğini korur. Yerleşim yerinin seçimle değiştirmesi için fiilen oturma ve daimi olarak yerleşim yerinin değiştiğinin kesin olarak anlaşılması gerekir. Eğer bu konuda şüphe varsa doğumla kazanılan yerleşim yerinin geçerliliği devam edecektir. İngiliz mahkemeleri bu konuda çok titiz davranmakta ve kişi yer değişiminde bulunsa bile tereddüt mevcutsa doğumla kazanılan yerleşim yerinin tekrar geçerli olduğu kabul edilir. Bu açıdan İngiliz hukukundaki doğumla kazanılan yerleşim yeri kavramı Kıta Avrupası hukuklarında kullanılan yerleşim yeri kavramından çok vatandaşlık kavramına daha yakındır¹⁶⁵.

¹⁶³Can/Toker, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 144.

¹⁶⁴Can/Toker, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 144.

¹⁶⁵Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 116.

Kanunlar ihtilafı kurallarında bağlama noktasının tayininde yerleşim yerinin kullanılması milli hukukun kullanılmasına nazaran daha çok zorluklar doğurmaktadır.¹⁶⁶ Çünkü yerleşim yeri kavramı öncesinde de belirtildiği ülkeden ülkeye büyük farklılıklar gösterir. Yerleşim yeri kavramının hukuktan hukuka gösterdiği bu farklılık, bu kavramın hangi hukuk düzenine göre vasıflandırılacağı problemini doğurur. Aynı zaman da değiştirilmesinin kolaylığı sebebi ile bağlama noktasının kişinin iradesine göre tayin edebilmesi kanuna karşı hile yolunu açmaktadır¹⁶⁷. Yerleşme iradesinin sübjektifliği, kişinin gerçekten başka bir yerde yaşamak istediği için mi, yoksa bağlama noktasını değiştirmek niyeti ile mi değişikliğe gittiğinin tespiti oldukça güçtür.

Kanunlar ihtilafı düzenlemeleri incelendiğinde, özellikle son zamanlarda yapılan hukuki yapılanmalarda yerleşim yeri hukukunun bağlantı noktası olarak tayin edilmesinden kaçınıldığı gözlenmiştir¹⁶⁸. Onun yerine mutad mesken hukukunun doğrudan bağlama noktası olarak kabul edildiği gözlenmektedir. Ancak Türk hukukunda vatansızlar ve mülteciler açısından hala ilk olarak bağlama noktası yerleşim yeri hukuku olarak kabul edilmiştir.

2.1.2.3. Mutat Mesken

2.1.2.3.1. Mutat Mesken Kavramının Oluşumu

Mutat mesken kavramı son zamanlarda özellikle şahsi statünün bağlama noktasının belirlenmesinde önemli rolü vardır. Milletlerarası özel hukuka ilişkin sözleşmelerde de ayrıca milletlerarası yetkinin tayininde yaygın olarak kullanılan bağlama noktası haline gelmiştir. İlk olarak kullanılması 19. yüzyılda Alman hukukunda yer aldığı, günümüzde de bağlama noktasının tayininde Alman hukuk sisteminin mutad mesken bağlama noktasını, yerleşim yerine tercih ettiği görülmektedir ve şahsi statünün tayininde mutad mesken hukukunu uygulamaktadır¹⁶⁹.

¹⁶⁶Çelikel/Aysel, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 75.

¹⁶⁷Can/Toker, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 144.

¹⁶⁸Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 177.

¹⁶⁹Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 177; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s.33; Raope, Leo, s. 555. 1938 tarihli Alman Devletler Hususi Kanunu değişikliği ile ikametgah tabiri yerine mutad mutaden bulunduğu yerden bahisle mutad mesken tabiri kullanılmıştır.

Milletlerarası özel hukukta ilk olarak mutad mesken kavramının görülmesi La Hayesözleşmesi yoluyla olmuştur. Daha sonrasında ülkeler bu bağlama noktasını benimsemiş ve kendi kanunlar ihtilafı sistemlerine uyarlama yoluna gitmişlerdir. Mutad mesken hukukunun milletlerarası özel hukuk alanında bu kadar çabuk yaygınlaşması ve benimsenmesinde etkili olan durum, pratikte halihazır olan milli hukuk bağlama noktası ile yerleşim yeri bağlama noktalarının yer yer yetersiz kalması ve uygulanmasında bir takım problemleri beraberinde getirmesi etkili olmuştur¹⁷⁰.

Öncelikle Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde bağlama noktası olarak benimsenen milli hukuk görüşü ile, Anglo Amerikan hukuklarında benimsenen yerleşim yeri hukukunun bağlama noktasını benimsemesi, bu iki tarafa mensup kişilerin aralarında kurmuş oldukları sözleşmelere uygulanacak hukukun tayinini zorlaştırmasıydı. La Hays sözleşmelerinde de Kıta Avrupası hukuku gibi milli hukuk bağlama noktası olarak kullanılıyordu ve bu problem uluslararası sözleşmelerde aynı şekilde karışıklığa ve tek bir düzenin oluşmasında bir engel teşkil etmekteydi. Bu sebeple sözleşmelerin daha fazla devlet tarafından kabulünü dolayısıyla geçerliliğini sağlayacak bir ortak bağlama noktası, mutad mesken hukukunun oluşması ve diğer ülkeler arasında yaygınlaşmasını öncü olmuştur. Dolayısıyla uluslararası alanda kurulan birçok hukuki ilişkinin, mutad meskenin bulunduğu ülke hukukunu bağlama noktası olarak kullanılmasına sebep olmuştur¹⁷¹.

Yerleşim yeri bağlama noktasının kullanılmasının neden olduğu problemler, mutad mesken kavramının doğuşunun ve günümüzde yaygın bir şekilde kullanılmasının en önemli nedenlerindedir. Yerleşim yerinin kavramsal olarak açtığı sorunlar uluslararası bir boyuta taşınmış, farklı kavramlar ihtiva etmesi uluslararası alanda vasıflandırma problemini beraberinde getirmiştir. Tek bir hukuk düzeni içerisinde bile yerleşim yeri kavramında ki farklı anlamların oluşması, bazı hallerde kişinin görünürdeki yerleşim yerinin çoğu zaman gerçek ve fiili durumunu göstermemesi, hatta kavramsal olarak milli hukuk ile olan yaklaşması başka açılardan problem oluşturmaktaydı. Mutad mesken kavramı ise uygulamada kişinin fiili olarak bulunduğu yeri yansıttığı için, kişinin gerçekte bulunduğu bir diğer ifade ile “sosyal yerleşim

¹⁷⁰170Can/Toker, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 145.

¹⁷¹171Raope, Leo, Alman Devletler Hususi Hukuku, s. 555. 1938 tarihli Alman Devletler Hususi Kanunu değişikliği ile ikametgah tabiri yerine mutad, mutaden bulunduğu yerden bahisle mutad mesken tabiri kullanılmıştır.

yeri” olarak ifade edilir¹⁷². Dolayısıyla kişinin gerçek ve fiili durumu yansıtacak ve hakkaniyetin sağlanmasında daha etkin bir bağlama noktası olacaktır.

Vatansızlar ve mülteciler açısından şahsi statülerine milli hukukun uygulanması çoğu zaman bağlama noktası olarak beklenen adaleti sağlamamaktadır. Vatansız kişiler açısından bir devlete olan bağlantının kurulamıyor olması milli hukukun tespitini imkansız kılıyorken, mülteciler açısından ise çeşitli sebeplerden ötürü vatandaşlık bağlarının kopmuş olması yada tespitinde oluşan hukuki zorluklardan dolayı milli hukukun bağlama noktası olarak kullanılması pratikte birçok soruna yol açmaktadır. Bu nedenle bağlama noktası olarak milli hukukun uygulanmasın oluşan bu problemler, milletlerarası hukuk alanında mutad mesken hukukunun daha çok tercih edilmesine sebep olmuştur¹⁷³.

Türk hukukunda mutad mesken kavramının kullanılması, milletlerarası sözleşmelerden çok sonra olmuştur. İlk olarak iç hukukumuzda 6100 sayılı yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu 9. maddesi ile Türk medeni usul hukukunda kullanılmıştır¹⁷⁴. Bu Türkiye’de yerleşim yeri olmayanlar hakkında açılan davalarda, davalının mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesi genel olarak yetkili kabul edilmesi ile olmuştur.

2.1.2.3.2. Mutad Mesken Kavramı ve Bağlama Noktası Olarak Tespiti

Mutat mesken kavramı milletlerarası hukuk sisteminde kabul edilmiş bir tanımı yoktur. Yerleşim yeri ve vatandaşlık kavramının tanımlarının yapılmasına rağmen mutad mesken kavramı ile ilgili bir tanımlama yapılmamıştır. İlk olarak 1956 tarihli Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Kanuna Dair La Haye Sözleşmesiyle¹⁷⁵ hukumuza giren mutad mesken kavramının normatif bir tanımı Türk mevzuatında da yapılmamıştır¹⁷⁶. Ne

¹⁷²Can/Toker, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 146.

¹⁷³Çelikel, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 76; Can/Toker, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 145.

¹⁷⁴*Türkiye’de yerleşim yerinin bulunmaması hâlinde yetki Madde 9- (1) Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında genel yetkili mahkeme, davalının Türkiye’deki mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesidir. Ancak, diğer özel yetki hâlleri saklı kalmak üzere, malvarlığı haklarına ilişkin dava, uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurunun bulunduğu yerde de açılabilir.*

¹⁷⁵Resmi Gazete: Tarih: 24.12.1971, Sayı: 14052.

¹⁷⁶Toker/Ruhi, Türkiye Cumhuriyetinin Taraf Olduğu Milletlerarası Özel Hukuk ile İlgili Bazı Çok Taraflı Uluslararası Sözleşmeler, s. 187. Ancak bu sözleşme ile her ne kadar bağlama noktası mutad mesken hukuku olduğu karara bağlansada çocuğun menfaati gibi belirli haller durumunda akit devletlerin kendi hukukunu uygulamasına müsaade etmiştir.

http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktarafilisoz/lahey/turkce_lah8.pdf (E.T. 13.03.2019).

milletlerarası hukukta ne de hukukumuzda mutad mesken kavramının kabul edilmiş bir tanımı mevcut değildir. Öyle ki yabancı doktrinde ve mahkeme uygulamalarında mutad meskenin hukuki bir kavram olmadığı düşünülmektedir.

Yerleşim yeri hukukunun tanımlanmasındaki vasıflandırma problemlerinin yol açtığı sorunlar, kanunkoyucuların ve uluslararası platformda kabul edilen sözleşmenin taraflarının mutad meskenin tanımı konusunda bilinçli olarak boşluk oluşturdukları görülmektedir¹⁷⁷. Böylece yerleşim yerinin tayininden doğan problemlerin asgari düzeye düşürülmesi hedeflenmektedir.

Milletlerarası özel hukuk alanında mutad mesken kavramının bağlama noktası olarak kullanılmasında en çok çocuk hukuku alanı önem taşımaktadır. 1998 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırılmalarının Hukuki Veçhelerine Dair La Haye Sözleşmesi¹⁷⁸ ile mutad mesken bağlama noktasının uygulanması söz konusu olmuştur. Öncelikle çocuğun mutad meskeninin sözleşmeye taraf olan devletlerden birinde bulunuyor olması şarttır¹⁷⁹. Çocuğun ana ve babasının vatandaşlığının ne olduğunun bir önemi yoktur, önemli olan sözleşmeye taraf ülkeler arasında olmasıdır. Sözleşmenin asıl amacı kaçırılan çocukların en kısa zamanda kaçırılmadan önceki yerlerine dönmelerini sağlamaktır. Bu yönü ile çocuğun mutad meskeninin kararlaştırılmasında kullanılan yöntem önem arz etmektedir. Çünkü mutad mesken bir kavram olmaktan çok vakıa ihtiva etmesi nedeni ile çocuğun mutad meskeninin neye göre belirleneceği ve hangi hukukun bağlama noktası olarak kullanılacağına kararlaştırılması doktrinde tartışma konusu olmuştur.

Doktrinde genel kabul edilen görüşe göre, ana ve babanın bulunduğu yerden ziyade çocuğun yaşam merkezinin mutad mesken olarak tayin edilmesi gerektiği savunulmuştur. Çocuğun menfaatleri göz önüne alınarak çocuğun yaşam alanı, ağırlıklı olarak sosyal faaliyetlerini sürdürdüğü yer ve kültürel olarak bağlı olduğu sosyal çevrenin mutad meskeni olarak nazara alınması gerektiği yönündedir¹⁸⁰. Öncelikle çocuğun kaçırılmadan veya

¹⁷⁷Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 117; Can/Toker, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 146.

¹⁷⁸Resmi Gazete: Tarih: 15.02.2000, Sayı: 23965.

¹⁷⁹Toker/Ruhi, Bazı Çok Taraflı Uluslararası Sözleşmeler, s. 889.

¹⁸⁰Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s.38; Çelikel/Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 277; Can/Toker, Ali Gümrah, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 147.

alikonulmadan önce fiilen oturduğu yer ve hayat ilişkilerini sürdürdüğü yer mutad meskeni sayılır¹⁸¹.

Tüketicinin korunmasını amaçlayan uluslararası sistemde de Türk hukukunda olduğu birçok hukuk sisteminde tüketici akitlerine bağlama noktası olarak mutad mesken hukukunun uygulanması kararlaştırılmıştır¹⁸².

2.1.2.3.3. Mutad Mesken Kavramının Tespitinde Problemler

Kullanımındaki yaygınlaşmaya rağmen mutad meskenin tanımının olmaması bağlama noktası olarak mutad meskenin tayininde nasıl tespit edileceği sorusunu oluşturur. Doktrinde genel olarak kabul edilen görüşe göre, mutad meskenin gerçek ve fiili durumu yansıtan bir durum, bir vakiadan ibaret olduğudur. Kişinin yaşam faaliyetlerini sürdürdüğü sosyal ve kültürel olarak hayat ilişkilerinin bulunduğu yer olarak tanımlanabilir¹⁸³. Ancak uygulamada fiilen oturma mutad meskenin tayininde yeterli değildir. Kişinin o yerde ne kadar süre ile oturduğu veya oturmak niyetinde olduğunun araştırılması gerekir. İlk şart fiili bir oturma mevcut olacak ayrıca o yerin kişinin hayatının merkezi haline gelmesinde iradesi ve devamlılığının belli olması gereklidir. Yani kişinin hem oturma niyeti hemde bunun devamlılığı sabit olmalıdır. Kişinin bu yerde belli bir süre oturması şartı aranmaz. Sadece her vakıanın kendi içerisinde incelenmesi sonucu oturmanın devamlılık arz ettiğinin, kişinin niyeti ile desteklenen oturma ve sosyal bütünleşme ile tespiti yeterlidir. Örneğin, günümüzde çok yaygın olan uluslararası öğrenci değişimi ile de kişinin başka bir yerde eğitim görmesi söz konusu olmaktadır. Yeterli süre zarfı içerisinde eğitimine devam etmesi halinde kişinin eğitim aldığı süre boyunca mutad meskeninin eğitim aldığı yer olması akla yatkın gelse doktrinde öğrencinin geldiği yerin mutad meskeni olduğu kabul edilmiştir. Almanya'ya eğitim görmek amacıyla giden bir Türk öğrencinin, Türkiye'ye dönmek arzusunda olduğu düşünüldüğünden mutad meskeni, eğitim süresince Türkiye olarak devam edecektir.

Bazı durumlarda kişi oturma niyeti olmaksızın uzun bir süre bir yerde yaşaması söz konusu olur. Örneğin kişinin ceza infaz kurumunda kalması veya son zamanlarda televizyon programlarında oldukça gündem de olan kaçırılma hallerinde olduğu gibi kendi isteği dışında

¹⁸¹Özdemir, Hayrunnisa/Ruhi, Ahmet Cemal, Çocuk Hukuku (Ders Kitabı), s. 44.

¹⁸²Güngör, Gülin, Tüketicinin Mutad Meskeni Hukuku, Ankara Hukuku Fakültesi Dergisi, Cilt: 57, Sayı: 2, 2008, s. 121 vd.

¹⁸³Can/Toker, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 149.

yaşam alanı edinmiş olabilir. Yeterli bir süre zarfı içerisinde kişi bir yerde iradesi dışında bulunuyorsa ve mutad mesken olması için gereken entegrasyon sağlanmışsa mutad mesken olarak kabul edilebilecek midir? Doktrinde hakim olan görüşe göre irade dışı kalınan yer mutad mesken sayılmaz¹⁸⁴. Bulunduğu yerden önce sabit olan mutad meskeni geçerliliğini korur. Ancak pek tabii kişi irade dışında kalsada sosyal ve kültürel olarak bulunduğu bölge ile uyum sağladığı için mutad meskeni artık bulunduğu bölge olmalıdır. Örneğin, Suudi Arabistan'a dini görevini yerine getirmek için giden bir kadının kaçırılması sonucunda orada bir aile kurmuş ve bulunduğu yer hayat ilişkilerinin merkezi haline gelmiştir. Bu durumda başta irade dışı ile kaldığı yerde kişinin aile kurması ile artık maddi ve manevi bağ kurarak oraya yerleşmesi durumunda mutad meskeninin Türkiye olacağını tespiti ve bağlama noktasının Türkiye olarak belirlenmesi kanımızca hakkaniyete uygun düşmeyecektir¹⁸⁵.

Diğer yönden, mutad mesken kavramının hangi hukuk nizamına göre kararlaştırılması gerektiği sorusuna, 13 Aralık 1955 tarihli Avrupa İkamet Sözleşmesine ek Protokol m. 30¹⁸⁶, ilgilinin milli hukukuna göre tayin edilmesini kararlaştırmıştır. 10 Kasım 1988 tarihli Yaşam Belgesi Verilmesine Dair Sözleşme ile kişiye ikamet ettiği ülke tarafından bir yaşam belgesi verilmesi ve bu yaşam belgesi aksi ispat oluncaya kadar kişinin mutad meskeninin, yaşam belgesini veren ülke hukukunda bulunduğu kabul edilir¹⁸⁷.

2.2. Şahsi Statü Konusunda Kanunlar İhtilafı Kurallarının Oluşturduğu Özel Durumlar

2.2.1. Atıf Teorisi (*Renvoi*)

Kanunlar ihtilafı kuralları her ülkenin kendi pozitif hukuk kuralları çerçevesinde oluşturduğu, yabancılık unsuru içeren olay ve ilişkilerde yetkili hukuku tespit etmesi ile oluşur. Kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili kılınan hukuk sisteminin iç maddi hukuk kuralları nazara alınarak uygulanırsa atıf problem olmayacaktır. Ancak hakimin hukuku yetkili kıldığı hukukun kanunlar ihtilafı kuralını uygulamaya tabii tutacak olursa, yetkili hukukun kanunlar ihtilafı kuralları ise başka ülke hukukunu (devam eden atıf) veya geri atıf yaparak hakimin

¹⁸⁴Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 118; Can/Toker, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 147.

¹⁸⁵Nomer'e göre kişinin irade dışında bir yerde kalması o yerin kişinin mutad meskeni olmasına engel teşkil eder.

¹⁸⁶Resmi Gazete: Tarih: 17.09.1989, Sayı: 20285.

¹⁸⁷Ruhi/Toker, Bazı Çok Taraflı Uluslararası Sözleşmeler, s. 59.

hukukunu (iade atıf) yetkili kılarırsa bu durumda hangi ülke hukukunun yetkili olacağı sorusu ortaya çıkmaktadır¹⁸⁸. Yani hakim maddi hukuku ve kanunlar ihtilafı kurallarını bir bütün olarak değerlendirmeye alırsa atıf kabul edilmiş olacaktır. Sadece yetkili kılınan ülke hukukunun maddi hukuk kuralları uygulanacak olursa atıf reddedilmiş demektir. Pozitif hukukta gördüğümüz hakimin iç hukuktaki kanun boşluğunu doldurmak için kullandığı usulün milletlerarası özel hukuk kanunlar ihtilafı kurallarına yansımış şekli olarak düşünülebilir¹⁸⁹. Yabancılık unsuru içeren hukuki uyumsuzluğa uygulanması gereken tarafların menfaati ve hakkaniyetin sağlanması için gerekli hukuk nizamını araştırarak ve uygulamaya koyacaktır¹⁹⁰.

Atıf teorisi uzun süredir, uluslararası özel hukuk doktrininde tartışılmış bir konudur. Tarih içerisinde atıfı kabul edenler ve reddedenler şeklinde ayırım içerisinde gidilmesine neden olmuştur. Atıf kabul edenlerde kendi içerisinde derecelere ayrılmıştır. Genel olarak günümüzde ülkeler kısmen veya bütün olarak atıfı kabul ettiği söylenebilir¹⁹¹. Milletlerarası özel hukuk kuralı her şeyden önce hakimin kendi hukukunu uygularken nasıl hakkaniyet niteliğine önem veriyorsa, yabancılık unsuru içeren konularda da hakkaniyete en uygun olacak şekilde yorum yapılmalıdır. Bu hakkaniyet söz konusu uyumsuzlukta, en sıkı ilişkili hukukun bulunmaya çalışılması yani ait olduğu hukuk kurallarına tabiiyeti ile sağlanabilecektir¹⁹². Bu yüzden atıf iç hukuk kurallarında olduğu gibi hukukun ve düzenin sağlanmasının tatbiki için önem arz eder.

2.2.1.1. Atıf Teorisinin Gelişimi ve Uygulamadaki Rolü

Milletlerarası özel hukukta ilk defa atıf teorisinin dile getirilmesi 28 Haziran 1878 tarihli Fransız Yargıtay kararı ile olmuştur. Bu karar “Forgo” olarak bilinen adını, evlilik dışı dünyaya gelen vatandaşlığı annesine bağlı olarak Bavyera olan ancak fiili yerleşim yeri Fransa’da bulunan ve burada mirasçısı olmadan vefat eden bir kişiden almıştır. Uyumsuzluk Fransız hükümeti hazinesinin ve anasının civar hısımlarının murislik iddia etmesi ile ortaya çıkmıştır. Fransız hukukuna göre miras bırakanın hukuki yerleşim yeri yetkili olduğu için

¹⁸⁸Can/Toker, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 177.

¹⁸⁹Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 83.

¹⁹⁰Can/Toker, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 182.

¹⁹¹Alman Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 4.

(http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/englisch_bgbeg.html#p00639) (E.T. 13.06.2019).

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 14.

([https://www.hse.ru/data/2012/06/08/1252692468/SwissPIL%20%D0%B2%20%D1%80%D0%B5%D0%B4.%202007%20\(%D0%B0%D0%BD%D0%B3%D0%BB.\).pdf](https://www.hse.ru/data/2012/06/08/1252692468/SwissPIL%20%D0%B2%20%D1%80%D0%B5%D0%B4.%202007%20(%D0%B0%D0%BD%D0%B3%D0%BB.).pdf)) (E.T. 13.06.2019).

Avusturya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 11.

¹⁹²Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 84; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s.51; Çelikel/Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 118.

Bavyera hukuku uygulanacaktı. Ancak Bavyera hukukuna göre taşınır terekenin intikalinde miras bırakanın fiili yerleşim yeri yetkili kılınmış, böylece Fransa hukukuna geri atıf yapılmıştı. Fransa hukuku bu atıfı kabul edip Fransa hukukunu uygulayarak terekenin hazineye kaldığına karar verilmiştir. Sonraki yıllarda da Fransa bu yönde kararını değiştirmemiş ve hukuki çevrelerden gelen eleştirilere rağmen devam ettirmiştir.

İngiliz hukukunda ise atıf teorisi Fransız hukukundakinden daha eski bir geçmişe sahiptir. Ancak uygulama şeklideki farklılıktan dolayı hem de genel bir benimseme oluşmadığı için öne çıkmamıştır. İngiltere’de ilk uygulamalar 1830’lu yıllarda görülmeye başlanmış ve atıf teorisinin özel bir şekli olup Foreign Country Theory olarak adlandırılmaktadır¹⁹³. Bu teoriye göre, hakim kendini sanki o ülkenin hakimiymiş gibi, kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili kıldığı ülkenin hukukunu uygular. Bununla beraber atıf İngiliz hukukunda konu bakımından sınırlamalara tabi tutulmuştur. Şahıs hukuku, aile hukuku, vasiyetnamenin geçerlilik şartları ve kanuni mirasla ilgili kararlarda atıf kabul edilmiş ancak bu konularda dahi hakim söz konusu olaya atıf uygulamak zorunluluğu yoktur. Hakim kendini yetkili gördüğü hukuka göre isterse o hukukun kanunlar ihtilafının yetkili gördüğü başka bir hukuka yaptığı atıfı reddedip maddi hukuku uygulayacaktır.

Anglo-Amerikan hukukunda ise şahıs ve aile hukuku konularında milletlerarası yetkisinin var olduğunu öne sürüp kendi maddi hukukuna atıf yaparak uygulamaya koymaktadır¹⁹⁴. Yani aslında kendi hukukunu uygulamak için atıf yaptığı görülmektedir. Zaten genel olarak Amerikan hukukunda atıf teorisi kabul görmemiştir. İki konuda istisna getirilerek genel görüşü atıf teorisinin kanunlar ihtilafı kuralları içerisinde yeri olmadığıdır. Taşınmaz malların üzerinde bulunan aynı haklara ve boşanmanın geçerlilik şartlarına ilişkin konularda atıf uygulama konusu olmuştur.

İsviçre milletlerarası özel hukuk kanunu ile atıfı hem iade atıf hem de üçüncü ülkelere olan atıf olmak üzere kabul etmiştir. Şahıs hukuku ve aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda

¹⁹³Balkar-Bozkurt, Süheyla, Uluslararası Özel Hukukta Bitmeyen Tartışma: Atıf (Renvoi) Teorisi, Uygulanması ve Değerlendirilmesi, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014, Cilt: 11, Sayı: 2, s. 802.

¹⁹⁴Çelikel/Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 114.

atfı dikkate alır¹⁹⁵. Türk kanunlar ihtilafı kurallarında İsviçre milletlerarası özel hukuk kanununun atıfa ilişkin hükümlerinden esinlenerek oluşturulduğu söylenebilir¹⁹⁶.

Alman milletlerarası özel hukuk kurallarının genel düzenlemesine göre kanunlar ihtilafı kurallarına göre atıf yapılması halinde, yabancı hukukun maddi hükümleri değil atfın dikkate alınacağı yönündedir¹⁹⁷.

2.2.1.2. Türk Hukukunda Atıf

Türk hukukunda atıf genel olarak kabul görmüştür. 2675 sayılı mülga MÖHUK madde 2’de yeni kanun ile aynen kabul edilmiştir. Yabancı hukukun uygulanması adı altında geçen 2. maddede,

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

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

Uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması, sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilâflarda dikkate alınır ve bu hukukun maddî hukuk hükümleri uygulanır.

Uygulanacak hukuku seçme imkânı verilen hâllerde, taraflarca aksi açıkça kararlaştırılmadıkça seçilen hukukun maddî hukuk hükümleri uygulanır.

şeklinde düzenlenmiştir.

Doktrinde getirilen eleştirileri dikkate alan kanunkoyucu eski kanuna ek olarak 5718 sayılı MÖHUK madde 2’de ile şahıs ve aile hukuku konularında sınırlama getirmiştir. Aile ve şahıs hukukuna giren bütün meselelerde atıf uygulanmalıdır. Bu konular da özellikle kişinin en

¹⁹⁵İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 14

([https://www.hse.ru/data/2012/06/08/1252692468/SwissPIL%20%D0%B2%20%D1%80%D0%B5%D0%B4.%202007%20\(%D0%B0%D0%BD%D0%B3%D0%BB.\).pdf](https://www.hse.ru/data/2012/06/08/1252692468/SwissPIL%20%D0%B2%20%D1%80%D0%B5%D0%B4.%202007%20(%D0%B0%D0%BD%D0%B3%D0%BB.).pdf) (E.T. 13.06.2019).

¹⁹⁶Can/Toker, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 190.

¹⁹⁷Alman Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 4

(http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/englisch_bgbeg.html#p00639) (E.T. 13.06.2019).

yakın olduğu hukuk araştırılır ve söz konusu ihtilafa uygulanır.¹⁹⁸ Kanunlar ihtilafı kuralına göre yetkili görülen hukuk hakimnin kendi hukukuna atıf yapıyorsa veya üçüncü bir devletin hukuku yetkili görülüyorsa, o hukukların maddi hükümleri uygulanacaktır. Kanunda yer alan bu hüküm emredici nitelik taşımaktadır, bu nedenle hakim bunu resen araştırarak ve söz konusu uyuşmazlığa tatbik edecektir. Ancak bu hüküm sadece aile ve şahıs hukuku ile ilgili konular için geçerlidir. Hakim bu konularda önüne gelen yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayacak iade atıf yapıyorsa Türkiye'nin maddi hükümleri uygulanacaktır. Eğer üçüncü bir devletin maddi hukukuna atıf yapıyorsa bu durumda atıf ikinci derecede kırılmış olacak ve üçüncü devletin maddi hukuk kurallarını uyuşmazlığın çözümüne uygulayacaktır. Böylece atfın devam etmesi engellenmiş ikinci derecede atfın duracağı kanun ile hükme bağlanmıştır¹⁹⁹.

5718 sayılı MÖHUK kurallarında olduğu gibi Türk Ticaret Kanunu madde 766/1'de, kanunlar ihtilafı kurallarına yer verilmiştir. Türk kanunlar ihtilafı kurallarının poliçeye uzantısı gibi düşünülebilir. Gerçek kişilerin ehliyet konusunda bağlama noktası kişinin milli hukukuna tabii olduğu gibi, poliçe ile borçlanma durumunda kişinin tabii bulunduğu devletin hukukuna göre bağlama noktası belirleneceğini kanun hükme bağlamıştır. Bono ve çek konusunda da borçlanma ehliyeti ilgilinin milli hukukuna tabidir (TTK m.778,818).

Aynı madde içerisinde atfın kabul edildiği, “*diğer bir ülkenin hukukuna göndermede bulunuyorsa, o hukuk uygulanır*”²⁰⁰, lafzı ile anlaşılmaktadır. Bu durumda kişinin milli hukuku başka bir ülkenin hukukunu yetkili görüyordur. Bu hukuk hakimnin hukuku olabileceği gibi başka bir devlette olabilir. İade atıf ve devam eden atıf, bono çek ve poliçe konusunda kabul edilmiş olup, atıf yapılan ülke hukukunun maddi hukuk hükümlerinin uygulanması ile çözüme kavuşturulmuş olacaktır²⁰¹.

¹⁹⁸Çelikel/ Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 125; Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 84; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s.53; Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 196.

¹⁹⁹Can/Toker, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 187.

²⁰⁰<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6102.pdf>(E.T.24.4.2019).

²⁰¹Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s.55; Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 198.

2.2.2. Kanuna Karşı Hile

Her hukuk sistemi kendi kanunlar ihtilafı sistemi içerisinde belirli olay ve ilişkiler için bağlama noktaları belirler. Örneğin ehliyetin kişinin milli hukukuna tabi olduğu gibi. Bazen tarafların menfaatine aykırı gelen durumlardan ötürü bağlama noktalarında değişikliğe giderek, normalde tabi olmaları gereken hukuku değiştirebilmeleri mümkündür. Böylece tabi oldukları hukukun doğurduğu menfaatlerine ters düşen konularda değişiklik yapıp, istedikleri başka bir hukukun iç hukukuna tabi olabileceklerdir. Taraflar bağlama noktasında yapacakları değişiklik ile başka bir hukukun tabiiyet aleyhine görünüşte hukuka uygun olarak geçebileceklerdir. Bu hile ile amaçladıkları istemedikleri iç hukuk kuralından kaçmak ve arzu ettikleri hukuka tabiiyetlerini sağlamaktır.

Bir kimse tabi olması gereken kanunlar ihtilafının gösterdiği iç hukukun uygulanmasını önlemek için hukukun kötüye kullanılması ile başvurduğu bu yola kanuna karşı hile denir.²⁰² Örneğin bir Amerikalı vatandaşın kendisine Amerikan hukukunun uygulanmasından kurtulmak için bağlama noktası yerleşim yeri olduğu için yerleşim yerini başka bir yere taşıması, görünürde hukuka uygun görülsede kendisine uygulanmasını istemeyerek Amerikan hukukundan kaçmaktadır. Kişilerin şahsi statüsünü belirleyen sadece milli hukuk değildir. Yerleşim yeri hukuku ve mutad mesken hukukunun değiştirilmesi ile de kanuna karşı hile yoluna başvurulabilecektir. Ayrıca dini esasa dayandırılan kişisel statüler de mevcuttur. Bu durumda kişi dinini değiştirerek istemediği bir hukuki mükellefiyetten kaçmak için dinini değiştirmesine de uygulamada rastlanmaktadır. Örneğin eski zamanlarda karısından boşanmak amacıyla Müslüman olup Şeyhülislamdan fetva almak suretiyle İstanbul'a gelen ve sonrasında tekrar Almanya'ya dönen Alman vatandaşının bu davranışı hem kamu düzenine aykırı görülmüş hemde kanuna karşı hile olduğu belirtilmiştir²⁰³.

2.2.2.1. Kanuna Karşı Hilenin Şartları

Milletlerarası özel hukukta yetkili hukukun uygulanmasını önlemek için yapılan her hukuki işlem veya bağlama noktasında yapılan her türlü değişiklik kanuna karşı hile olarak mı düşünülecektir? Kanuna karşı hilenin varlığının tespiti için belirli şartlar aranmaktadır. Bunlar dört ana başlık altında incelenebilir.

²⁰²Çelikel/Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 90; Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 196.

²⁰³Çelikel/Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 90.

2.2.2.1.1. Menfaate Aykırı (Hileye Uğrayan) Bir Hukukun Varlığı

Öncelikli şart tarafların tabi oldukları hukuku istememeleri ve bunun değişikliğini arzu etmiş olmaları gerekir²⁰⁴. Bunun nedeni yapılmak istenen hukuki işlemin uygulanmasını kolaylaştırmak yada o hukuki prosedürden tamamen kurtulmak bazende hukuki işlemin getirdiği maddi külfetlerden kaçınmaktır. Taraflarca uygulanması gereken hukuk bertaraf edilip, yetkili hukuk değiştirilmiştir²⁰⁵. Örneğin bazı hukuklarda nişanlanma uzun formalitelere tabi tutulmaktadır. Taraflar bundan kaçınmak için başka bir ülkede nişanlanabileceklerdir. *Locus regit actum* kuralı gereği işlemin yapıldığı yer hukukunun şekil şartlarına tabiiyeti esas olacağından, taraflar uzun formaliteden kurtulabileceklerdir.

Menfaate Uygun Düşen Başka Bir Hukukun Varlığı

İkinci şart tarafların başka bir devletin iç hukukunun kendi çıkarına olması veya o hukukun doğurduğu hukuki sonucu daha çok istemeleri olabilir. Bunu bağlama noktasını değiştirerek veya sözleşmenin kurulma yerini yahut ifa yerini değiştirerek yapabilecektir. Sonuç olarak yararlanmak istediği hukuk sistemini tespit etmesi ve bu yönde değişikliğe giderek çok kolay şekilde menfaatine ulaşabilecektir.

2.2.2.1.3. Bağlama Noktasının Değiştirilmesi

Tarafların menfaatine uygun düşen devletin hukukunun kendilerine uygulanmasını sağlamak maksadı ile o hukukun kendilerine uygulanmasını sağlayan gerekli hukuki değişikliğin yapılmasıdır. Bu hukuki değişiklik bağlama noktasının değiştirilmesi ile mümkün olacaktır. Sonuç olarak tabi olmaları gereken iç hukuk kuralının uygulanmasından kaçınmak için, istedikleri hukuki sonucu elde edebilecekleri başka bir devletin maddi hukukunu tespit ve bu yönde maddi vakıaların tesisi ile hukuka aykırı bir fiil işlemeyen istediklerine kavuşmuş olacaklardır.

2.2.2.1.4. Tarafların Amacının Kanuna Karşı Hile Olması

Kanuna karşı hilenin gerçekleşmesi için tarafların bu yönde iradelerinin var olması şarttır. Bu iradenin varlığının ispatı kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde genel bir kural ile tespit

²⁰⁴Can/Toker, Ali Gümrak, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 304.

²⁰⁵Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 200.

edilmesi mümkün görünmemektedir. Çünkü taraflar kanuna karşı hile amacı taşımadan vatandaşlığını, yerleşim yerini veya mutad meskenini değiştirmiş olabilirler. Bu yüzden bağlama noktasında yapılan bu değişikliğin açık ve net bir şekilde kanuna karşı hile amacını taşıdığına tespiti şarttır²⁰⁶. Çünkü kasıt unsurunun varlığı kanuna karşı hilenin manevi şartını oluşturur.

2.2.2.2. Kanuna Karşı Hilenin Çözüm Yolları

Türk milletlerarası özel hukukunda kanuna karşı hile durumunda genellikle kamu düzenini ihlal etmesi ile gündeme gelmiştir²⁰⁷. Kanunlar ihtilafı kanunu içerisinde yer almayan kanuna karşı hile durumu tek başına kamu düzenini ihlal eden bir konu değildir.

Türk milletlerarası özel hukukunda kanuna karşı hilenin varlığı mahkemelerde konu olmuştur. Daha önce Yargıtay kararına konu olan bir kararda, evlenmenin geçerlilik şartlarından kaçmak için yabancı ülkede yapılan evlenmenin yapıldığı yer hukukuna göre geçerli olsa dahi, Türk Medeni Kanunu'nun butlan sebeplerinden kaçmak maksadı ile yapıldığından geçersiz olması hükmüne varmıştır²⁰⁸. Evlenmenin ehliyetine ilişkin konularda Yargıtay kararına göre hileyi bertaraf etmiş ve söz konusu evlenmeyi geçersiz saymıştır.

Hile konusunda genel bir kural belirlenmemiş vakıya göre her olay kendi çerçevesinde düşünülüp karara bağlanması sonucunu doğurmuştur. Bu durumda hakimın hukukuna karşı yapılan her hileli işlemin geçersiz mi sayılacak sorusu ortaya çıkar. Genel olarak diğer devletlerin milletlerarası özel hukuk kuralları da göz önünde bulundurularak değerlendirme yapılması gerekir. Her hukuki ilişkide bağlama noktasının değiştirildiği konularda kanuna karşı hile kastının var olduğunu düşünmek mümkün değildir. Bu nedenledir ki kanuna karşı hile kanunlar ihtilafı kanunu içerisinde yer almamaktadır. Sonuç olarak kanuna karşı hilenin var olduğu bir vakıa tespiti ile bunun sonuçlarının kamu düzenini tahammül edilemez bir biçimde ihlal etmesi durumunda göz önüne alınıp bertaraf edilebilecektir.

²⁰⁶Can/Toker, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 304.

²⁰⁷Can/Toker, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 305.

²⁰⁸Yargıtay 2. HD. 03.05.1937 tarihli kararı bkz.

2.2.3. Kamu Düzeni

Yabancılık unsuru taşıyan olay ve ilişkilerde kanunlar ihtilafı kurallarına göre başka bir hukukun yetkili kılınması sonucunda o ülkenin hukuku uygulanır. Milletlerarası unsur taşıyan bu ilişkiye uygulanacak yabancı hukukun pozitif kurallarının hakim hukukunun adalet anlayışı ile bağdaşmayacak unsurlar taşıması durumunda, kendi hukuk düzeninin bozulmasına müsaade etmeyecektir²⁰⁹. Bu durumda söz konusu yabancı hukuk uygulanmayacak veya tanıma veya tenfizi yapılmayacaktır. Ancak iç hukuka göre her türlü aykırılığın kamu düzenini ihlal ettiği elbette ki söylenemez.

Hakimin kendi iç hukuku ile bağdaşmayan yabancı hukuk kuralının açıkça aykırılık teşkil etmediği halde hakimin hukuku uygulamaktan çekinmesi hakkaniyetli bir karar olmayacaktır. Her türlü aykırılık için tarafların seçtiği hukukun veya tarafların menfaati olan yabancı hukukun uygulanmasının reddedilmesi, yabancı hukukun tamamen uygulanmasının reddedilmesi hak kaybına yol açacaktır. Bu sebeple yabancı hukukun uygulanmasının ne dereceye karar kamu düzeninin ihlaline sebep olacağı ve uygulanmayacağına tespiti önem arz etmektedir.

Kamu düzeni kavramının ne anlama geldiği kamu düzeni ihlali nedeni ile hangi yabancı hukukun uygulanmayacağını anlaşılır kılacaktır. Kanunlar ihtilafı kurallarına göre genel kabul gören görüş kamu düzeninin istisna olduğudur. Çünkü yabancı hukuk uygulanırken kamu düzenine aykırılık söz konusu değilse o hukukun uygulanması milletlerarası özel hukukun genel kuralıdır²¹⁰.

Her toplumun kendine özgü ahlak ve hukuk kuralları mevcuttur. Bu kurallar toplum içerisinde bile zamana bağlı olarak değişiklik gösterebilir. Yabancı mahkeme kararını uygulayacak olan tenfiz hakimi söz konusu kararın aykırılığının tespitini kendi hukukuna göre yapacaktır²¹¹. Karar anındaki kamu düzeni anlayışı nazara alınacaktır. Ancak davanın açılma zamanı ile karar verme zamanı arasında kalan sürede kamu düzeni anlayışında değişimler olabilir. Bu nedendir ki genel bir kamu düzeni kuralının belirlenmesi mümkün olmadığı gibi her konu için hakim

²⁰⁹Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 218; Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 158; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s.72; Can/Toker, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 281.

²¹⁰Çelikel/Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 138.

²¹¹Ruhi, Ahmet Cemal/Kaplan, Yavuz, Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni (Ordre Public), 2002, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 22, Sayı:2, s. 644. <https://dergipark.org.tr/download/article-file/99481>(E.T. 12.02.2019).

karar verme anındaki genel kabul gören ahlak ve düzen anlayışına göre karar verecektir. Bu nedenle her vakıa da hakime geniş bir takdir yetkisi verilmiş olur. Hakim karar anında toplumun sosyal, siyasi, ahlaki görüş ve düzen anlayışını nazara alacak ve yabancı hukukun uygulanması sonucu kamu düzeninde bozulmalar olup olmayacağına karar verecektir²¹².

Yukarıda saydığımız nedenlerden dolayı kamu düzenin kavramsal olarak açıklanması mümkün değildir. Bunun yerine hangi hallerde yabancı hukukun uygulanmasının kamu düzeni ile bağdaşmayacağına tespiti uygun görülmüştür. Pozitif düzenlemelerde ve milletlerarası kararlarda da kamu düzeninin tanımı yapılmamış olaya ve duruma göre hakimin yorumuna bırakılmıştır. Kavramsal açıklamalar yapılmaya çalışılsada açıklamaların soyut kaldığı ve genel çerçevelerin belirlenmesinden uzaktır²¹³. Bu nedenle kamu düzeninin belirlenmesinde asıl görev hakime düşmektedir. Zira hangi konularda kamu düzeninin devreye gireceğinin teker teker tespit edilmesi mümkün değildir.

2.2.3.1. Kamu Düzeninin Uygulanmasındaki Farklılıklar

Milletlerarası özel hukukta kamu düzenine aykırılığın mahiyeti ve nasıl uygulanacağı konusunda farklılıklar mevcuttur. Bugün genellikle benimsenmeyen bir görüşe göre, kamu düzenine ilişkin kuralların yetkili olan yabancı hukuk göz önüne alınmaksızın direk söz konusu olaya uygulanacağı görüşüdür. Buna kamu düzeninin müspet fonksiyonu denilmektedir. Yani hakimin hukukuna göre kamu düzeninden sayılan konularda yabancı hukuka yapılan atıfa bakılmayacak ve hakimin hukuku doğrudan olaya uygulanacaktır.

Diğer baskın olarak kabul edilen görüşe göre ise kamu düzeni kuralları doğrudan doğruya uygulanan kurallar olmayıp istisnai bir durumdur. Asıl olan kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili görülen hukukun uygulanmasıdır. Yetkili yabancı hukukun uygulanması durumunda kamu düzenine aykırılık teşkil ettiğinden dolayı yabancı hukukun uygulanmaması istisnadır²¹⁴. Bu görüş, kamu düzeninin menfi fonksiyonu olarak bilinir. Alman hukukçu Savigny tarafından ortaya atılan bu görüş, iki yönlü olacak şekilde, ilk olarak taraf menfaatlerinin korunması ikincisi ise kamu düzeninin sağlanması olarak açıklanmıştır²¹⁵.

²¹²Çelikel, Aysel, Ahkamı Şahsiye Konusundaki Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması, 1963, İstanbul, s. 122.

²¹³Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 218.

²¹⁴Can, Hacı / Toker, Ali Gümrah, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 284.

²¹⁵Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 140.

Alman hukukunda kamu düzeninin menfi fonksiyonu milletlerarası özel hukuk kamu düzeni başlığı altında kanununda açıkça kabul edilmiştir²¹⁶. Bu hükme göre yabancı hukukun uygulanması Alman hukukunun temel ilkeleri ile açıkça aykırılık doğuracaksa söz konusu yabancı hukuk uygulanmayacaktır.İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu hükümleri de aynı yönde karar vermiştir.

İngiliz hukukunda ise şahsi statüye ilişkin konularda yerleşim yeri hukukunun uygulanması prensibi kamu düzenine aykırı olacak durumların ortadan kalkmasına neden olmaktadır. İngiliz hukukunda da genel kabul edilen görüş kamu düzeninin istisna olmasıdır. Fransız hukukunda ise eski uygulama lex forinin uygulanması yönünde olduğu için kamu düzenine aykırılık çok sık kullanılmaktaydı²¹⁷. Ancak günümüzde kamu düzeni istisnai bir kural haline gelmiştir.

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu ön koşul şartı başlığı altında, kamu düzenine aykırılık nedeni ile yabancı hukukun uygulanmaması kabul edilmiştir. Ancak bu kural genel değildir²¹⁸. Asıl olan milletlerarası özel hukuku kanuna göre yetkili hukukun uygulanmasıdır. Türk hukukunda da genel kabul gören görüş bu yöndedir. Ancak kamu düzeninin menfi ve müspet fonksiyonlarına ilişkin her iki yönde de Yargıtay kararları görmek mümkündür. Bazı kararlarda kamu düzeni adeta bir bağlama kuralı olarak uygulandığı görülür.

Milletlerarası çok taraflı sözleşmelerde kamu düzeni kavramı saklı tutulmuştur. Sözleşmeden Doğan Borç İlişkisine Uygulanacak Hukuka Dair Roma I Tüzüğü'nde hakimın hukukunun kamu düzeni başlığı altında konu incelenmiştir. Yabancı kanunun uygulanması sonucu açıkça kamu düzenine aykırılığın söz konusu olduğu durumlarda uygulanmasında vazgeçilebileceği kabul edilmiştir²¹⁹. Diğer örnek teşkil edecek milletlerarası anlaşma ise Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Hukuka Dair Sözleşme²²⁰ hükmünde kamu düzenine bağlama noktası konusunda değinilmiştir. Buna göre sözleşmenin kabul ettiği mutad mesken

²¹⁶Alman Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 6.

(http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/englisch_bgbeg.html#p00639)(E.T. 13.06.2019).

²¹⁷Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 140.

²¹⁸İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 17.

([https://www.hse.ru/data/2012/06/08/1252692468/SwissPIL%20%D0%B2%20%D1%80%D0%B5%D0%B4.%202007%20\(%D0%B0%D0%BD%D0%B3%D0%BB.\)pdf](https://www.hse.ru/data/2012/06/08/1252692468/SwissPIL%20%D0%B2%20%D1%80%D0%B5%D0%B4.%202007%20(%D0%B0%D0%BD%D0%B3%D0%BB.)pdf))(E.T. 13.06.2019).

²¹⁹Sözleşmeden Doğan Borç İlişkisine Uygulanacak Hukuka Dair Roma I Tüzüğü, m. 21.

²²⁰Resmi Gazete: Tarih: 10.02.1983, Sayı: 17951.

bağlama noktasının açıkça kamu düzeni ile aykırılığın tespit edildiği konularda uygulanmasında kaçınılabilecektir²²¹.

2.2.3.2. Türk Hukukunda Kamu Düzeni

Karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi genel kabul gören görüş olan kamu düzeninin istisna olduğu kuralı Türk hukukunda da kabul görmüştür. Yani Türk kamu düzenine aykırılığın tespit edildiği durumlar söz konusu olduğunda hakim olaya göre yorum yapacaktır, kamu düzeninin bir bağlama kuralı gibi uygulanması söz konusu değildir²²². MÖHUK m. 5’de kamu düzenine aykırılık başlığı altında belirttiği şekli ile hüküm şöyledir;

“Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır”.

Kamu düzenine aykırı olan haller kanunda belirtildiği gibi istisnai bir tedbir niteliğindedir.²²³ Kanunlar ihtilafının atıfta bulunduğu yabancı devlet kanunun uygulanması esastır. Ancak yabancı kanunun uygulanacak hükmü kamu düzenine aykırılık içeriyorsa bu hükmün uygulanmayacağı belirtilmiştir. Bunun yerine Türk hukukunu uygulama yetkisini hakimi açıkça vermiştir. Ancak bazı konularda Türk doktrininde istisnai yetki yerini doğrudan doğruya uygulanan kurallara almaktadır²²⁴. Örneğin, kişinin şahsi statüsüne ilişkin olan temyiz kudreti, akıl hastalığı, hısımlık, evlenme anında eşlerden birinin evli olması vs. gibi durumlarda ya da Arap ülkelerinde olduğu gibi eşlerden birisinin evli olmasını evlenme engeli saymayan kanunun Türk yargısı önünde uygulanması mümkün olmayacaktır. Yahut eşcinsel evliliklerinde olduğu gibi Türkiye’de evlenmek istemeleri halinde kamu düzeninin olumsuz etkisi devreye girecek ve Türk kanunlarının tatbik edilmesi ile evlenmeleri mümkün olmayacaktır.

Kamu düzenine aykırılığın halleri tek tek sayılmasada bu aykırılığın açıkça olması aranmıştır. La Haye Konferanslarında hazırlanan sözleşmelerde de açıkça aykırılık engeli kamu düzeni

²²¹Toker/Ruhi, Türkiye Cumhuriyetinin Taraf Olduğu Milletlerarası Özel Hukuk ile İlgili Bazı Çok Taraflı Uluslararası Sözleşmeler, s. 715.

²²²Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 222.

²²³Çelikel/Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 145.

²²⁴Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 158.

ihlali nedeni ile lex fori uygulanmasını sınırlamak amacı ile getirilmiştir.²²⁵Bu yönü ile de karşılaştırmalı hukuk ile paralellik arz etmektedir. Kamu düzeni kavramı tanımlanmaktan kaçınılmıştır. Yani kamu düzeni kavramı açıklanmamakla birlikte, yabancı kanunun uygulanmasının kamu üzerinde ağır tahammül edilemez sonuçlar doğurması halinde uygulanmasından kaçınılacağı belirtilmiştir²²⁶. Böyle bir aykırılık tespit edilirse hakimin uygulaması gereken hukuk lex foridir. Böylece yabancı kanun hükmü ile Türk hukuku arasında oluşan her türlü farklılıkta kamu düzenine aykırılık gerekçesi ile yabancı hukukun uygulanmasından kaçınılamayacağı belirtilmiştir.

Kamu düzeni müdahalesi nedeni ile hakimin yabancı hukuku uygulanmaktan çekinip kanunda belirttiği üzere kendi hukukunu uygulaması gerektiği belirtilmiştir. Ancak kamu düzeni ihlali olmayan durumlarda da hakimin kolaya kaçarak yabancı hukukun tatbiki yerine kendi hukukunu uygulamasını kararlaştırması doktrinde eleştirilmiştir²²⁷. Gerçektende kamu düzeni kavramının tanımlanmamış ve sınırlarının çizilmemiş olması bu olasılığı çoğaltmaktadır. Bu durum milletlerarası özel hukukun amacından uzaklaşılmasına ve lex fori'nin uygulanmasına bir bahane oluşturmaktadır. Yargıtay bu durumun önüne geçebilecek belirli sınırlamalar getirmeye çalışmıştır. Buna göre; “*ahlak ve dürüstlük kurallarını, toplumun, hukukun genel ilk ve yargılarını, ahlak anlayışını, Anayasada yer alan temel hakları ciddi şekilde sarsan ve aykırılık oluşturan olaylar kamu düzenini ihlal eden olaylardır*”²²⁸.Kamu düzeni müdahalesinin somut şartlarının belirlememiş olduğundan genel olarak içtihatlar ve doktrin sınırların belirlenmesinde etkili olmuştur. Ancak uygulamanın Yargıtay’ın yukarıda belirtmiş olduğu sınırlamalardan çok uzak olduğu doktrinde eleştirilmektedir.

Kamu düzeni müdahalesinin oluşması için gereken diğer bir husus ise kamu düzenini ihlal eden konunun asgari düzeyde de olsa ülke ile ilişkin olması gerektiğidir²²⁹. Yabancı devlet hukukunun uygulanmasını gerektiren husus genel olarak Türk hukuku ve kamu düzeni ile bağlantısı bulunmamaktadır. Örneğin evlenmenin eşin milli hukukuna tabi olduğu durumda bir İspanyol’un Türk mahkemeleri önünde boşanmış Türk kadını ile evlenmek istemesi durumunda, ehliyetin milli hukuka tabiiyeti gereği İspanyol hukukunun ehliyete ilişkin

²²⁵Çocuklara Karşı Nafaka Yükümlülüklerine Uygulanacak Hukuka Dair Sözleşme, m.4; Küçüklerin Korunması Alanında Makamların Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk Hakkında Sözleşme, m. 16.

²²⁶Can/Toker, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 300.

²²⁷Can/Toker, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 291.

²²⁸Yargıtay HGK. E.12-287, K.325, T. 06,05.1998 (Kazancı).

²²⁹Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 159.

hükümlerinin uygulanması, Türk kadın ile evlenmesine engel teşkil etmektedir. Bu durumda Anayasa'nın tanıdığı evlenme hakkı gereği İspanyol hukukunun uygulanmasının bu temel hakka engel teşkil etmesi kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesi ile uygulanmaktan kaçınılabilir. Bu durumda bağlantı taraflardan birisinin Türk vatandaşı olmasından kaynaklanmaktadır. Anayasanın tanıdığı temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması söz konusu olduğundan ayrıca kamu düzeni ihlali söz konusu olur.

Türklerin kişi hallerine ilişkin davalarda Türk kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmamış olması kamu düzenine aykırılık teşkil edeceğine ilişkin Yargıtay kararı doktrinde eleştirilmiştir²³⁰. Ancak sonraki kararlarda taraflarda birinin Türk olduğu ve yabancı mahkemenin söz konusu olaya Türk Medeni Kanununu uygulamadığı ancak davalının tenfize ilişkin bir itirazının bulunmadığından kamu düzenine açıkça aykırılık yoktur denilerek kararın tenfize hükmetmiştir²³¹.

2.3. Gerçek Kişilerin Şahsi Statüsüne İlişkin Kanunlar İhtilafı Kuralları

2.3.1. Hak Ehliyetine Uygulanacak Hukuk

2.2.1.1. Hak Ehliyetinin Başlangıcına ve İçeriğine Uygulanacak Hukuk

Yukarıda açıklandığı gibi hak ehliyeti, kişinin haklara sahip olabilme ve borç altına girebilmesi anlamına gelir. Hakkın kişiye bağlı olması bakımından tarafların menfaati önceliklidir. Kişinin şahsi statüsü neresi ise hak ehliyetinde ona tabi olur²³². Bunun istisnası Liechtenstein hukukunda ki yabancıların hak ehliyeti uygulamasında görülmüştür²³³. Buna göre devletin hukukuna tabi işlemler bakımından yabancıların hak ehliyetine Liechtenstein hukuku uygulanacaktır. İsviçre hukukunda ise hak ehliyetinin başlangıcı ve içeriğine uygulanacak hukukun söz konusu hukuki ilişkinin içeriğine uygulanacak hukuka göre uygulanacağı belirtilmiştir²³⁴.

²³⁰Can, Hacı / Toker, Ali Gümrah, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 296.

²³¹Yargıtay 2. HD E. 1999/14491, K. 2000/1324, T. 07.02.2000 (Kazancı).

²³²Can/Toker, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 339.

²³³Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 213.

²³⁴İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu, m. 34.

Milletlerarası özel hukukta hak ve fiil ehliyetin konusunda henüz yeknesak bir bağlama noktası belirlenmiş değildir. Bağlama noktası olarak yerleşim yeri hukuku, vatandaşlık hukuku ve mutad mesken hukuku bağlama noktaları karşılaştırmalı hukukta genel kabul görmektedir. Örneğin Çin hukukunda hak ehliyeti şahsın mutad mesken hukukuna bağlanmıştır. Alman²³⁵ hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda ise şahsi statü milli hukuk olarak belirlemiştir. Türk Milletlerarası Özel Hukuk Kanun'u m. 9'da açıklandığı gibi;

*Hak ve fiil ehliyeti ilgilinin millî hukukuna tâbidir*²³⁶.

Türkiye'de bulunan bir yabancıнын şahsi statüsüne ilişkin bir uyumsuzlukta kişinin hak ehliyetine sahip olup olmadığı onun tabi olduğu devletin hukukuna göre belirlenecektir. Dolayısıyla şahsın milli hukuku hak ehliyetinin başlangıcı ve sona ermesi konusunda yetkili hukuk olur. Bugün hemen her hukukta hak ehliyeti bütün şahıslara tanınmış bulunmaktadır²³⁷. Hak ehliyetinin başlangıcı Türk hukukunda şahsın sağ olarak doğması ile başlar. Ancak ana rahmine düşen ceninin miras hukukundan doğan haklarının korunması için Türk medeni kanunu tam ve sağ doğmak kaydı ile ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetine sahip olduğunu kabul eder. Birçok hukukta bu böyle kabul edilmiştir. Ancak bazı istisnaları da mevcuttur. Örneğin Fransız hukukunda olduğu gibi çocuğun yaşama yeteneğine sahip olması şartı konulmuştur²³⁸ yada İspanyol hukukunda çocuğun yirmi dört saat yaşaması halinde hak ehliyetine sahip olacağı dolayısıyla bu sürenin dolması ile hak ehliyetinin başlayacağı söylenir²³⁹.

²³⁵Almanya Medeni Kanununa Giriş Kanunu, m. 7.

²³⁶Doğan, Vahit/ Aygül, Musa/ Şit Köşkeroglu, Banu, Milletlerarası Özel Hukuk Mevzuatı, 14. Baskı, Savaş Yayınevi, 2017, s. 5.

<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5718.pdf> (E.T. 13.06.2019).

²³⁷Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 213. (Hak ehliyetinin tamamen kaldırılması hiçbir hukuk devleti tarafından kabul görmemektedir. Devletler hukuku alanında esaret kamu düzenine aykırı bir uygulama olduğu için tanınmamaktadır.)

²³⁸Fransa Medeni Kanunu, m. 725.

²³⁹İspanya Medeni Kanunu, m. 30.

http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=221319 (E.T. 13.06.2019).

2.2.1.2.Hak Ehliyetinin Sona Ermesine Uygulanacak Hukuk

2.2.1.2.1. Ölüm

Hak ehliyetini sona erdiren en temel olay ölümdür. Türk Medeni Kanunu m. 28’de belirtildiği üzere kişilik ölüm ile sona erer²⁴⁰. Kişiliğin sona ermesi kişiliğin başlangıcında olduğu gibi şahsın vatandaşı olduğu ülke hukukuna bağlıdır. Her iki durumda hak ehliyetine ilişkin olduğundan milli hukuka tabidir. Alman hukukunda da aynı kural benimsenmiş ve kişiliğin başlangıcında olduğu gibi kişiliği sona erdiren ölüm şahsın vatandaşı olduğu ülke hukukuna bağlanmıştır²⁴¹. Ölüm olayının bağlandığı hukuk ölüm sonrasında doğan miras hukuku hakları gibi diğer hakları da etkisi altına aldığından bağlama noktası sonrasında doğan haklarda da belirleyici olacaktır. Nitekim Türk kanunlar ihtilafı kuralları miras hukukuna ilişkin haklarda ölenin milli hukukuna tabi kılmıştır.

İsviçre hukuku ise Alman hukukundan farklı olarak hak ehliyetinin sona ermesi hali olan ölüm olayını hukuki ilişkiye uygulanacak hukuka tabi tutmuştur. Örneğin mirasa ilişkin bir uyuşmazlık ise dava konusu ölüm de mirasın tabi olduğu hukuka göre aynı bağlama noktasına tabi olacaktır²⁴². Çin hukukuna göre ise hak ehliyetinin sona erme hali olan ölüm hak ehliyetinin başlangıcına tabi olan mutad mesken hukuku olan bağlama noktası ile aynı hukuka tabi tutulmuştur²⁴³.

2.2.1.2.2. Ölüm karinesi ve Gaiplik

Kişinin uzun süredir kaybolduğu bazı durumlarda ölüp ölmediğinin veya ne zaman öldüğünün tespiti için çeşitli hukuk düzenlerinde karineler belirlenmiştir²⁴⁴. Bunlar hayat veya ölüm karineleridir. Eğer kişi ölmüşse öldüğünü idda eden ispat ile mükelleftir. Eğer kişi hayatta ise eve öldüğünü idda eden yok ise ortada karine de yoktur. Karineye dayanan kimsenin ayrıca mahkemeden bir karar alması zorunlu da olmayacaktır. Türk hukukunda çeşitli karineler mevcuttur. Kişi ölüm tehlikesi içerisinde kaybolmuş ise ölüme muhakkak gözü ile bakılıyorsa

²⁴⁰Can, Hacı / Toker, Ali Gümrah, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 340.

²⁴¹Almanya Medeni Kanununa Giriş Kanunu, m. 7.

²⁴²İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu, m. 41.

²⁴³Çin Halk Cumhuriyeti Medeni Hukukunun Temel Prensipleri Hakkında Kanun m. 11.

²⁴⁴Can, Hacı / Toker, Ali Gümrah, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 355.

o kimse ölmüş sayılır ve buna ölüm karinesi denir (TMK m.31 ve 44). Bu hususta diğer karine birlikte ölüm karinesidir. Miras hukuku açısından kimin önce öldüğünün önem arzettiği konu olan birlikte ölüm halinde kimin önce öldüğü bilinmiyorsa birlikte öldükleri kabul edilir. Hayat ve ölüm karineleri kişinin şahsına ilişkin olduğunda şahsi statüye tabidirler ve şahsi statü Türk hukukunda milli hukuktur.

Bazı hukuk düzenleri belirlenen karinelerin tespiti için mahkemeden ölüm kararı veya gaiplik kararı alınmasını hükme bağlamıştır. Örneğin common law hukuk düzenlerinde şahsın öldüğünün kabulü için yedi yıllık bir sürenin geçmesini kararlaştırmışlardır ve bu sürenin geçmesinden sonra gaiplik karinesi gerçekleşir²⁴⁵. Bu süre sona ermeden önce gaibin öldüğünü iddia eden ispat ile yükümlü olacaktır. Gerek ölüm kararı verilmesinde gerekse gaiplik kararı alınmasında çeşitli ülkelerde farklı düzenlemeler yapılmış ve farklı şartlar ve usuller benimsenmiştir²⁴⁶. Bunları kısaca karşılaştırmak gerekirse bazı hukuk sistemlerinin uygulamaları aşağıda açıklanacaktır:

Alman hukukunda ise kişinin ölüm ihtimalinin kuvvetli olduğunun dava içerisinde ispat edilmesi gerektiği kabul edilmiştir. Böylece mahkeme kararı ile kişinin ölüp ölmediği tespit edilebilecektir. Gaiplik ve ölmüş kararı hangi hukuk düzeni çerçevesinde kararlaştırılacağı hak ehliyetinin tabi olduğu milli hukuka göre belirlenecektir²⁴⁷.

Fransız hukuku sadece gaiplik kararını düzenlemiştir. Bu düzenlemeye göre ölüm kararından daha hafif şartlara tabi tutulmuştur. Mahkeme tarafında verilen bu gaiplik kararı geçici nitelikte olabilmektedir²⁴⁸.

İsviçre hukukunda ise genel olarak gaiplik kararına ilişkin konularda İsviçre hukukunun uygulanacağını karara bağlamıştır. Gaiplik kararının başka devlet mahkemesi tarafından verildiği durumlarda bu kararın tanınması için, verilen gaiplik kararının gaibin son yerleşim yeri mahkemesi tarafından verilmiş olması veya gaibin vatandaşı olduğu ülke tarafından

²⁴⁵Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 216; Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 218.

²⁴⁶Can, Hacı / Toker, Ali Gümrah, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 355.

²⁴⁷Almanya Medeni Kanununa Giriş Kanunu, m. 9/1.

²⁴⁸Fransa Medeni Kanunu, m. 725.

verilmiş olması şartını koymuştur²⁴⁹. Bunun dışında başka bir bağlama noktasına göre verilen kararların tanınmayacağı açıktır.

Japon hukukunda ise kişinin Japon vatandaşı olması veya Japon devletinde yerleşim yerinin bulunması halinde kendi devlet hukukuna göre gaiplik kararı verilebileceğini kararlaştırmıştır. Ancak Japonya ile yerleşim yeri veya vatandaşlık bağı ile bağlı olmadığı durumlarda burada taşınmaz edindiği veya hukuki ilişkiler kurduğu gibi çeşitli bağların bulunması durumunda da hakimin kendi hukukunu uygulayabimesine imkan vermiştir²⁵⁰.

Türk hukukunda ise Fransız hukukunda olduğu gibi sadece gaiplik kararı mahkemelerden alınabilir (TMK m. 31/1). Buna göre kişinin ölüm tehlikesi içerisinde kaybolmasından en az beş sene geçmiş olması veya gaip olan kişiye en son beş yıl önce haber alınması şartı getirilmiştir. Gaiplik kararının hangi ülke hukukuna göre verileceği, aile şahıs ve miras hukuku açısından önem arz etmektedir. Türk hukukunda gaiplik ve ölmüş sayılmaya ilişkin uygulanacak hukuk hak ehliyeti bağlama noktası ile aynıdır. Yani gaip veya ölmüş sayılan kişinin milli hukukuna tabi olarak işlemleri hakim tarafında yürütülecektir. Ancak bu kişinin yabancı olduğu durumlarda Türk mahkemelerinden ölüm veya gaiplik kararı verilmesi isteniyorsa özel bazı kurallara tabi tutulmuştur. Milletlerarası özel hukuk kanunu yetkiye ilişkin özel düzenlemesinde milli hukukuna göre ilgili kişi hakkında gaiplik kararı verilememesi durumunda; gaibin mallarının Türkiye’de olması veya eşi veya mirasçılarının birinin Türk vatandaşı olması halinde, gaiplik veya ölmüş sayılma kararını ilgilinin Türkiye’de sakın olduğu yer, sakın değilse mallarının bulunduğu yer mahkemesince verilebileceğini düzenlenmiştir²⁵¹. Yabancı mahkeme tarafından verilen ölmüş sayılma veya gaiplik kararlarının Türkiye’de tanınması mümkündür. Bu kararın kamu düzenine aykırı olmaması tanınması için yeterlidir. Japon hukukunda olduğu gibi hangi ülkenin bağlama noktasına göre karar verildiğinin tanıma için önemi yoktur.

Milletlerarası alanda kayıp kişilerin hukuki durumuna ilişkin düzenlenen Kayıp Kişilerin Ölüm Kararı Hakkındaki Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve Atina CIEC-Sözleşmesi

²⁴⁹İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu, m. 41.

²⁵⁰Japonya Yabancı Hukukların Uygulanmasında Genel Kurallar Hakkında Kanun m. 6.,

²⁵¹Çelikel/Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 220.

mevcuttur²⁵². Ancak Türkiye bu sözleşmelere taraf değildir. Kaybolma ile ilgili kabul edilen Zorla Kayıp Edilmeye Karşı Herkesin Korunmasına Dair Bildiriye göre zorla ortadan kaybolma insanlığa karşı bir suçtur²⁵³. Bildiriye göre hiçbir devlet zorla kaybelimeyi uygulayamaz, izin veremez hatta hoş göremez. Zorla kaybedilmelere ilişkin gerekli düzenlemeler yapılarak engellemeye çalışması ve cezasız kalmaması gerektiği vurgulanmıştır. Ölmüş sayılma ile ilgili diğer bir sözleşme Milletlerarası Kişi Hakkında Komisyonu'nun 1966 yılında imzaladığı ve Türkiye tarafından 1971 yılında onaylanan, Bazı Ölümlerin Tespitine Dair Sözleşme²⁵⁴ ile sözleşmeye taraf devletlere ölüm tehlikesi içerisinde kaybolmuş ve ölümüne kesin göz ile bakılan cesedi bulunamayan kişiler hakkında ölüm kararı alma yetkisi tanımaktadır²⁵⁵.

2.3.2. Fiil Ehliyetine Uygulanacak Hukuk

2.3.2.1. Fiil Ehliyeti

Fiil ehliyeti, kişinin kendi fiili ile haklara sahip olabilme ve borç altına girebilmesi anlamına gelir ve şahsi statüye tabidir²⁵⁶. Bir gerçek kişinin fiili iradesi ile kurduğu bu hukuki muamelelere hangi hukukun tabi olacağı kendi şahsına ilişkin olduğundan ve taraf menfaatinin korunması ilkesi gereği o kişinin şahsi statüsüne tabi olması esastır²⁵⁷. Hak ehliyeti gibi fiil ehliyeti de Türk hukukunda milli hukuka tabi tutulmuştur. Statüler teorisinde de bu konu uzun süre tartışılmış ve şahsi statüye tabi olması esası benimsenmiştir. Fiil ehliyetinin şahsi statüye tabi tutulması Kara Avrupası hukuk sistemlerinde adeta bir milletlerarası özel hukuk kanunu haline gelmiştir.

Common law hukuk sistemine tabi ülkeler fiil ehliyetini taşınmaz mala ilişkin hukuki muameleler açısından ayrıma tabi tutmuş şahsi statü esası benimsenmemiştir. Taşınmazlara ilişkin kurulan hukuki muamelelerde Amerikan hukuk sisteminde ayrıma gidilmiştir. Amerika Birleşik Devletleri ve İngiltere gibi common law hukukuna tabi sistemlerde taşınmazlara ilişkin

²⁵²Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 217.

²⁵³<https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/299-305.pdf>(E.T. 13.06.2019).

²⁵⁴Resmi Gazete: Tarih: 26.12.1971, Sayı: 14054.

²⁵⁵Toker/Ruhi, Türkiye Cumhuriyetinin Taraf Olduğu Milletlerarası Özel Hukuk ile İlgili Bazı Çok Taraflı Uluslararası Sözleşmeler, s. 120.

²⁵⁶Can/Toker, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 342.

²⁵⁷Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 217; Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 254.

işlemler için kendi ülke hukukunu yetkili görmüştür. Diğer fiil ehliyetine ilişkin kurulan hukuki ilişkilerde şahsın hukuki işlem ehliyeti konusunda yerleşim yeri hukuku yetkili görülmüştür.

Fiil ehliyetini şahsi statüye tabi tutan ülkeler arasında bağlama noktası olarak milli hukuku veya yerleşim yeri hukuku belirlenmiştir. Alman ve Avusturya milletlerarası özel hukuk kanunlarında da fiil ehliyeti kişinin milli hukukuna tabi tutulmuştur. Türk hukukunda ise fiil ehliyeti ve hak ehliyeti kanunda aynı madde içerisinde düzenlenmiştir ve tabi tutulduğu bağlama noktası milli hukuktur(MÖHUK m. 9). Ancak vatandaşlığı olmayan mülteciler ve vatansızlar için kanun aşamalı olarak farklı bağlama noktalarının uygulanmasını kabul etmiştir²⁵⁸. Türkiye’inde taraf olduğu milletlerarası sözleşmeye göre mülteciler ve vatansızlara öncelikle yerleşim yeri hukukunun uygulanması, bulunmadığı takdirde mutad mesken hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir. Çifte vatandaşlığa sahip olan kişiler için aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları durumunda Türk mahkemeleri önünde söz konusu ihtilafa Türk hukuku uygulanacaktır. Diğer hallerde ise daha sıkı ilişkili olan hukukun uygulanması gerekir.

Japon hukukunda da fiil ehliyeti, hak ehliyeti ile aynı bağlama noktasına tabi olduğu için milli hukuka tabi tutulmuştur²⁵⁹. Çin hukukunda da hak ehliyeti ile aynı bağlama noktası olan mutad mesken hukukunu fiil ehliyetine uygulamıştır²⁶⁰. Alman hukukunda²⁶¹ fiil ehliyetine Danimarka hukukundan farklı olarak milli hukuk uygulanması kararlaştırılmıştır. Danimarka hukukunda fiil ehliyeti şahsın yerleşim yeri hukukuna tabi tutulmuştur. İsviçre hukukunda da fiil ehliyeti şahsın yerleşim yeri hukukuna tabi tutulmuştur²⁶². Common law hukuk sistemine tabi İngiliz hukukunda fiil ehliyeti şahsi statüye ilişkin olduğu kabul edilmediğinden sözleşmeye uygulanacak hukukun fiil ehliyeti konusunda da karar vermeye yetkili olduğu kabul edilmiştir.

Maddi hukuka göre kişinin fiil ehliyetine sahip olması şartları kişinin ergin olması ve ayırt etme gücüne sahip olmasıdır (TMK m. 10).Erginlik yaşı birçok ülkede farklı olsada genel olarak 18

²⁵⁸Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme m. 12, Vatansızların Hukuki Durumuna Dair Sözleşme’de benzer hükümler yer almaktadır.

²⁵⁹Japonya Yabancı Hukukların Uygulanmasında Genel Kurallar Hakkında Kanun m. 4.

²⁶⁰Yabancı Unsurlu Özel Hukuk İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Çin Halk Cumhuriyeti Kanunu m. 12.

²⁶¹Almanya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu, m. 7/1.

²⁶²İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu, m. 35.

yaşının ikmali ile kişinin ergin olduğu kabul edilmektedir²⁶³. Fiil ehliyetinin kapsamına giren her türlü konuda uygulanacak hukuk şahsi statüye tabidir. Bunun Türk hukukunda milli hukuk olduğunu belirtmiştik. Şahsın fiil ehliyetine sahip olduğunu veya olmadığını yahut ehliyete sahip ancak kısıtlı olup olmadığını şahsi statü hukuku belirleyecektir. Örneğin fiil ehliyetine sahip olmasını sağlayan ergin kılma²⁶⁴ hallerini ve şartlarını veya evlenmenin kişiyi ergin kılıp kılmadığını²⁶⁵ yada hakimin kararı ile ergin kılınabileceği²⁶⁶ fiil ehliyetinin tabi olduğu hukuk belirleyecektir. Fiil ehliyetinin usul hukukunda karşılığı olan dava ehliyetide şahsi statüye tabi olduğundan milli hukuk bağlama noktası olarak uygulanacaktır.

Özel ehliyet gerektiren bazı hallerde bu ehliyetin hangi hukuka tabi olacağı hakkında görüşler mevcuttur²⁶⁷. Fiil ehliyetine uygulanacak hukuk kişinin milli hukuku olsada özel ehliyetin gerektiği durumlarda özel ehliyetin gerektiği işlemin tabi olduğu hukukun uygulanması gerektiği kabul edilir. İşlemin tabi olduğu hukuk fiil ehliyetinin tabi olduğu milli hukuktan farklı ise bu durumda hüküm statüsü yani işlemin tabi olduğu hukuk uygulanır²⁶⁸. Örneğin vasi yada mirasçı olabilme, taşınmaz iktisabı konusunda özel ehliyet kuralları, temsil ehliyeti, evlenme ehliyeti, nişanlanma ehliyeti veya bir hukuki işlemlerde fiil ehliyetinin gerekli olup olmadığı fiil ehliyetinden farklı bağlama noktalarına (o işlemin esasına uygulanan hukuka – lex causae) tabi olabilecektir. Ancak Türk hukukunda mirasa ilişkin özel fiil ehliyeti gerektiren konularda miras konusunda bağlama noktasının aynı bağlama noktasına yani milli hukuka tabiiyeti esas alındığından milli hukuka tabi olacaktır²⁶⁹. Ayrıca TTK kambiyo senetleri düzenlenmesi konusunda da kanunlar ihtilafı kuralları getirilmiştir. Poliçe, bono ve çek ile borçlanma ehliyeti kişinin milli hukukuna tabidir. (TTK m. 776, 778, 818)

²⁶³Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 254; Çelikel/Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 204 (Almanya, İngiltere ve Fransa hukukunda erginlik yaşı 18 iken, Avusturya hukukunda 19, İsviçre hukukunda 20, İskandinav ülke hukuklarında 20 – 21 olarak kabul edilmiştir).

²⁶⁴İsviçre kazai rüşt halini 1994 yılında kaldırmıştır.

²⁶⁵Evlenmek kişiyi ergin kılar. (TMK m. 11/2)

²⁶⁶Özdemir/Ruhi, Çocuk Hukuku, s. 65; 15 yaşını dolduran kişi kendi isteği ve velisinin rızası ile mahkemece ergin kılınabilir. (TMK m. 12)

²⁶⁷Can/Toker, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 343.

²⁶⁸Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 215; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s.109; Çelikel/Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 205.

²⁶⁹Can/Toker, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 344.

2.3.2.2.Fiil Ehliyetinin Kısıtlanmasına Uygulanacak Hukuk

Fiil ehliyetinin genel fiil ehliyetinin yanında bazı özel durumlara ilişkin kısıtlamaya tabi tutulduğu özel ehliyet durumları vardır. Genel fiil ehliyeti kuralları 5718 sayılı kanunun 9. maddesinde düzenlenirken özel fiil ehliyeti kuralları genel fiil ehliyetinde farklı olarak kanunun 10. maddesinde ayrıca düzenleme konusu yapılmıştır. Bir hukuki işlemin yapılabilmesi için tam fiil ehliyetinin yada belirli kısıtlamalara tabi tutulan ehliyet kurallarının geçerli veya yeterli olup olmayacağını kararlaştıran maddi hukuk kurallarının yanında farklı kanunlar ihtilafı kuralları da mevcuttur. Doktrinde bu gibi konularda genellikle hüküm statüsü özel fiil ehliyetine ilişkin hangi hukukun uygulanacağı konusunda yetkilidir²⁷⁰. Örneğin, sahipsiz menkul malın iktisabı söz konusu olduğunda sahip olma arzusu ile elinde bulundurmasının yeterli olup olmayacağına hüküm statüsü yani malın bulunduğu ülke hukuku karar verecektir.

Kişinin tam veya sınırlı ehliyetli olup olmadığı yahut vesayet yada kısıtlılık kararı verilmesi konusu kişinin şahsi statüsüne ilişkin olduğundan bu konulardaki uyuşmazlıklarda şahsi statü hukuku yani milli hukuk uygulanacaktır²⁷¹. Vesayet ve kısıtlılık kararı verilebilmesi fiil ehliyetinin kısıtlandığı haller olduğundan ilgilinin milli hukukuna tabidir²⁷². Ancak ilgilinin milli hukukuna göre kişi hakkında vesayet veya kısıtlılık kararı verilmesi mümkün değilse kanun ayrı bir bağlama noktası belirlemiş ve kişinin mutad mesken hukukunu tayin etmiştir²⁷³. Vesayet veya kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi kararları dışında kalan hallerde ve kayyım atanması konusunda Türk hukuku doğrudan doğruya yetkili kılınmıştır (MÖHUK m. 10/3). Böylece Türkiye’de verilen vesayet veya kısıtlılık kararlarının veyahut da bu kararların tanınmasının hızlı bir şekilde yürütülmesi sağlanmaktadır²⁷⁴.

²⁷⁰Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 218, Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s.109; Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 214.

²⁷¹Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 255; Can, Hacı / Toker, Ali Gümrah, Milletlerarası Özel Hukuk, s.

²⁷²Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s.109.

²⁷³Türk mahkemeleri tarafından Türk vatandaşı olmayan kişiler hakkında vesayet veya kısıtlama kararı verilmesini engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Bir Yargıtay kararına göre davada Azerbaycan uyruklu kişinin kısıtlanması talebinin Türk vatandaşı olmaması nedeni ile kısıtlama kararı verilemeyeceği yönündeki yerel mahkeme kararının yabancı kişiler hakkında Türk mahkemelerine göre kısıtlama veya vesayet kararı verilmesine engel bir hüküm bulunmadığından eksik incelemeye tabi tutulduğu gerekçesi ile bozulmasına karar vermiştir. Yargıtay 2.HD, E.2011/13681,K.2012/6879, T.22.03.2012.

<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (E.T.24.05.2019).

²⁷⁴Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 214.

Kısıtlılık kararı verilmesi konusunda ikili bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Kanun kısıtlama kararı verilmesi ya da verilen kısıtlama kararının kaldırılmasında, ilgilinin milli hukukunu yetkili görmüş ancak vesayetin yönetimi konusunda Türk hukukunu yetkili görmüştür. Yargıtay kararında vesayetin yönetiminin ne ifade ettiği, “*kısıtlının kişiliği, bakımı, sağlığı, eğitimi, temsili, malvarlığının yönetimi, vasinin, vesayet ve denetim makamının görev, yetki ve sorumlulukları*” olarak açıklanmıştır²⁷⁵.

Fiil ehliyetinin sınırlanmasına neden olan en önemli durum Türk hukukunda kısıtlılık kararıdır. Kısıtlama kararı verilebilmesi için kanunda sayılan hallerden akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ve benzeri kötü hallerin olması ve bu halleri sağlayan kişilerin ergin olması şarttır. (TMK. m. 405-408) Kısıtlılık kararı verilecek haller kanunda sayılmıştır ve bu hallerin tespiti ile kişinin kısıtlanmasına karar verilebilecektir. Vesayet veya kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi ile ilgilinin şahsına sıkı sıkıya bağlı haklarla ilgili daraltma veya genişleme söz konusu olduğundan kişinin şahsi statüsüne tabi olacaktır. Böylece ergin olan kişinin yukarıda sayılan nedenlerden dolayı ehliyeti sınırlanmakta ve kendisine bir temsilci atanmaktadır. Temsilcisi aracılığı ile hukuki işlemlerini yapabilecektir.

Türk kanunlar ihtilafı kanunu bir istisna getirerek ilgili kişinin yabancı olması durumunda Türk mahkemeleri tarafında vesayet veya kısıtlılık kararı verilmesine imkan tanımıştır. Buna göre ilgilinin milli hukukuna göre vesayet veya kısıtlılık kararı verilemiyorsa ve ilgili kişinin mutlak meskeni Türkiye’de bulunuyorsa bu durumda yabancı kişi hakkında Türk maddi hukukuna göre kısıtlılık veya vesayet kararı verilebilecektir. Bu hüküm ile kanun koyucu kısıtlılık ve vesayet konusunda Türk mahkemeleri önünde Türk hukukun uygulanmasını kolaylaştırmış ve yabancı hukukun uygulama alanını daraltmıştır²⁷⁶. Yabancıyı kendi milli hukukuna karşı, mutlak meskeninin Türkiye’de olması halinde, kanunlar ihtilafı kuralları dahilinde yabancı kişinin milli hukuku uygulanması gerekirken Türk hukukuna uygulama alanı sağlamıştır²⁷⁷. Ancak bu durum bir zorunluluk değildir. Gerekli olan hallerde kanun taraf menfaatleri gereği Türk hukukunun uygulama alanını genişletmiştir.

²⁷⁵Yargıtay 18. HD, E.2012/12365, K.2013/483, T.17.01.2013. (Kararda Alman mahkemeleri tarafından verilen vasi atanması kararının Alman Medeni Kanunu’na göre verildiği ve vasi atanması ve sona erdirilmesinin ilgilinin milli hukukuna tabi olduğu ve Türk mahkemelerinin münhasır yetki aleyhine girdiği için ilk derece mahkemesi tarafından tanıma ve tanfizin reddedilmesi kararını bozmuştur.)
<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>(E.T.24.05.2019).

²⁷⁶Can/Toker, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 339.

²⁷⁷Çelikel/Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 215.

Eski kanuna ek olarak MÖHUK m. 10/2'e, kişinin zorunlu olarak Türkiye'de bulunması halinde vesayet ve kısıtlılık kararının Türk hukukuna göre verileceği hükmü eklenmiştir. Bu hüküm ile bir boşluk doldurulmuş ve çözüm sağlanmıştır. TMK m. 407'de düzenlenen durumda yabancı bir kişinin bir yıl veya daha uzun süre ile bağlayıcı bir cezaya mahkum olması durumunda Türkiye'de kalması zorunlu hale gelmiş kişi hakkında Türk hukukuna göre kısıtlama veya vesayet kararı verilecektir. Bu hüküm ile hakimin takdir yetkisi bir önceki hükümden farklı olarak kaldırılmış ve Türk hukukunun kesin olarak uygulanacağı kararlaştırılmıştır.

Türk hukukunun yetkisinin genişletildiği bir diğer kanunlar ihtilafı kuralı MÖHUK m. 42 ile getirilmiştir. Buna göre Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayan yabancılar hakkında; vesayet, kısıtlılık, gaiplik ve ölmüş sayılma kararlarının verilmesi konusunda ilgilinin Türkiye de mutad meskeni bulunması halinde Türk hukukuna göre karar verileceği, Türkiye'de mutad meskeni yok ise mallarının bulunduğu ülke hukuku tarafından karar verileceği hükme bağlanmıştır.

Küçüklerin korunması için milletlerarası sözleşme ile küçüğün velayet ve vesayet altına alınmasına ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Buna göre velayet veya vesayet altında bulunan küçüğün haklarının korunması için bulunduğu ülke mahkemeleri ve idari makamlar küçüğün şahsını ve mallarını korumakla mükelleftir²⁷⁸. Böylece küçüğün mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun maddi hükümleri küçüğün vesayeti konusuna uygulanacaktır. Tam ehliyetli olmayan çocuğun temsilinde velayete ilişkin hükümlerde vasinin kısıtlıyı temsil etmesine ilişkin hükümlerin uygulanacağı kararlaştırılmıştır²⁷⁹.

2.3.3. Statü Değişikliği Halinde Uygulanacak Hukuk (Conflict Mobile)

Bir kişinin kanunlar ihtilafı kurallarına göre, bağlama noktası hukuku tarafından tanınan statünün sağladığı hakların yada neden olduğu hak kayıplarının statü değişikliği ile ortadan kalkmasının tanınıp tanınmayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Statü değişikliği halinde

²⁷⁸Küçükleri Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme (05.08.1961), m. 1.

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc060/kanuntbmmc060/kanuntbmmc06002029.pdf (E.T. 13.06.2019).

²⁷⁹Özdemir/Ruhi, Çocuk Hukuku, s. 252.

uygulanacak hukuk kanunlar ihtilafı kuralları içerisinde genel olarak düzenlenmiştir. MÖHUK m. 3'te genel statü değişikliğine ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir.

Bu düzenlemeye göre yetkili hukukun vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad mesken bağlama noktalarına göre tayin edilmesi halinde, aksine hüküm olmadıkça, dava tarihindeki bağlama noktası yani mutad mesken, vatandaşlık veya yerleşim yeri hukuku esas alınır. Bu düzenlemeye, erginlik hali ile kısıtlı olmak üzere bir istisna getirilmiştir. MÖHUK m. 9/3'te ehliyet kuralları içerisinde, milli hukuka göre kazanılan erginliğin sonradan edinilen statünün meydana getirdiği değişiklik ile kaybedilemeyeceği düzenlenmiştir²⁸⁰. Yani bu özel düzenlemeye göre, kişinin milli hukukuna göre kazandığı erginlik vatandaşlığın değişmesi ile sona ermez.

Öncelikle bu düzenleme sadece milli hukuka göre kazanılmış bir erginlik hali için geçerlidir. Örneğin, Türk hukukuna göre 18 yaşını doldurmuş bir Türk vatandaşının, İsviçre hukuku gibi erginlik yaşının daha yüksek olduğu bir ülke vatandaşlığına geçmesi halinde, Türkiye'de kişi hala ergin kabul edilecek, hukuki olarak tüm eylem ve işlemlerinden sorumlu olacaktır. İsviçre milletlerarası özel hukuk kanunu düzenlemesine göre de sonradan kazanılan vatandaşlık ile sahip olunan erginliğin yitirilemeyeceği fiil ehliyetinin devam edeceği kabul edilmiştir²⁸¹.

Kişin vatandaşı olduğu ülke hukukuna göre ergin değilse ancak statü değişikliği ile ergin olabiliyorsa bu durumda fiil ehliyetine sahip olabilecek midir? Karşılaştırmalı hukuka göre, statü değişikliği fiil ehliyetini olumlu yönde etkileyebileceği, olumsuz yönde kapsamını daraltacak şekilde fiil ehliyetine etkisi olamayacağı kabul edilir²⁸². Bu durumda kendi hukukuna göre ergin olmayan kişi statü değişikliği ile ergin olabiliyorsa yani fiil ehliyetine sahip ise bu durumda kişi ergin kabul edilecektir.

Bu hüküm tek taraflı bir kanunlar ihtilafı kuralı olmayıp her türlü statü değişikliği ile alakalıdır. Kişi sade Türk vatandaşlığı ile değil diğer her türlü milli hukuka göre kazanılmış vatandaşlıklar için geçerlidir. Yani ister Türk vatandaşlığına geçmiş yabancı olsun, ister

²⁸⁰Can/Toker, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 345.

²⁸¹İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu, m. 35.

²⁸²Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 256; Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 219; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s.111; Çelikel/Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 214.

yabancı vatandaşlığa geçen Türk vatandaşı olsun bu hüküm çerçevesinde statü değişikliği ile fiil ehliyetinin ortadan kalkması önlenmiş olacaktır²⁸³.

Değişen statü ister milli hukukun değişmesi ister diğer bağlama noktalarının değişmesi ile meydana gelmiş olsun kişinin vatandaşı olduğu ülke hukukuna göre ergin ise değişen statü ile fiil ehliyeti ortadan kalkamayacaktır²⁸⁴. Esas olan fiil ehliyetinin statü değişikliğinden olumsuz etkilenmesini etkilemektir. Kişinin kanuna karşı hile yöntemine başvurarak fiil ehliyetini ortadan kaldırarak kötü niyetli işlemlerde bulunması hukuki yönden önlenmiş olacaktır. Prensip fiil ehliyetine sahip olan ergin kişinin fiil ehliyetinin devam etmesidir.

2.3.4. Ad ve Aile Adına Uygulanacak Hukuk

Türk hukukunda ve kanunlar ihtilafı kurallarında gerçek kişilerin ad ve soyadlarına ilişkin uygulanacak hukuk ile ilgili özel düzenlenmiş bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak bir kanun boşluğu mevcut değildir. Zira ad ve soyad kişinin şahsi statüsüne tabidir. Bu yönü ile doktrinde kişinin milli hukukuna tabi olması gerektiğine ilişkin görüşler mevcuttur²⁸⁵. Yargıtay da bu yönde karar vermiştir²⁸⁶.

Adın kazanılması ve korunması çerçevesinde buna ilişkin hükümlerin hangi hukuk çerçevesinde çözülmesi gerektiği kanunlar ihtilafı kuralları ile çözüme kavuşturulacaktır. Aile hukukuna ilişkin kurallar çerçevesinde gerçek kişiler ad ve aile adı kazanırlar²⁸⁷. Bu yönü ile milletlerarası hukukta ayrıca bir düzenleme ihtiyacı duyulmamıştır. Ad ve soyadın değişmesine neden olan evlat edinme, evlilik içi evlilik dışı doğum, soy bağının kurulması, evlenme

²⁸³Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 21

²⁸⁴Can/Toker, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 346.

²⁸⁵Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s.118; Uluocak

²⁸⁶Yargıtay, 2. HD, E. 2009/9678, K. 2009/22090, T. 21.12.2009.

<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>(E.T. 13.06.2019).

²⁸⁷Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s.118; Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 207; Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 224; Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 267.

veboşanma gibi hukuki durumlarda aile hukukuna ilişkindir²⁸⁸. Bunun gibi ad ve soyadın değişmesine yada silinmesine neden olan olaylar aile hukuku statüsüne tabi olacaktır²⁸⁹. Örneğin, evlilik birliğinin kurulması ile kadının soyadının değişmesi evlenmenin hükümlerine tabi olarak değişikliğe uğrayacaktır. Kadın erkek eşitliği göz önünde bulundurarak tarafların soyadı değişikliği konusunda istedikleri hukuku seçebilme imkanı sunulması gerektiği doktrinde savunulsa da asıl olan evlilik hükümlerine uygulanana hukukun soyadı değişikliğine de uygulanmasıdır²⁹⁰. Şöyle ki Türkiye’de hiçbir kimse Türk maddi hukuk kurallarının sağladığında daha geniş kapsamda adın korunması talebinde bulunamaz²⁹¹.

Adın kazanılması ve korunması çerçevesinde buna ilişkin hükümlerin hangi hukuk çerçevesinde çözülmesi gerektiği kanunlar ihtilafı kuralları ile çözüme kavuşturulacaktır. Karşılaştırmalı hukukta farklı ülkelerde farklı çözümler öne sürülmüştür. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu’nda ad ve soyadın kazanılması ve kaybedilmesinde uygulanacak hukuka ilişkin ayrı bir düzenleme yapılmıştır²⁹². Ad ve soyada ilişkin düzenlemeler hak ve fiil ehliyetinde olduğu gibi kişisel statüye tabi olduğundan yerleşim yeri hukukunun uygulanması kararlaştırılmıştır. Böylece yerleşim yeri İsviçre olan kişiler hakkında İsviçre iç hukuku uygulanacaktır. Ancak yerleşim yeri İsviçre’de olmayan kişiler için yerleşim yeri nerede ise o ülkenin kanunlar ihtilafı kuralları uygulanacaktır. İlgili kişi ad ve soyadının değişikliğine ilişkin milli hukukunu uygulanmasını talep etme hakkı da verilmiştir²⁹³. İsim değişikli konusunda İsviçre vatandaşı olan ancak yerleşim yeri başka bir ülkede olan kişiler için İsviçre de isim değişikliği yapmasına imkan verilmiştir. Ayrıca yurt dışında verilen adın değişikliğine ilişkin kararların İsviçre’de tanınması imkanı sağlanmıştır.

²⁸⁸Yargıtay, 18. HD, E. 1997/288, K. 1997/1496, T. 25.2.1997 kararında Türk vatandaşı davacı, Zürih’te İsviçre vatandaşı Helen Birigitte ile evlenmiş ve İsviçre hukukuna göre eşinin soyadını almış fakat Türkiye’de hala soyadının Kırgız olarak geçtiği için eşinin aile soyadını alma talebi ile başvuruda bulunmuştur. 11. Asliye Hukuk mahkemesi, MÖHUK hükümleri uyarınca İsviçre hukukunu bağlama noktası kabul etmiş, İsviçre MÖHUK hükümleri uyarınca davanın ikametgah hukukunu uygulamış, soyadının Vollenweider olarak değiştirilmesine karar vermiştir. Sonrasında karar Cumhuriyet Başsavcılığı’na temyiz edilmiş Yargıtay 18. Hukuk Dairesi kararda yabancılık unsuru bulunmadı ve kararın kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesi ile bozulmasına karar vermiştir. Doktrinde eleştirilere neden olan bu karar hatalı görülmektedir. Çünkü Türk MÖHUK hükümlerine göre evlenmenin genel hükümleri ikinci aşama olarak bağlama noktası eşlerin müşterek mutad mesken hukukudur ki olayda buna göre bağlama noktası İsviçre hukuku olacaktır.

<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>(E.T. 13.06.2019).

²⁸⁹Evlenmenin genel hükümleri, eşlerin müşterek milli hukukuna, eşlerin vatandaşlığı farklı ise müşterek mutad mesken hukukuna, bununla bulunmaması halinde Türk hukuku uygulanır. (MÖHUK m. 13/3)

²⁹⁰Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 268.

²⁹¹Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 224. Ayrıca bkz. Türk hukukunda Efendi, Bey, Paşa gibi asalet ünvanlarının Lakap ve Ünvanların Kaldırılmasına dair Kanun ile kaldırılmıştır.

²⁹²İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu, m. 37/1.

²⁹³İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu, m. 37/2.

Alman hukukunda ise İsviçre hukukunda olduğu gibi kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde ayrıca özel bir düzenleme yapılmıştır. Ancak bağlama noktası olarak ad ve soyadın kazanılması ve kaybedilmesi konusunda milli hukuk tayin edilmiştir²⁹⁴. Avusturya kanunlar ihtilafı kurallarına göre de adın kazanılması ve kaybedilmesi milli hukuka tabi tutulmuştur²⁹⁵. Buna göre ad ve soyadın değiştirilmesi, kaybedilmesi, kazanılması anındaki milli hukuk uygulanacaktır. Evlenme anında da eşlerden birisinin milli hukuku seçilerek evlenme memuruna beyanda bulunulması ve o hukuk sisteminin uygulanması mümkün kılınmıştır.²⁹⁶ Eşlerden birisinin mutad meskeninin Almanya’da olması halinde de Alman hukukunu seçebilme imkanı verilmiştir.

Türkiye ad ve soyadın değişikliğine ilişkin çok taraflı sözleşmelere mevcuttur. Bunlar, 1958 tarihli Ad ve Soyadı Değişikliğine İlişkin Sözleşme²⁹⁷ ile Ad ve Soyadın Nüfus Kütüklerine Yazılış Şekline İlişkin Sözleşme²⁹⁸ dir. Sözleşmeye göre her üye devlet, diğer üye devlet vatandaşlarının ad ve soyad değişikliğine izin vermemekle yükümlüdür²⁹⁹. Her devlet ancak kendi vatandaşı için ad ve soyad değişikliğine izin verme yetkisine sahip olduğu kabul edilir³⁰⁰.

2.3.5. Kamsam Dışı Haller

2.3.5.1. Özel Ehliyet Kuralları

Hak ve fiil ehliyetinin yanı sıra özel ehliyet gerektiren bazı haller vardır. Bunlara hangi hukukun uygulanacağı konusunda kanunda farklı düzenlemeler bulunmaktadır. Fiil ehliyetinin tabi olduğu gibi bu özel ehliyet kurallarına genel olarak milli hukuk uygulanır. Ayrıca işlemin tabi olduğu hukuk mu yoksa kanunda düzenlenen özel ehliyetin bağlandığı hukukun mu uygulanacağı konusu da önemlidir. Öncelikle özel ehliyet gerektiren durumlarda, özel ehliyet kuralının tabi olduğu hukukun uygulanması esastır³⁰¹. Çünkü özel ehliyet gerektiren kurallar hangi hukuk dalına ait ise öncelikle o hukukun tabi olduğu hukuk uygulanacaktır³⁰². Örneğin

²⁹⁴Almanya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu, m. 10/1.

²⁹⁵Avusturya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu, m. 13/1.

²⁹⁶Almanya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu, m. 10/2.

²⁹⁷Resmi Gazete: Tarih: 13.07.1962, Sayı: 11153.

²⁹⁸Resmi Gazete: Tarih: 14.08.1975, Sayı: 15326.

²⁹⁹Toker/Ruhi, Bazı Çok Taraflı Uluslararası Sözleşmeler, s. 1 vd.

³⁰⁰Can/Toker, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 351.

³⁰¹Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 255.

³⁰²Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 218.

haksız fiil ehliyetine haksız fiilin tabi olduğu hukuk, vasiyetname ehliyetine miras hukukunun tabi olduğu hukuk vb.

Aile hukukuna ilişkin özel ehliyet gerektiren hallerde hangi hukukun uygulanacağı kanunda belirtilmiştir. Nişanlanma ehliyeti ile ilgili yetkilendirilen hukuk genel ehliyet kuralında olduğu gibi milli hukuktur. Evlenme için de kanun aynı bağlama noktasını kararlaştırmıştır. Buna göre tarafların nişanlanma ve evlenme anında sahip oldukları vatandaşlık hukuku bağlama noktası olarak uygulanacaktır. (MÖHUK m. 12,13)

Miras hukukuna alanında da bazı özel ehliyet kuralları kanunda düzenlenmiştir. Ölüme bağlı tasarrufta bulunma ehliyeti, miras hukukun genel bağlama noktası olan milli hukuka bağlanmıştır. Buna göre miras ölenin milli hukukuna tabidir (MÖHUK m. 20). Mirasçılar miras bırakanın vatandaşı olduğu ülke hukukuna göre mirası olma ehliyeti var ise terekeden pay alabileceklerdir. Ölüme bağlı tasarrufta bulunma ehliyeti de tasarrufta bulunma anındaki milli hukuka tabidir (MÖHUK m. 20/5). Kişi vasiyetname düzenlerken hangi ülke vatandaşı ise o ülke hukukunun maddi hükümlerine göre düzenlemede bulunabilecektir. Ancak taşınmaz mallara ilişkin de özel ehliyet kuralı mevcuttur. Mirasçının taşınmaz malı mevcut ise bu durumda taşınmaz mala ilişkin özel ehliyet kuralı uygulanacaktır³⁰³. Taşınmaz mülkiyeti elde etme ehliyeti taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna tabidir (MÖHUK m.21).

Haksız fiil ehliyeti konusunda kişinin haksız fiil ehliyetine sahip olup olmadığı hususunda genel yetkili hukuk, haksız fiilin tabi olduğu ülke hukukudur. Kanunda haksız fiile ilişkin kendi içerisinde daha geniş özel ehliyet kuralları belirlenmiştir³⁰⁴. Son olarak vasi olma ehliyeti genel fiil ehliyetinde olduğu gibi vasinin milli hukuku yetkili hukuktur. Ticaret hukuku alanında daha önce değindiğimiz gibi özel ehliyet kurallarının düzenlendiği hükümler mevcuttur³⁰⁵.

2.3.5.2. İşlem Güvenliği İlkesi

Bir ülkede yapılan işlemin diğer ülkelerde de geçerli olması milletlerarası ilişkilerin yürütülebilmesi için şarttır. Herkes hukuki işlemlerde bulunurken yaptıkları işlemin geçerli

³⁰³Çelikel/Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 324.

³⁰⁴Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s.307 vd. bkz.

³⁰⁵Can/Toker, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 346.

olması niyeti ile hareket eder. Yapılan bu işlemlerin güvenli olmaması halinde milletlerarası ortamda bir güvenlik sorununa yol açacaktır. Özellikle günümüzde ticari ilişkilerin uluslararası alana yayıldığı ve internet yolu ile kurulan ilişkiler sayesinde artan ticari işlemler günümüzde daha da önem kazanmıştır. Bu yüzden kurulan ilişkilerde işlemlerin güvende olması için bazı kuralların geliştirmesi sağlanmıştır.

İlk olarak işlemin şekil olarak diğer devletlerde de kabul edilmesi için *locus regit actum* (LRA) kuralı getirilmiştir³⁰⁶. Hemen hemen bütün kanunlar ihtilafı kuralları tarafından kabul edilen bu kurala göre hukuki işlemin şekli, o işlemin yapıldığı ülke hukukuna tabi olmasıdır³⁰⁷. Şekil kurallarının dışında bir işlemin geçerli sayılması için kabul edilen ehliyet kurallarıdır. Şahıs hukukuna ilişkin olan bu ehliyet kuralları ülkeden ülkeye farklılık arz etmektedir. Zira ehliyet şahsi statüye tabi olduğundan her ülkenin şahıs hukuku kurallarına göre fiil ehliyeti için farklı şartlar aranmaktadır.

Yabancılık unsuru içeren hukuki işlemler de taraflar başka devlet hukuku kurallarını bilmediğinden, hukuki işlemi yapan yabancı kişinin kendi hukukuna göre ehliyet sahibi olup olmadığını bilmesi beklenemez. Özellikle de şekil şartı aranmayan işlemlerde bu böyledir. Bu tür işlemlerin özellikle ticarete fazlaca olmasından işlem güvenliğinin sağlanması uluslararası alanda çok önem arz etmektedir. Ticari ilişkilerin bozulmaması için Türk hukukunda bu problemi gideren hüküm ehliyet kurallarını düzenleyen kanunlar ihtilafı kuralı ile aynı madde içerisinde düzenlenmiştir. Ancak bu düzenleme sadece yabancı gerçek kişileri kapsamaktadır çünkü kanunda tüzel kişilere ilişkin böyle bir düzenleme ile istisna getirilmemiştir³⁰⁸. Buna göre milli hukukuna göre ehliyetsiz olan bir kişi, işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil ise yaptığı hukuki işlemle bağlı olacaktır (MÖHUK m. 9/2).

2.3.5.2.1. İşlem Güvenliği İlkesinin Ortaya Çıkması

Fiil ehliyetinin şahsi statüye tabi tutulması sonucu, ehliyet sahibi olması kendi milli hukukuna göre belirleneceğinden tarafların yabancı olduğu işlemler bakımından işlem güvenliğine zarar verdiği görülmüştür. Meşhur olan ve literatürde Lizardi davası olarak bilinen,

³⁰⁶Çelikel/Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 36.

³⁰⁷Nomer, Ergin, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 244.

³⁰⁸Can/Toker, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 344.

1961 tarihli Fransız mahkemesi kararı ile işlem güvenliği kuralı doğmuştur³⁰⁹. Davalı 21 yaşında bir Meksika vatandaşıdır. Paris'te değeri yüksek bir mücevher satın almış bedelinin istenmesi sonrasında kendisinin vatandaşı olduğu Meksika hukukuna göre fiil ehliyetine sahip olmadığını ileri sürerek ödemedi kaçınmıştır³¹⁰. Satıcı Fransız mahkemelerinde dava açmış ve malın bedelini ödemesini talep etmiştir. Fransız mahkemesi davacı satıcının, Meksika vatandaşının yaşını bilmemesi ve bilmesinin kendisinden beklenemeyeceğinden Lizardi aleyhine karar vermiştir. İşlemi yaparken Lizardi'nin ailesinde yanında olması ve bu işlemin geçersiz olması için bir nedenin bulunmaması sonucu satıcının iyiniyetli olduğu görülmüştür. İşlemin geçersiz olduğunu iddia eden yabancı ülke vatandaşı olan Meksikalı Lizardi'nin ise söz konusu işlemi kendi hukukuna göre ehliyetsiz olduğunu ileri sürerek borcunu ifadan kaçınması açıkça kötü niyet göstergesidir. Böylece ehliyetsiz tarafın işlemi yaparken hakkaniyet ilkelerine aykırı davranarak ödemedi kaçınması ve diğer tarafın yabancı kişinin hukukunun ehliyet kurallarını bilmemesi sonraki dönemlerde işlem güvenliği ilkesinin şartlarının oluşmasında rol oynamıştır³¹¹.

Fransa'da o tarihte fiil ehliyeti yaşının 21 olması nedeni ile Fransız kanunlarına göre Lizardi fiil ehliyetine sahiptir³¹². Fransız mahkemesi işlemin yapıldığı ülke hukuku olan Fransa hukukuna göre ehliyetine sahip olan kişinin yaptığı işlemle sorumlu olacağını kabul etmiştir. Böylece Fransız mahkemesinin bu kararı ile işlem güvenliği kuralı doğmuştur. Daha sonra ki gelişmeler ile işlem güvenliği kuralı kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde kanunlaştırılmıştır. Günümüzde hemen bütün hukuk sistemleri tarafından işlem güvenliği ilkesi kabul edilmiştir. Ancak işlem güvenliği kuralının kapsamı daraltılmıştır. Dolayısıyla her türlü hukuki işlemler için geçerli değildir. Öncelikle aile hukuku ve miras hukuku alanında bu kuralın uygulanmaması gerektiği kabul görmüştür³¹³. Ayrıca yabancı ülkede bulunan taşınmazlara ilişkin işlemler içinde işlem güvenliği ilkesi uygulanmayacaktır.

³⁰⁹Philippe Fouchard, Berthold Goldman, Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, Kluwer Law International,1999, s. 252; Bu karar ile ilk defa hukuki işlemlerde tarafların fiil ehliyeti gündeme gelmiştir. Sonrasında kararın genişletilmesi sonucu fiil ehliyetinden yoksunluk incelenmiştir ve 1980 tarihli Roma Konvansiyonu madde 11'de karara dönüştürülmüştür; Ekşi, Nuray, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 17, Sayı:1-2, s.171.

³¹⁰Meksika hukukuna göre fiil ehliyeti 25 yaşının doldurulması ile kazanılır.

³¹¹Geert van Calster, European Private International Law, 2016, Hart Publishing, s. 224; İşlem güvenliği ilkesinin kamu düzenine ilişkin olduğu görüşü savunulmuştur.

³¹²Fransa Medeni Kanunu, m. 17-3; Fransız hukukuna göre ehliyet yaşı günümüzde 18'dir.

³¹³Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 111.

İşlem güvenliği ilkesinin uygulanması için yabancı gerçek kişinin kendi hukukuna göre ehliyetsiz olduğunun ve işlemi yapan karşı tarafın bunu bilmemesi veya bilebilecek durumda olmamasının bir iyiniyet şartı olarak uygulanması doktrinde tartışmalıdır³¹⁴. Lizardi kararında olduğu gibi taraflardan biri kötü niyetlidir ancak kararda bu kişi işlemi yapan ehliyetsiz yabancı ülke vatandaşı Lizardi'dir. Ancak Fransız vatandaşı satıcının iyiniyet sahibi olup olmadığının araştırılması şartı aranmasada kararda satıcının karşı tarafın ehliyetsizliğini bilmediği yada bilmesi gerekmediği şeklinde vurgulanmıştır³¹⁵. Eğer satıcı iyiniyetli olmasaydı ve bu durumdan haberdar olsaydı o zaman Lizardi lehine karar çıkabilecek miydi? Bu konuda doktrinde net bir görüş bulunmamaktadır. İşlem güvenliği ilkesinin şartları başlığı altında bu konu incelenecektir.

2.3.5.2.2. İşlem Güvenliği İlkesinin Şartları

2.3.5.2.2.1. Milli Hukukuna Göre Fiil Ehliyetine Sahip Olmamalı

İşlem güvenliği ilkesinin uygulanması için kişinin şahsi statü hukukuna göre fiil ehliyetine sahip olmaması gerekir. Kişi şahsi statüsüne göre fiil ehliyetine sahip ise bu durumda işlem güvenliği ilkesi uygulanamayacaktır. İşlem güvenliği ilkesinde fiil ehliyetine sahip olduğu işlemin yapıldığı yer hukukuna göre belirlenecektir. Fiil ehliyetinin sınırlı ehliyet yada tam ehliyet gibi dereceleri de işlemin yapıldığı yer hukukuna göre tayin olunacaktır. Ayrıca işlemi yapan yabancı gerçek kişi olmalıdır. Yabancı gerçek kişi işlemin yapıldığı yer hukukuna göre ehil ise işlem güvenliği ilkesi gereği ehliyetli olduğu kabul edilmektedir³¹⁶.

MÖHUK m. 2/3'de şahıs ve aile hukukuna ilişkin konularda atıf kabul edilmiştir. Türk kanunlar ihtilafı kuralları milli hukukuna göre ehliyetsiz olan yabancılar için işlem güvenliği ilkesinin uygulanacağından bahsetmektedir. Ancak yabancıya ilişkin uygulanacak hukukun milli hukuktan başka bir bağlama noktası kabul etmiş olması halinde işlem güvenliği ilkesinin uygulanması bu hukuka göre nazara alınacaktır.³¹⁷ Common law hukuk³¹⁸ sisteminde

³¹⁴Can/Toker, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 345; Nomer, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, s. 244.

³¹⁵Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 221; *Sans legerete, sans imprudence et avec bonne foi (dikkatli ve iyi niyetli)*.

³¹⁶Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 226.

³¹⁷Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 258.

³¹⁸İngiltere kanunlar ihtilafı kuralı düzenlemeleri ehliyetine ilişkin işlem güvenliği kuralı konusunda Roma I Tüzüğünü kendi iç hukukuna aktarmıştır.

Bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/36/contents> (E.T. 13.06.2019).

olduğu gibi bazı hukuk sistemleri ehliyetle yerleşim yeri hukukunu uygulanmaktadır. Çin kanunlar ihtilafı kurallarına göre ise ehliyetle mutad mesken hukukuna bağlanmıştır. Bu durumda kişinin mutad mesken hukukuna göre ehliyetle olmasının aranmaktadır³¹⁹. İsviçre hukuku açısından ele alınacak olursa işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehliyet sahibi olan yabancı kişi yerleşim yeri hukukuna göre fiil ehliyeti yoksa işlem güvenliği ilkesi uygulama alanı bulacaktır³²⁰. Bunun gibi şahsi statünün milli hukuk dışında tabi tutulduğu farklı başlama noktaları vardır. Bu gibi durumlarda şahsi statüsü milli hukuktaki ehliyetle ilişkin maddi hukuk kuralları dikkate alınmayacaktır. Bağlama noktasının gösterdiği ehliyet kuralına göre kişinin fiil ehliyeti bulunmuyorsa işlem güvenliği ilkesi uygulanacaktır.

Türk hukukunda şahsi statünün milli hukuktan başka bir bağlama noktasının tayin edildiği durumlarda atıf teorisi ilkesine göre fiil ehliyetinin var olup olmadığı karara bağlanırken Roma I Tüzüğü³²¹ ve diğer bazı hukuk sistemleri işlem güvenliği ilkesini düzenlerden Türk hukukundan farklı olarak kişinin şahsi statüsünün “işlemin yapıldığı yer hukukundan farklı bir ülke hukukuna göre ehliyetle olmasının” şeklinde düzenleme yapmıştır. Bu düzenlemeye göre herhangi bir bağlama noktası belirlenmemiştir. Yabancı kişinin yapmış olduğu işlemin yapıldığı yer hukukundan başka bir ülke hukukuna göre yani şahsın kendi hukukuna göre kanunlar ihtilafı kuralları ehliyeti nasıl düzenlemiş ise karşılaştırılan hukuk sisteminin maddi hukuk hükümleri ile işlemin yapıldığı yer hukukunun ehliyetle ilişkin tayin ettiği düzenlemenin farklı olması yeterli görülmüştür. Lafzi anlamda Türk hukuku ile farklılık arzetsede aslında sonuç aynıdır. Her iki düzenlemede de yabancı kişinin işlemin yapıldığı yer hukukuna göre ehliyet sahibi olması gerekirken, kendi ülke hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği iç hukuk sistemine göre ehliyetle olmasının gerektiği şartı uygulanır.

İşlemi yapan kişinin vatansız veya mülteci olması halinde işlem güvenliği ilkesinin uygulanabilmesi için, fiil ehliyetinin varlığı yerleşim yeri hukuku veya mutad mesken hukukuna göre belirlenecektir. Vatansız veya mülteci, yerleşim yeri hukuku veya mutad mesken hukukuna göre fiil ehliyetine sahip değilse ancak işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil ise bu durumda işlem güvenliği ilkesi uygulanabilecektir³²². Şayet işlemin yapıldığı yer ile

³¹⁹Çin Halk Cumhuriyeti Madeni Kanunu m. 12.

³²⁰İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu, m. 36.

³²¹Özkan, Işıl/Süral, Ceyda/Tütüncübaşı, Uğur, Devletler Özel Hukuku, Adalet Yayınevi, 2016, s. 377. Roma I Tüzüğü’nde kişilerin statüleri ve ehliyetleri konusu kapsam dışı bırakılmış olsada işlem güvenliği kuralı sözleşmeye ilişkin olduğundan düzenlemeye alınmıştır. Ayrıca İngilizce metni için bkz.

<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:En:PDF> (E.T. 23.03.2019).

³²²Çelikel/Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 205.

yerleşim yeri yada mutad meskeni aynı ise bu durumda fiil ehliyeti bağlama hukukuna göre belirleneceğinden zaten işlem güvenliği ilkesinin uygulanmasına gerek kalmayacaktır.

2.3.5.2.2. İşlem Hazırlar Arasında Yapılmış Olmalı

İşlem güvenliğinin amacı fiil ehliyetine sahip olmayan kişinin dış görünüşünden ehliyet sahibi olduğunu düşünen karşı tarafta veya üçüncü kişileri de oluşan güven duygusunu korumaktır³²³. Karşı tarafın fiil ehliyetine sahip olduğu kanaatinin oluşması için tarafların yüz yüze olması gerekmektedir. Karşı tarafta oluşan kanaatin korunması ancak hazırlar arasında yapılan işlemler de söz konusu olur. Tarafların birbirini görmemesi işlem güvenliği ilkesinin uygulanması için müsait değildir. Ortada bir ehliyet sahibi olduğuna dair bir yanılma veya ehliyet sahibi olduğunu bilemeyeceği yahut bilmesinin kendisinden beklenemeyeceği bir durum söz konusu yoktur. Taraflar hazır olmadığından işlemin fiil ehliyeti olmayan bir kişi ile yapılmış olduğuna dair düşündürücü durumda ortadan kalkmış olur³²⁴. Bu düşüncenin oluşmamış olması yani karşı tarafın fiil ehliyetine sahip olduğu şeklinde görünen bir yanılısama olmayacağından işlemin güvene alınma gereği de ortadan kalkacaktır.

Ancak durum borçlar hukuku alanında düşünüldüğünde işlemin hazırlar arasında yapılması demek karşılıklı irade beyanlarının birbirine çabucak yani vakit kaybetmeden ulaşılmış olması demektir. Türk Borçlar Kanununda hazırlar arasında yapılan işlem karşılıklı yüz yüze yapılan işlem demektir. Ancak TBK m. 4 ile telefon, bilgisayar vb. yöntemlerle irade beyanlarının birbirine anında ulaştığı yollarla yapılan hukuki işlemlerde hazırlar arasında yapılmış kabul etmektedir. Bu durumda oluşan kavram karmaşasını çözmek için doktrinde hazırlar arasında deyimi kullanmak yerine yüz yüze yapılan işlemler için işlem güvenliği ilkesi düzenlenmiştir demek daha doğru olacaktır.

İşlem güvenliği ilkesinin getirildiği hukuk kuralına bakılacak olursa, MÖHUK m. 9/2'de, işlemin hazırlar arasında yapılmış olması deyimi kullanılmamıştır. Kanunun lafzında değinilmemiş olsada doktrinde işlemin hazırlar arasında yapılmış olması gerektiği görüşü benimsenmiştir³²⁵. İşlem güvenliği kuralının doğmasına neden olan Lizardi kararında da, işlemi

³²³Can, Hacı /Toker, Ali Gümrah, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 345.

³²⁴Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 111; Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 82.

³²⁵Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 111; Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 258; Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 221.

yapan Meksika vatandaşının kendi ülke hukukuna göre ehil olduğunu düşünerek satıcı çok değerli mücevheri satmıştır. Satıcının karşı tarafın fiil ehliyetine sahip olmadığı kanaatine varması aynı ortamda bulunmaları ve yüz yüze işlem yapmaları sonucunda oluşmuştur. Her ne kadar Türk milletlerarası özel hukuk kanununun da işlemin aynı fiziki ortamda yapılmış olmasına ilişkin bir kural bulunmasada doktrine göre işlem güvenliği kuralının uygulanabilmesi için bu şart aranacaktır.

Birçok Avrupa ülkelerinde uygulanan Roma I Tüzüğü'ne göre işlem güvenliğinin uygulanabilmesi için işlemin hazırlar arasında yapılmış olması şartı getirilmemiş olsada hukuki işlemin aynı ülke içerisinde yapılması gerektiği şeklinde düzenleme yapmıştır. Alman hukuku da Roma I Tüzüğü ile aynı görüştedir. İngiltere Roma I Tüzüğünü kendi iç hukukuna aktardığından aynı yönde düzenlemenin mevcut olduğu söylenebilir. Ancak bu düzenleme işlem güvenliği ilkesinin amaçladığı düzeni sağlamakta yetersizdir. Zira aynı ülkede yapılmış olsada işlemin tarafları yüz yüze gelmemiş olabilir yahut temsilcisi aracılığı ile aynı ülke içerisinde işlemi yapıyor olması mümkündür. Bu durumda işlem güvenliği ilkesinin sağladığı hakkın korunması yönünde oluşturduğu düzenleme ile fiili durum örtüşmeyecektir. Bu açıdan aynı ülkede bulunan kişilerin yapmış olduğu işlemlerde işlem güvenliği kuralının uygulama alanı bulması amacına uygun düşmez. Ancak işlem güvenliği kuralının oluşmasında etkili olan Lizardi kararının verildiği fiziki ortam günümüz fiziki ortamında çok farklıdır. Artık insanlar internet üzerinde yüz yüze görüşerek farklı fiziki ortamda hukuki işlemlerini yapabilmektedir. Bu yönü ile bakıldığında tüzüğün sağladığı genişlik işlem güvenliğinin uygulanmasında hakime bir esneklik sunmaktadır. Böylece vakıya göre hakim işlem güvenliği kuralının uygulanması gerekip gerekmediğine kendisi karar verecektir.

İsviçre hukuku kanunlar ihtilafı kuralları Türk hukukunda olduğu gibi işlemin hazırlar arasında yapılması gerektiğine ilişkin bir şart kanun hükmünde düzenlenmemiştir³²⁶. İşlemin hazırlar arasında yapılması şartının kanunda tanımlanmamış olması sonucu doktrin ve mahkeme içtihadları ile bu duruma esneklik kazandırılmıştır. Her vakıanın durumuna göre hakim hazırlar arasında olmasa dahi hakkın kötüye kullanılması söz konusu ise işlem güvenliği ilkesini uygulayabilecektir.

³²⁶İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu, m. 36.

2.3.5.2.2.3. İşlem Güvenliği İlkesinin Çift Yanlı Olması

İşlem güvenliği ilkesi yabancı gerçek kişilere ilişkin istisna getiren çok yanlı bir kuraldır³²⁷. Yapılan hukuki işlemin, işlem güvenliği hükmü ile koruma altına alınması için yabancı kişinin işlemin yapılması esnasında Türkiye’de bulunması şart değildir. 2675 sayılı eski MÖHUK kanununa göre işlem güvenliği ilkesi sadece Türkiye’de yapılan işlemlere ilişkin bir koruma sağlıyordu. Milli hukukuna göre ehliyetsiz olan bir yabancı Türk hukukuna göre fiil ehliyetine sahip ise Türkiye’de yaptığı hukuki işlemle bağlı kabul edilecekti. Yani başka ülkelerde yapılan hukuki işlemler için Türk yargısı önünde işlem güvenliği ilkesinde yararlanmak mümkün değildi. Bu durum doktrinde de eleştirilmekteydi ve uluslararası alanda kabul edilen şekli ile çok yanlı olması görüşü benimsenmekteydi³²⁸. Roma I Tüzüğü’nde de işlem güvenliği ilkesinin hukuki işlemin nerde yapılmış olduğuna bakmaksızın iyiniyetin her ülke için korunduğu görülür.

İşlem güvenliği ilkesinin düzenlenme nedenine ve amacına aykırı düşen bu düzenleme kaldırılmıştır. 5718 sayılı Kanun’u ile işlem güvenliği ilkesi çok yanlı hale getirilmiş. Sadece Türkiye’de yapılan işlemler için değil bütün işlemler için işlem güvenliği koruması sağlanmıştır. Yabancı ülkede yapılan işlemler içinde iyiniyet koruması sağlanmıştır. Örneğin, erginlik yaşının 19 olduğu Avusturya vatandaşının 18 yaşında Türkiye’de yaptığı işlem işlem güvenliği ilkesi çerçevesinde korunacaktır. Aynı şekilde erginlik yaşının 18 olduğu İsviçre’de yapmış olduğu işlemin geçerli olması için Türkiye’de dava açılabilir ve yapılan işlem diğer işlem güvenliği koruma şartlarını taşıyor olması halinde yapılan hukuki işlemin geçerli olduğuna karar verilebilecektir.

Aslında esas olan Türk hukukuna göre fiil ehliyetine yani erginliğe sahip olan yabancı kişinin yapmış olduğu işlem ile bağlı olmasının asıl amaca Türkiye’de işlem güvenliğini sağlamaktır³²⁹. Her hukuk sistemi kendi sınırları içerisinde yapılan işlemlerin korunması kararını verme ve buna ilişkin düzenlemelerde bulunma yetkisine sahiptir. Bazı hukuk

³²⁷Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 221; Çelikel/Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 210; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 111.

³²⁸Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 259.

³²⁹Can/Toker, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 345.

sistemleri bunu kanun yolu ile yaparken diğerk bazı hukuklarda da içtihadi yöntemlerle işlem güvenliğinin korunması sağlanmıştır³³⁰.

2.3.5.2.2.4. İşlemin İşlem Güvenliği İlkesine Uygulanmasına Elverişli Olmalı

İşlem güvenliğinin ilkesinin uygulama alanı sınırsız değildir. Kanun hükmü ile sınırlamaya tabi tutulmuştur. Pozitif düzenlemelerde aile ve miras hukukuna ilişkin işlemler ile yabancı ülkede bulunan taşınmazlara ilişkin işlemler işlem güvenliği ilkesinin kapsamı dışındadır (MÖHUK m. 9/2). Çünkü aile ve miras hukukuna ilişkin konularda taraf menfaatleri ön plandadır. İşlemin yapıldığı yerin menfaati korumaya değer değildir.³³¹ Ayrıca taşınmaza ilişkin konularda taşınmazın bulunduğu ülke münhasır yetkilidir. Dolayısıyla işlem güvenliği kuralının uygulanmasında bir menfaat bulunmadığı gibi uygulama alanı da bulamayacaktır. Aynı şekilde işlem güvenliği ilkesini daraltan bu aile hukuku ve miras hukukuna ilişkin konular ile yabancı ülkedeki taşınmazlara ilişkin konular Almanya, İngiltere ve İsviçre gibi hukuk sistemleri tarafından da kapsam dışı bırakılmıştır³³².

2.3.5.2.3. İşlem Güvenliği İlkesinde İyiniyet Rolü

İşlem güvenliği ilkesinin uygulanabilmesi için işlemi yapan karşı tarafın iyiniyetli olması gerektiği doktrinde tartışmalı bir konudur. Kişinin milli hukukuna göre ehliyetsiz olması işlemin geçerliliğine etki etmeyecektir. Ancak muhatabının ehliyetsiz olduğunu bilen karşı tarafın işlemin buna rağmen gerçekleştirecek olursa işlem güvenliği kuralından faydalanabilecek midir? Nomer'e göre işlemin yapan karşı taraf işlem muhatabının ehliyetsiz olduğunu biliyorsa bu durumda hukuken himaye edilme hakkını kaybedecektir³³³. Yani işlem güvenliği korumasından faydalanma hakkını yitirecektir. Aksine bir çözüm önermek, Türk hukukunun temel prensiplerinden olan iyiniyetin korunması ile ters düşecektir. Ancak 1980'lere kadar hakim olan görüş iyiniyet kuralının işlem güvenliği ilkesinin uygulanmasında

³³⁰Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 221. Almanya, İsviçre, İtalya Yunanistan işlem güvenliğini kanunlaştırmıştır. Ancak İşlem güvenliğinin çıkmasına neden olan Lizardi davasının görüldüğü Fransa'da mahkeme tatbiki yolu ile işlem güvenliği sağlanmaktadır.

³³¹Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 222; Çelikel/Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 210; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 111; Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 259.

³³²İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu, m. 36/2.

Almanya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu, m. 12.

³³³Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 221.

aranmayacağı yönündeydi. Sonrasında bu görüş önemini yitirmiş ve karşılaştırmalı hukuk ile paralel düşünce hakim olmuştur.

Alman hukukuna göre iyiniyet kuralı kanunlaştırılmış ve işlem güvenliği kuralının bir şartı haline getirilmiştir. Buna göre işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre fiil ehliyetine sahipolan kişinin, diğer bir ülke hukukunun maddi hükümleri uyarınca ehliyetsiz olduğunu iddia edebilmesi için karşı tarafın iyi niyetli davranmamış olması gerekir³³⁴. Yani yabancı kişinin ehliyetsiz olduğu gerekçesi ile işlemi geçersiz kılabilmesi için karşı tarafın kişinin ehliyetsiz olduğunu bilmesi veya bilebilecek durumda olması şartına bağlanmıştır.³³⁵ Buna paralel düzenleme Roma I Tüzüğü'nde de vardır. İşlem güvenliği ilkesinin doğmasına neden olan Lizardi kararında da işlemi yapan karşı tarafın yabancı hukuku bilmemesi ve bilebilecek durumda olmadığı belirtilmiş ve işlemin muhatabı Lizardi'nin dürüstlük kuralına aykırı hareket ettiği savunulmuştur³³⁶.

Türk hukukunda hakim görüşe göre de işlem güvenliğinin uygulanabilmesi için işlemin muhatabının iyi niyetli olması gerekir. İşlem güvenliği ilkesinin uygulanabilmesi için dürüstlük kurallarına aykırı hareket edilmemiş olması gerekir. Yani işlemi yapan kişi karşı tarafın ehliyetsiz olduğunu bilerek işlemi yapmaya devam ediyorsa bu durumda işlem güvenliği korumasından faydalanamayacaktır³³⁷. Çünkü özel hukukumuzun genel hükümlerinden olan iyi niyet kuralı burda kapsama alanına girecektir (TMK m. 2-3). İşlemin geçerlilik şartlarından olan fiil ehliyetinin yoksun olması durumunu bilerek karşı taraf işlemi yapıyorsa onun iyi niyetli davranmadığından söz edilemez. Bu durumda karşı tarafın ergin olmamasından faydalanarak işlem yapmaya çalışan kötüniyetli kişinin hakkı korunmayacaktır. İsviçre hukuku Alman hukukunda olduğu gibi pozitif düzenlemeler getirerek işlem güvenliği kuralının uygulanması için karşı tarafın iyiniyetli olması şartını koymuştur³³⁸. Türk hukukunda ise MÖHUK m. 9/2'de düzenlenen işlem güvenliği kuralının uygulanması için karşı tarafın iyiniyetli olması gerektiğini açıkça düzenlemeye almamıştır. Ancak doktrinde hakim olan görüşe göre de işlem güvenliği uygulanırken karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi iyiniyetli olmayan kişinin hakkı korumaya alınmamalıdır.

³³⁴Can, Hacı/Toker, Ali Gümrah, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 345.

³³⁵Almanya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu, m. 12.

³³⁶Geert van Calster, European Private International Law, s. 224

³³⁷Can/Toker, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 345.

³³⁸İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu, m. 36.

İşlem güvenliğinin amacı milletlerarası kurulan hukuki işlemlerde yabancı tarafın ehliyetsiz olduğunu bilemeyecek durumda olan karşı tarafın yapmış olduğu işlemin koruma altına alınmasıdır. Ancak işlemi yapan karşı tarafın bu ehliyetsizlikten haberdar olması halinde işlemi yapmaya devam etmesinde korunmaya değer bir hak bulunmayacağına işlemin geçerli sayılması da beklenemez. İşlemi yapan tarafların her zaman farklı ülke vatandaşı olmaları söz konusu değildir. Çok vatandaşlığın arttığı günümüzde aynı vatandaşlığa sahip kişiler arasında da işlem güvenliği ilkesi uygulama alanı bulacaktır. Zira her ülke ehliyet kurallarına aynı hukuku bağlama noktası olarak uygulamamaktadır. Ancak karşı tarafın fiil ehliyetine sahip olmadığını bilmesi aynı vatandaşlığa sahip kişiler açısından düşünülemez olduğundan işlem güvenliği korumasından faydalanmalarında beklenemeyecektir.

2.3.5.2.4. İşlem Güvenliği İlkesinin Tüzel Kişilerde Uygulanması

Tüzel kişilerin ehliyeti konusunda işlem güvenliği ilkesinin uygulanması hususu açık değildir. 5718 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 2. fıkrasında bulunan düzenlenen ile işlem güvenliği kuralının tüzel kişiler için de geçerli olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Kanun metninin lafzından anlaşılan, tüzel kişilerde işlem güvenliği ilkesinin uygulanmayacağı yönündedir. Kanunda “*milli hukuka göre ehliyetsiz olan kişiler*” deyiminden anlaşılan gerçek kişilerdir. Çünkü tüzel kişilerin milli hukuku olamaz, tüzel kişiler idare merkezi esasına göre bağlama noktası tespit edilir. Ancak gerçek kişilerde yapılan yorum gibi kanun metninin amacına ve ruhuna göre yorum yapıldığında bağlama noktası olarak milli hukuk deyimini kullanılmasının dikkate alınmadan gerçek ve tüzel kişiler için işlem güvenliği ilkesi uygulanacağı yorumu yapılabilecektir³³⁹. İşlem güvenliğinin ortaya çıkma nedeni düşünüldüğünde işlem yapan kişilerin, karşı tarafın ehliyetsiz olduğunu bilmeden yapmış olduğu işlemin güvence altına alınarak geçerli olmasını sağlamaktır. Aynı durum tüzel kişiler için de geçerli olacaktır. Çünkü idare merkezine göre fiil ehliyeti bulunmayan bir tüzel kişi özellikle şirket söz konusu ise, işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehliyet sahibi ise bu durumda işlemi yapan karşı tarafın hakkı da gerçek kişilerde olduğu gibi korunmaya değerdir.

³³⁹Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 220; Çelikel/Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 210; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 114; Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 264; Aygül, Musa, Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, s. 231.

Yargıtay kararı da tüzel kişilerin işlem güvenliği ilkesinden yaralanacağı görüşünü destekler niteliktedir.³⁴⁰ Söz konusu Yargıtay kararında yabancı şirket Türkiye’de bir Türk şirketi ile işlem yapmış ancak şirketin idare merkezi hukukuna göre fiil ehliyeti bulunmamaktadır. Sözleşme metninin Türkçe yapılmış olması vehakimin Türk olduğu ve Türkiye’de yerleştikleri gerekçesi ile sözleşmenin Türkiye’de düzenlendiğini belirtmiştir. Davalı yabancı şirket ise şirket merkezine göre fiil ehliyetinin bulunmadığını savunmaktadır. Davacının kendi hukukuna göre fiil ehliyeti olmasa da, sözleşmenin Türkiye’de kurulduğundan ve davacı karşı taraf şirketin kendi hukukuna göre fiil ehliyetinin bulunmadığını bilmediğinden ve bilmesinin kendisinden beklenemediğinden davacının iyiniyetli olması nedeni ile sözleşmenin geçerli olması talebini kabul etmiştir.

Tüzel kişilerin taraf olduğu hukuki işlemlerde işlem güvenliği ilkesinin uygulanabilmesi için gerçek kişilerde aranan şartlar tüzel kişiler içinde aranmalıdır. İşlem güvenliğinin uygulanmasına sebep tüzel kişinin şahsi statü hukukuna göre ehliyetsiz olmasıdır. İşlemin başka bir nedenden dolayı geçersiz olduğu durumlarda işlem güvenliği ilkesi uygulanamayacaktır. Tüzel kişinin yapmış olduğu işlem, işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre geçerli olmalıdır. Yani tüzel kişinin fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Aynı zamanda işlemi yapan karşı tarafın tüzel kişinin ehliyetsiz olduğunu bilmemesi veya bilebilecek durumda olmaması gerekir. Kısacası gerçek kişilerde aranan şartlar tüzel kişiler için de geçerli olmalıdır.³⁴¹

Ayrıca karşılaştırmalı hukukta genel görüş *ultra vires* kuralı gereği işlem güvenliği ilkesinin tüzel kişilere uygulanması gerektiği yönündedir. Yukarıda ki Yargıtay kararı örneğinde olduğu gibi şirket ana sözleşmesinde düzenlenen faaliyet alanı dışında hukuki işlem yapmış olması halinde oluşan zarardan iyiniyetli karşı tarafın değil şirketin sorumlu olması hakkaniyet açısından daha uygundur. Türk Ticaret Kanunu³⁴²,nda yeni düzenleme ile *ultra*

³⁴⁰Yargıtay 11.HD, K. 2005/778, E. 2005/4621, 19.07.2005 “tarihli kararında söz konusu hisse devir sözleşmesini garantör sıfatı ile imzalayan İsveç şirketinin, idare merkezinin bulunduğu ve ona tabi olduğu İsveç hukukunda, ana sözleşmesinin garantör sıfatı ile sözleşme akdetme yetkisi tanımadığı bu nedenle sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri süren İsveç şirketinin itirazını işlem güvenliği ilkesini dikkate alarak, Türk hukukuna göre İsveç şirketinin bu sözleşmeyi yapma ehliyeti bulunduğu ve sözleşmenin Türkiye’de imzalandığından ilk derece mahkemesinin kararını onayarak, İsveç şirketinin itirazını reddetmiştir”. (Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Daire Başkanlığı UYAP sisteminden temin edilmiştir).

³⁴¹Aygül, Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti, s. 232.

³⁴²Resmi Gazete, Tarih: 14.02.2011, Sayı: 27846.

vires kuralı kaldırılmıştır³⁴³. Bu nedenle şirketin yetkisinin sınırlanmasının kalmış olacağından ehliyetsizliğe ilişkin problem ortadan kalkmış olacaktır. Ancak bu sadece Türkiye’de yapılan işlemler için geçerlidir. Zira işlem güvenliği ilkesi çok yönlü bir kuraldır. Yabancı şirketlerin ana sözleşmeleri ile getirdiği sınırlamalar ehliyetsizliğe ilişkin sorunun devam etmesine neden olduğundan, hala iyiniyetli karşı tarafın hakkının korunması için işlem güvenliği ilkesine ihtiyaç duyulacaktır.

Karşılaştırmalı hukuk incelendiğinde öncelikle çoğu Avrupa ülkesini etkileyen Roma I Tüzüğü’nde açık bir şekilde işlem güvenliği kuralının gerçek kişiler için geçerli olduğu, tüzel kişilerin yaptığı hukuki işlemlerin işlem güvenliği ilkesinden faydalanamayacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme şirketlerin hukuki işlemlerini temsilcileri aracılığı ile yapması ve temsil yetkisinin sınırlandırılmış olabileceği işlem güvenliği ilkesinin uygulanmasını mümkün kılmamaktadır. Çünkü işlem güvenliği ilkesi hazırlar arasında yapılan işlemler için geçerli olup temsilcinin yaptığı işlem için geçerli değildir. Temsilci aracılığı ile yapılan işlemlerde işlem güvenliğinin uygulanmayacağı doktrinde kabul edilmiştir. Ayrıca şirket organlarının temsil yetkisine ilişkin sınırlamalar her ülkede farklılık arz etmektedir. İşlemi yapan karşı tarafın bu tür ehliyet kısıtlamalarına ilişkin yabancı hukuk sistemlerini bilmesi beklenemez. Bu yönü ile tüzel kişilere ilişkin işlem güvenliği korumasının iyiniyetli karşı taraf için de uygulanması gerektiğini düşündüren niteliktedir.

Her ne kadar Yargıtay kararı ve doktrinde baskın olan görüş işlem güvenliği ilkesinin tüzel kişilere uygulanması yönünde ise de, gerçek kişilerin ve tüzel kişilerin çok farklı hukuki düzenlemelere tabi olması, gerçek kişiler ile aynı şartlara tabi tutarak işlem güvenliği ilkesini uygulamak doğru görünmemektedir.

İngiliz ve Alman hukuk sistemleri de işlem güvenliği ilkesinin uygulanmasında tüzel kişileri kapsam dışı bırakmıştır. İsviçre hukukunda ise Türk hukukunda olduğu gibi işlem güvenliği ilkesinin tüzel kişilere uygulanacağına dair pozitif bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak konun metnini lafzi yorumundan faydalanarak İsviçre hukukunda da işlem güvenliği kuralının gerçek kişilere ilişkin hükümleri tüzel kişilere de kıyasen uygulanmaktadır.

³⁴³Yıldız, Burçak, Ultra Vires İlkesinin Kaldırılmasının Ardından İşletme Konusu Unsuru ve Ticaret Şirketlerinin İşletme Konusu Dışındaki İşlemlerin Hukuki Niteliği, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 27, Sayı: 3, 2011/9, s. 2; Aygül, Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti, s. 216.

2.3.5.2.5. İşlem Güvenliği İlkesinin Kambiyo Senetlerine Uygulanması

Türk Ticaret Kanunu'nda sayılan kambiyo senetleri ile yapılan hukuki işlemler açısından da işlem güvenliği kuralı getirilmiştir. Kambiyo senetlerinden olan bono çek ve poliçe ile yapılan yabancı unsurlu hukuki işlemler milletlerarası özel hukuk kuralına tabi tutulmuştur³⁴⁴. Bu düzenleme 19.05.1931 tarihli Cenevre Sözleşmesine³⁴⁵ dayanmaktadır. Uluslararası alanda geniş etkiye sahip olan bu sözleşme ile kambiyo senetlerinde ehliyetsizlik nedeni ile işlemlerin geçersiz olan işlemlerin işlem güvenliği ile korunması konusunda yeknesaklık sağlandığı söylenebilir³⁴⁶.

Türk hukukuna göre poliçe, bono, çek düzenleme ehliyeti kişinin milli hukukuna tabidir. TTK m 766'da düzenlenen şekli ile bir kişinin poliçe ile borçlanması için gereken ehliyet kişinin milli hukukuna göre belirlenir³⁴⁷. Eğer bu hukuk başka bir devletin hukukuna atıfta bulunuyorsa o hukuk uygulanır. Kişi kendi hukukuna göre yada o hukukun başka bir devletin hukukuna yaptığı atıf hukukuna göre ehliyetli kabul edilmiyorsa ancak kendisini ehil sayan bir ülkede imza koymuşsa ehil sayılır³⁴⁸. Yukarıda belirtilen bağlama hukuku gereğince ehliyetsiz olan kişi, poliçeye imza koyduğu yer hukuku bakımından ehil ise işlem geçerli sayılacaktır. Aynı hükmün çek ve bonolar hakkında da uygulanacağı hükme bağlanmıştır. (TTK m.778, 819)

Böylece poliçe, bono, çek ile yapılan işlemler bakımından yapılan taahhütlerin geçerliliğini korumak için TTK milletlerarası özel hukuk konusu olan işlem güvenliği kurallarına yer vermiştir. Yukarıda açıklanan kanun hükümlerinden anlaşıldığı üzere, poliçe, bono veya çek ile borç altına giren kişinin milli hukukuna göre veya milli hukukun atıfta bulunduğu ülke hukukuna göre ehliyetsiz olduğunu ileri sürerek borcunu ifa etmekten kaçınamayacaktır³⁴⁹. Ayrıca kanunlar ihtilafı çerçevesinde düzenlenen işlem güvenliği ilkesi kuralının uygulanma şartları TTK 'da düzenlenen kambiyo senetlerine uygulanan özel işlem

³⁴⁴Can/Toker, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 346.

³⁴⁵Resmi Gazete: 5 Eylül 1961, Sayı: 10898.

³⁴⁶Ekşi, Nuray, Milletlerarası Ticaret Hukuku, 2. Bk., İstanbul, Beta Yayınevi, 2015, s. 205

³⁴⁷Pulaşlı, Hasan, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 6. Bk., Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s. 108.

³⁴⁸Çelikel/Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 211.

³⁴⁹Yargıtay 12. HD, E. 2009/23883, K. 2010/5503, 09.03.2010 tarihli karar ile bono ile taahhüt altına girilen işlemde senedin İngilizce düzenlemesi ve birlikişi tarafından yapılan incelemede senedin tanzim yerinin bulunmadığından alacaklı vekilinin temyiz isteminin reddedilmesi kararı bozulmuştur.

<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> (E.T. 13.06.2019).

güvenliği ilkesine de aynen uygulanacaktır³⁵⁰. İşlem güvenliği ilkesinin çift yanlı olması özelliği bono çek ve poliçe ile taahhüt altına girenin ehliyeti için de geçerli olacaktır. Yani sadece Türkiye’de yapılan işlemler için geçerli olmayıp, işlem güvenliği ilkesinin uygulanması şartlarını oluşturan her yerde yapılan işlemler için koruma sağlanacaktır. Böylece bono, çek ve poliçe ile alacağını tahsil edecek olan kişinin söz konusu kambiyo senetlerinin sağladığı ödeme güvencesi, işlem güvenliği düzenlemesi ile sağlamlaştırılmıştır.



³⁵⁰Dođan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 261.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MİLLETLERARASI USUL HUKUKU KURALLARI ÇERÇEVESİNDE GERÇEK KİŞİLERİN ŞAHSİ STATÜSÜ

3.1. Milletlerarası Yetki

Genel olarak yetki, bir davanın hangi yerdeki mahkeme tarafından görüleceği ifade eder³⁵¹. Uluslararası alanda yetki kavramı ise yabancı unsurlu davalar için söz konusu olur. Yabancı unsur ilişkisi bulunan hangi ülke hukukunun mahkemelerinin yetkili olduğunun belirlenmesini ifade eder³⁵². Genel olarak yetki kurallarının belirlenmesinde iki farklı sistem uygulanır³⁵³. İlk olarak iç hukuktaki yetki kurallarının milletlerarası yetki kurallarına da uygulandığı sistemdir. Diğer sisteme göre ise yabancılık unsuru taşıyan davalar bakımından ayrı ve özel olarak iç hukuktaki yetki düzenlemelerinden bağımsız kurallar düzenlenmesidir.

Medeni usul hukukumuz açısından yetki bir davanın hangi yerdeki mahkeme tarafından görüleceğini ifade eder. Davanın taraflarının yabancı olup olmamasına bakılmaksızın yetkili mahkeme iç hukukta belirtilen mahkemedir³⁵⁴. 5718 sayılı Kanun'un m. 40'da belirtildiği üzere, milletlerarası yetkiyi Türk mahkemelerinde, iç hukukun yer itibari ile yetki kuralları tayin eder. Bu demek oluyor ki milletlerarası yetki kuralları Türk mahkemeleri önünde medeni usul kurallarına göre belirlenecektir. Türk kanunlar ihtilafı kuralları milletlerarası yetkisini iç hukuktaki yetki kuralları çerçevesinde düzenleyecektir.

Ülkeler kendi hukuku sistemlerine uygulamak üzere farklı yetki kuralları tayin eder. Bu nedenle milletlerarası hukuk alanında tek bir yetki sistemi mevcut değildir. Milletlerarası özel hukuk alanında yetki bir devletin mahkemelerinin diğer devlet mahkemelerine nazaran yetkili olduğunu ifade eder³⁵⁵. Her ülke kendi hukuk kurallarına göre kendi mahkemelerini yetkili görmesi halinde dava o ülke mahkemelerinde görülecektir. Ancak o ülke mahkemesi kendini yetkili görmezse yetkisizlik nedeni o ülke mahkemelerinde dava görülemeyecektir.

³⁵¹Ekşi, Nuray, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 2. Bk., İstanbul, Beta Yayınevi, 2000, s. 17

³⁵²Nomer, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, s. 53.

³⁵³Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 47.

³⁵⁴Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 440; Çelikel/Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 516; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 361; Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 58.

³⁵⁵Can/Toker, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 346.

Milletlerarası sözleşmeler ile de belirli konulara ilişkin yeknesak bir yetki kuralı belirleme yoluna gitmiştir. Sözleşmeye taraf olan ülkeler açısından dava konusu belirtilen konularda sözleşmede yetkili kılınan mahkemelerde dava görülecektir. Örneğin nafaka, velayet, mahkeme ve hakem kararlarının tanıma ve tenfizigibi konularda La Haye sözleşmesi gibi çok sayıda devlet tarafından kabul edilmiş ve yürürlüğe girmiştir. Milletlerarası bu sözleşmeler imza koyan ülkeler açısından öncelikli uygulanması söz konusudur.

3.1.1. Genel Yetki Kuralı

Milletlerarası özel hukuk kanununu uyarınca Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin belirlenmesinde iç hukuka atıf yapılmıştır³⁵⁶. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 6/1 hükmünde belirtilen genel yetkili mahkeme davalının yerleşim yeri mahkemesidir. Bu yetki kuralı ile her türlü davalar için tayin edilmiştir. Belirtilen genel yetki kuralı gereği, genel yetkili mahkeme, davalı gerçek kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeridir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu³⁵⁷ 9. maddesinde genel yetkili hukukun belirlenmesinde yerleşim yeri esasını kabul etmiştir. Yerleşim yeri esasından anlaşılması gereken hukukun her devletin farklı anlamlar nitelendirmiş olması nedeni ile vasıflandırma problemini doğurmaktadır. Bağlama kuralları başlığı altın incelendiği üzere yerleşim yeri hukukunun hangi hukuk kuralına göre tayin edileceği sorunu lex fori ilkesine göre belirlenecektir³⁵⁸. Davaya bakan mahkemenin hukukuna göre yorum yapılacak ve sonuç olarak kişinin yerleşim yeri tespit edilecektir.

Medeni usul hukukunun yetkili kıldığı yerleşim yeri hukukunun tespit edilmesinde Medeni Kanunu'nun 19. madde hükümleri nazara alınacaktır. Buna göre, "*yerşelim yeri bir kimsenin sürekli kalma niyeti ile oturduğu yer*" şeklinde yorumlanacaktır. Ayrıca bir kimsenin yerleşim yerinin değişmesi durumunda yenisini edinene kadar eski yerleşim yeri geçerliliğini korur. Yerleşim yeri belli olmayan kimseler ile yabancı ülkede bulunan yerleşim yerini terk etmesine rağmen Türkiye'de henüz yerleşim yeri edinmemiş olan kimselerin halen oturduğu yer, yerleşim yeri olarak kabul edilecektir. Hükümlerden anlaşılacağı üzere bir kimsenin yerleşim yeri, edindiği yerleşme niyeti ve fiili oturma halinden anlaşılır.

³⁵⁶Ekşi, Nuray, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, s. 19.

³⁵⁷Resmi Gazete: Tarih: 04.02.2011, Sayı: 27836.

³⁵⁸Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 445.

Yabancı kişilerin Türkiye’de yerleşim yeri edinmeleri için de genel yetki esasında aranan fiili oturma hali ve oturma niyeti aranır. Yabancılar Türkiye’de yerleşim yeri edinmiş olsalar dahi bu iki şart oluşmamışsa yerleşim yeri edinmiş olduğu kabul edilmez.

Türkiye’de yerleşim yeri belli olmayan kişiler için 6100 sayılı Kanun9. maddesinin 1. fıkrasına göre göre genel yetkili mahkeme mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesidir. Böylece dereceli yetkilendirme benimsenmiş, yerleşim yeri bulunmayan kimseler için kanunlar ihtilafı kurallarında görülen genel yetkilendirme usulünde olduğu gibi mutad mesken hukuku yetkilendirilmiştir.

İsviçre kanunlar ihtilafı kurallarına göre Türk hukukunda olduğu gibi genel yetkili hukuk kişinin yerleşim yeri hukukudur³⁵⁹. Ayrıca 1968 tarihli Bükresel Konvansiyonu’nun dönüştürülmesi ve Avrupa Birliğine üye devletler bakımından konvansiyonun yerine geçen, 22.11.2000 tarihli Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Avrupa Konseyi Tüzüğü hükmü ile milletlerarası yetki hukukunun yeknesaklaştırılması kapsamında yerleşim yeri hukuku genel yetki kuralı olarak düzenlenmiştir³⁶⁰.

Böylece anlaşmaya taraf olan devletlerden birinde yerleşim yeri olan kişilerin vatandaşlığına bakılmaksızın akit devlet mahkemelerinden herhangi birinde anlaşma hükümlerinin uygulanması talebi ile dava açabilecektir³⁶¹. Anlaşmaya taraf olan devletlerin kanunlar ihtilafı kurallarında yada maddi hukukunda yetkili kılınan mahkeme dikkate alınmayacaktır. Devletlerin milletlerarası yetkisinin bertaraf edilmesi ile milletlerarası yetki kuralları sözleşme de düzenlendiği şekli ile uygulanacaktır³⁶². Ancak şahsi statüye ilişkin birçok konu tüzük kapsamından çıkarılmıştır. Bunlar, gerçek kişilerin ehliyeti, evlilik mal rejimi, miras ve vasiyet vb. konulardır.

³⁵⁹İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu, m. 2.

³⁶⁰Sakmar, Ata/Ekşi, Nuray, Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Avrupa Konseyi Tüzüğü, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 22, Sayı: 2, 2002, s. 736.

<https://dergipark.org.tr/download/article-file/99484>(E.T. 13.06.2019).

³⁶¹Ekşi, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, s.38.

³⁶²Birinci Uzun, Tuba, Avrupa Birliğine Üye Devletler Arasında Makalelerin Serbest Dolaşımı, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt: 5 ,Sayı: 19, 2014/5, s. 1002.

<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/Dergi/Dergi137/313/>(E.T. 13.06.2019).

27.09.2003 tarihli Aile Hukukuna ve Ebeveynlerin Sorumluluğuna İlişkin Davalarda Mahkemelerin Yetkisi ile Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin Avrupa Konseyi Tüzüğünün yürürlüğe girmesi ile Bürüksel I Tüzüğü yürürlükten kaldırılmıştır. Yeni Bürüksel II Tüzüğü olarak isimlendirilen bu tüzük ile milletlerarası yetki mutad mesken hukuku olarak belirlenirken yerleşim yeri bağlama noktası tamamen uygulamadan kaldırılmamıştır. İngiltere ve İrlanda gibi yerleşim yeri esasını benimseyen ülkeler için istisna getirilmiş ve bu ülkeler söz konusu olduğunda yetki yerleşim yeri esasına göre belirleneceği kabul edilmiştir. Böylece milletlerarası yetki esası mutad mesken hukukuna kaydığı görülmüştür.

3.1.2. Özel Yetki Kuralı

Genel yetki kuralları olarak kabul edilen 6100 sayılı Kanun 6. maddesinde belirlenen davalının yerleşim yeri mahkemesi kuralına ek bazı özel yetki kuralları getirilmiştir. İç hukukumuzda çeşitli kanunlardaki düzenlemeler çerçevesinde bazı konularda farklı mahkemelerin yetkilendirdiği özel yetki kuralları düzenlenmiştir. Özel yetki kurallarını da kapsamına alacak olan 5718 sayılı Kanun⁴⁰. maddesinde yapılan yetki göndermesi genel yetki kurallarında olduğu gibi uygulanacaktır.

Aynı konuda hem özel yetki kuralının hemde genel yetki kuralının bulunması halinde hangisine öncelik verileceği konusunda bir düzenleme yoktur. Özel yetki genel yetkiyi bertaraf etmeyerek, birlikte uygulama alanı bulacaktır. Davacı davayı ister genel yetkili mahkemede isterse özel yetkili mahkemede açabilecektir.

3.1.2.1. Gerçek Kişilerin Şahsi Statüsüne İlişkin Özel Yetki Kuralları

Gerçek kişilerin şahsi statüsüne ilişkin uyuşmazlıklarda yetkili mahkemenin belirlenmesinde uyuşmazlık konusunun değerlendirilmesi ile tespiti mümkün olacaktır. Genel yetki hükmü olan davalının yerleşim yeri mahkemesinin esas alınması şahsi statüye ilişkin uyuşmazlıklar içinde geçerli olacaktır³⁶³. Bunun yanında 24607 sayılı Türk Medeni Kanunu, gerçek kişilerin şahsi statüsüne ilişkin bir çok konuda yeni kurallar getirmiştir. 5718 sayılı Kanun'un⁴⁰. maddesinde iç hukuka yapılan göndermeye dayanarak bu özel yetki kuralları

³⁶³Ekşi, Nuray, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, s. 40.

yabancılık unsuru içeren gerçek kişilerin hak ve fiil ehliyetine ilişkin uyumsuzluklar için de geçerli olacaktır.

Medeni Kanunu ile getirilen birçok hükümde kişi hallerine ilişkin olan davalarda, evlilik birliğine ilişkin davalarda, mal rejimine ilişkin davalarda, nafakaya ilişkin davalarda ve gaiplik kararına ilişkin davalarda vd. özel yetkili mahkemeler düzenlenmiştir³⁶⁴. Özel yetki kuralları getirilmiştir. Düzenlenen bu özel yetki kuralları ile amaçlanan mağdurun, zayıf durumda olan kadının ve çocuğun, nafaka alacaklısının korunmasıdır³⁶⁵.

Türk Medeni Kanunu'nun 32. maddesinin 2. fıkrasında hak ve fiil ehliyetinin sona erme hallerinden birisi olan gaiplik kararı konusunda özel yetkili mahkeme düzenlenmiştir. Buna göre yetkili mahkeme, kişinin Türkiye'deki son yerleşim yeri mahkemesidir. Türkiye'de yerleşim yeri yoksa nüfus sicilinde kayıtlı olduğu yer mahkemesi yetkilidir. Böyle bir kaydın bulunmaması halinde anasının veya babasının kayıtlı bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. Bu özel yetkilendirilen mahkeme kanunlar ihtilafı milletlerarası yetki kuralına ilişkin düzenlemede mevcut bulunun atıf gereği aynı zamanda milletlerarası yetkili mahkeme olacaktır.

Şahsi statüye tabi olan vesayet ve kısıtlılık kararı verilmesi konusunda da Türk Medeni Kanunu'nda özel yetkili mahkeme düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden anlaşılacağı üzere amaç zayıf taraf olan küçük ve kısıtlının korunmasıdır. MK. m. 411'de düzenlenen bu özel yetki kuralına göre vesayet işlerinde yetkili mahkeme küçüğün veya kısıtlının yerleşim yeri mahkemesidir.³⁶⁶ Bu yetki kuralı önceki Yargıtay kararlarında Türk mahkemesinin münhasır yetkisine girdiğinden ve kamu düzenine ilişkin olduğundan vesayete ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanıma ve tenfizi istemli kararlarını reddederdi. Ancak sonraki kararlarında vesayete ilişkin işlemlerde ayrıma gitmiş vesayet yönetimine ilişkin idari nitelikte olan kararlar dışında kalan vesayetin tayini de dahil olmak üzere yabancı mahkeme ilamlarının tanınması ve tenfizi yönünde kararlar mevcuttur³⁶⁷.

³⁶⁴Erdem, Bahadır, 22.11.2001 Tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda Düzenlenen Türk Mahkemelerinin Yetkisine İlişkin Kurallar ve Bu Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 2, Sayı: 12, 2002/2, s. 158 vd.

³⁶⁵Çelikel/Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 542

³⁶⁶Yargıtay 18.HD. T. 17.01.2013, E. 2012/12365, K. 2013/483. (Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Daire Başkanlığı UYAP sisteminden temin edilmiştir).

³⁶⁷Yargıtay HGK, T. 08.07.2009, E. 2009/2-280, K. 2009/326, kararı vesayete ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanıma ve tenfizi reddeden kararı ile Yargıtay 18. HD, E. 2013/16914, K. 2014/5145, 20.03.2014 tarihli kararı vesayete ilişkin yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizi kabul eden karar. (Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Daire Başkanlığı UYAP sisteminden temin edilmiştir).

3.1.2.2. Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Yetki

Sadece Türk vatandaşları için geçerli olacak milletlerarası kurallar çerçevesinde yetki kuralları getirilmiştir. Milletlerarası özel hukuk kanununda Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davalarda her halükarda hazır olan yetkili bir mahkemenin bulunması için düzenleme yapılmıştır³⁶⁸. 5718 sayılı Kanun'un yetki kurallarını düzenlediği m. 40 ile Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini iç hukukun kurallarına yaptığı atıf ile yetkinin maddi hukuk hükümleri ile belirleneceğini açıklamıştı. Buna ek olarak 5718 sayılı Kanun'un 41. maddesi ile özel yetki kuralı düzenlenmesi, Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davalarda yer itibari ile yetkili mercii olarak Türk mahkemelerini belirlemiştir.

MÖHUK'ta geçen lafzı ile kişi halleri kişinin şahsi statüsünü düzenleyen durumlardır. Bunlar; kişinin ehliyetli yada ehliyetsiz olduğu, vesayet haller yahut nesep gibi şahıs soy bağı ile ilgili şahıs hukukuna ait konulardır. Buna ek olarak medeni kanunumuzda düzenlendiği şekli ile aile hukukuna ait meselelerindeki şahsi duruma dahil kabul etmiştir³⁶⁹. Kişinin bekar veya evli olduğu, soyadı değişikliği, boşanmış olma gibi aile hukukuna ait meselelerde MÖHUK m. 41 kapsamına dahil edilmiştir. Bunun dışında şahıs ve aile hukuku ile alakalı olmakla birlikte niteliği açısından kişinin şahsi statüsünü belirlemede etken olmayan ihtilaflar kişi halleri kavramına dahil edilmeyecektir³⁷⁰. Örneğin, maddi manevi tazminat davaları, mal rejimine ilişkin davalar ve nafaka alacaklarına ilişkin davalar vb. Yargıtay kararlarından anlaşılan genel görüşe göre ise kişi halleri kapsamı milletlerarası özel hukukun kabul ettiğinden daha geniş yorumlanmaktadır³⁷¹.

MÖHUK'ta öncelikle Türk vatandaşlarına kişi hallerine ilişkin davalarını yabancı ülke mahkemelerinde açabilmelerine imkan vermektedir. Bu hükümden açıkça anlaşılacağı üzere Türk mahkemelerinin Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davalarda kesin yetkisi

³⁶⁸Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 449; Çelikel/Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 516; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 338; Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 65; Nomer, Ergin, Milletlerarası Usul Hukuku, s. 113.

³⁶⁹Akipek/Akıntürk/Ateş, Türk Medeni Hukuku, s. 471.

³⁷⁰Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 450.

³⁷¹Yargıtay 3. HD, E. 2016/1960, K. 2016/9078 06.06.2016 tarihli kararı ile Yargıtay 20. HD, E. 2015/15325, K.2016/218, 14.01.2016 tarihli kararı bkz. (Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Daire Başkanlığı UYAP sisteminden temin edilmiştir).

yoktur³⁷². Türk vatandaşlarına tanınan bu hakkın yanında isterlerse kanun hükmü ile yetkilendirilen Türk mahkemesinde de davalarını açabilecektir. Türk vatandaşı kişinin yabancı ülke mahkemelerinde davayı açmaması veya davayı açmak istediği yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz görmesi durumunda Türkiye’de yetkili bir mahkemenin bulundurulması sağlanmıştır³⁷³.

MÖHUK’ta Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davalarda Türk mahkemeleri dereceli olarak yetkilendirilmiştir. Öncelikle yer itibari ile yetkili olan genel yetkili mahkemede davanın açılacağı ancak yetkili mahkeme yoksa sırayla, Türkiye’de sakin olduğu yer mahkemesi, Türkiye’de sakin olduğu yer yoksa Türkiye’de son yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesi, son yerleşim yerinin de bulunmaması halinde Ankara, İstanbul ve İzmir mahkemeleri yetkilendirilmiştir³⁷⁴. Yetkilendirilmedeki bu derecelendirmedeki amaç öncelikle ilk derecede bulunan mahkemede davanın açılmasıdır. Önceki derecede yetkili mahkemenin bulunması halinde alt basamaklardaki yetki kurallarına geçilemez³⁷⁵.

İlgili maddenin düzenlemesinden anlaşıldığı üzere öncelikle yabancı ülke mahkemelerinde Türk vatandaşlarına kişi hallerine ilişkin bu davalarını açabilme imkanı sağlanmıştır. Eğer kişi yabancı ülke mahkemesinde davasını açmak istemezse yahut yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz bulması veya başka bir nedenden dolayı davanın açılması mümkün değilse Türk mahkemelerinde her halükarda dava açabileceği yetkili mahkemenin bulundurulması sağlanmıştır.

Yabancı ülke mahkemesinde davanın açılmış olması halinde tekrar Türk mahkemelerinde Türk vatandaşının kişi haline ilişkin derdest davanın tekrar görülebilmesi mümkün olacak mıdır? Öncelikle Türk hukukundaki düzenlemelerde yabancı derdestliğe ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. MÖHUK’un 41.maddesine göre, yabancı ülke mahkemesinde davanın açılmadığı veya açılmadığı ifadesindenderdest olan davanın tekrar Türk mahkemelerinde açılması halinde

³⁷²Mülga 1086 sayılı HUMUK m. 18 ile düzenlenen Türklerin kişi halleri konusunda yabancı mahkeme kararlarının tanınıp tenfiz edilmesini yasaklayan hüküm eski 2675 sayılı MÖHUK m. 28 hükmünün kabulü ile yürürlükten kaldırılmıştır.

³⁷³Erten, Rıfat, Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 1. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s. 121.

³⁷⁴Eksi, Nuray, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, s.41.

³⁷⁵Yargıtay 17. HD. E. 2013/4781, K. 2013/7737, 24.05.2013 tarihli kararı. (Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Daire Başkanlığı UYAP sisteminden temin edilmiştir).

derdestlik itirazında bulunabileceği imkanını tanıdığı doktrinde kabul edilmiştir³⁷⁶. Yabancı mahkemede açılan Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin aynı davanın Türk mahkemelerinde açılmış olması halinde davalı derdestlik itirazında bulunabilecektir³⁷⁷. Örneğin, Türk vatandaşı olan kişinin yabancı mahkemeden başanmaya ilişkin karar almış olması halinde bunu Türk mahkemelerinde tanıma ve tenfiz ettirebileceği gibi MÖHUK 41. maddesinin tanıdığı yetkiye dayanarak Türk mahkemelerinde de dava açabilecektir. Bu durumda yabancı derdestlik itirazı ile karşılaşabilecektir³⁷⁸. Karşılaştırmalı hukukta bakıldığında farklı uygulamalar görülmektedir. Örneğin İsviçre hukukunda hak ve fiil ehliyetinin milli hukuka tabi tutulmuş olmasına rağmen, kişi hallerine ilişkin davalarda yabancı yada vatandaş ayrımı yapmaksızın kendi ülke mahkemelerini yetkili görmektedir. Usul hukuku açısından her ülke farklı uygulamalar benimsediğinden milletlerarası yetki konusunda yeknesaklık sağlanamamıştır³⁷⁹.

Dersdestlik itirazı dışında yetki sözleşmesinin düzenlendiği durumlarda da itiraz hakkı doğar. Buna göre yabancı mahkemenin yetkilendirdiği yetki sözleşmesinin varlığı halinde davalı yabancı derdestlik itirazında bulunabilecektir (MÖHUK m. 47). Yabancı mahkemede davanın açılmış olması halinde veya yetki sözleşmesi ile yetkilendirilmiş bir yabancı ülke mahkemesinin bulunması durumunda Türk mahkemelerinde dava açılmayacaktır. Ayrıca Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası antlaşmalar yolu ile kabul edilen yetkilendirmelere ilişkin açılan davalarda da derdestliğin kabul edilmesi gerektiği doktrinde savunulmaktadır³⁸⁰.

Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin bu hükmün uygulanması için her iki tarafında Türk vatandaşı olması şartı yoktur. Taraflardan birinin Türk vatandaşı olması yeterlidir. Ayrıca kişinin vatandaşlığının tespitinde Türk Vatandaşlık Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Kanun hükmü gereğince Türk vatandaşı olmayan kişiler için bu yetki hükümleri uygulanamaz.

Yürürlükten kalkan eski milletlerarası özel hukuk kanununun, mülga 2675 sayılı MÖHUK

³⁷⁶Çelikel/Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 568; Erten, Rıfat, Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Yetki, s. 127; Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 51, Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 449, Nomer, Milletlerarası Usul Hukuku, s. 115.

³⁷⁷Derdestlik itirazında bulunan davalının bu itirazını iyiniyet kurallarına aykırı bulan Yargıtay bu itirazı reddetmiştir. Yargıtay HGK, E. 2013/2-2225, K. 2015/253, 22.04.2015 tarihli kararı bkz.

³⁷⁸Buna muhalif Yargıtay kararları mevcuttur. Örneğin, Yargıtay 2. HD, E. 85/11103, K. 86/97, 14.01.1986 tarihli kararında yabancı mahkemeden alınan boşanma ilamına rağmen Türk mahkemelerinde davanın tekrar görülmesine ilişkin başvurunun mülga 2675 sayılı kanunun m. 28'de buna engel bir hüküm bulunmadığından ilk derece mahkemesinin kararının bozulmasına karar vermiştir.

³⁷⁹Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 51.

³⁸⁰Ekşi, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, s. 39; Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 51.

28. maddesinin, düzenlemesine göre sadece yurt dışında bulunan Türk vatandaşlarını kapsamaktaydı. Eski uygulamaya göre Yeni düzenlemeye göre yerleşim yerinin yurtdışında olup olmaması ayırımına gidilmeksizin tüm Türk vatandaşlarını kapsamaktadır. Artık bütün Türk vatandaşları yerleşim yerinin yurt dışında olup olmamasına bakılmaksızın MÖHUK 41. madde hükmünde yetkilendirilen mahkemelerde dava açabilecektir.

3.1.2.3. Yabancıların Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Yetki

Milletlerarası özel hukuk kurallarında geçen yetki göndermesi hükmü gereği iç hukukun yetki kuralları milletlerarası yetkinin tayininde uygulanacaktır. Bu yetkiyi tespit ederken tarafların yabancı veya vatandaş oluşuna bakılmayacaktır. Ancak MÖHUK 10. Maddesinin 3. fıkrasında ve 11. maddesindeki düzenlemeleri destekleyen nitelikte milletlerarası özel hukukumuzda yabancıların şahsi haline ilişkin ihtilaflar bakımından bir takım sınırlamalar getirilmiştir.³⁸¹ Kişi hallerine ilişkin konularda kişinin milli hukukunun uygulanması gerektiği düşünülse de bazı hususlarda mahalli hukukun müdahalesi uygun görülmüştür³⁸². Düzenlenen bu sınırlamalara ilişkin konulara mahalli hukuk açısından Türk hukukunun uygulanması gerektirdiğinden MÖHUK 42. maddesinde özel yetkili mahkemeler düzenlenmiştir³⁸³.

Yabancıların kişi hallerine ilişkin tüm konularda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi kabul edilmemiştir³⁸⁴. Vesayet, kayımlık, kısıtlılık, gaiplik ve ölmüş sayılma durumları ile kısıtlı olmak üzere Türk mahkemelerinin yetkisi milletlerarası özel hukuk kanunumuzda özel olarak düzenlenmiştir³⁸⁵. Bu özel yetkili mahkemelerde dava açılabilmesi için öncelikle genel yetkili mahkemenin bulunmaması gerekir. Böylece yukarıda sayılan konularda yabancılara ilişkin davanın genel yetki hükümlerine göre açılabilir olması halinde özel yetkiye gidilemeyecektir. Ancak doktrindeki eleştirilere göre milletlerarası özel hukuk kurallarının yetkiyi düzenleyen hükümleri ve iç hukukumuzdaki yetki sistemimize göre bu iki yetki kuralının seçimlik olması daha uygundur³⁸⁶.

³⁸¹Doğan/Aygül/Köşgeroğlu, Milletlerarası Özel Hukuk Mevzuatı, s. 5, 6.

³⁸²Ekşi, Nuray, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, s. 43.

³⁸³Çelikel/Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 572; Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 51, Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 449; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 386.

³⁸⁴Ekşi, Nuray, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, s.42.

³⁸⁵Nomer, Milletlerarası Usul Hukuku, s. 119.

³⁸⁶Çelikel/Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 734.

MÖHUK 42. maddesinde geçen yabancı deyiminden sadece tabiiyeti yabancı ülkeye ait olan kişiler anlaşılmalıdır. Vatansızlar ve mültecilerde bu kanun kapsamında özel yetki kurallarına tabi olan kimselerdendir³⁸⁷.

MÖHUK m. 42'deki düzenlemeye göre yetkili mahkeme yabancı Türkiye'de sakin olduğu yer mahkemesi, eğer Türkiye'de sakin değilse mallarının bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir³⁸⁸. Ancak Türkiye'de yerleşim yeri olan yabancı için yetkili mahkeme yerleşim yeri mahkemesi olacaktır. İç hukukumuzdaki pozitif düzenlemelere göre yabancı kişinin Türkiye'de yerleşim yeri yoksa ancak hala Türkiye'de sakin olan yabancıya karşı açılan davalarda yerleşim yeri mahkemesinin yetkili olduğu kabul edilir. Türk Medeni Kanunu m. 20'ye göre Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayan ve yabancı ülkedeki yerleşim yerini terk etmiş olmasına rağmen hala Türkiye'de yerleşim yeri edinmeyen kimselerin sakin olduğu yer yerleşim yeri olarak kabul edilecektir.

Yabancı söz konusu vesayet, kısıtlılık, kayımlık, gaiplik ve ölmüş sayılmaya ilişkin konulara ilişkin olan dayı yabancı mahkemelerde açmış olması halinde mahkeme kararının Türk mahkemelerin tanıma ve tenfizine bir engel yoktur. Ancak Türkiye'de bulunan taşınmazlara ilişkin kararın tanınması mümkün değildir, dolayısıyla Türkiye'de hukuki sonuç doğurmaz.

3.2. Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi

Yabancı ülke mahkemeleri tarafından verilen kararların bir başka ülke hukuku tarafından hüküm ifade edebilmesi için verilen kararlara tanıma ve tenfiz kararları denir³⁸⁹. Her ülke tanıma ve tenfiz kararlarının düzenlenmesi hususunda farklı yöntemler uyguladıkları görülmektedir. Öncelikle tanıma ve tenfiz kavramları çalışmamızda incelenecektir.

³⁸⁷Ekşi, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, s. 158.

³⁸⁸Yargıtay 2. HD, E. 2008/6411, K. 2008/9496, 30.06.2008 tarihli konuyla ilgili karar için bkz. (Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Daire Başkanlığı UYAP sisteminden temin edilmiştir).

³⁸⁹Nomer, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 505.

3.2.1. Tanıma ve Tenfiz Kavramı

Tanıma, yabancı mahkeme tarafından verilen kararın hüküm ve sonuçlarının mahkeme tarafından kabul edilmesi ve kabul edilen ülke mahkemesinde hüküm doğurması anlamına gelir. Yani yabancı mahkeme kararının verdiği hükmün kabul edilmesi ile kesin hüküm kuvveti yabancı ülke hukukunda olduğu gibi Türkiye’de hüküm ve sonuç doğurur.

Yabancı mahkemeler tarafında verilen bu kararların kabul edilmesi için öncelikle kesin hüküm kuvvetinde olması gerekir³⁹⁰. Zira kararın verildiği ülke hukukuna göre kesin hüküm kuvveti olmayan bir kararın başka ülke kurumları tarafından kabul edilmesi beklenemez.

Yani ülke mahkemeleri, aynı konuda, aynı dava sebebine dayanarak, tarafları aynı olan bir mahkeme kararı kesin hüküm kuvvetindedir ve aynı davaya yeniden bakılamaz³⁹¹. Ayrıca söz konusu yabancı mahkeme kararının tanınması halinde doğuracağı hükümler kararı veren ülke mahkemesinden daha kapsamlı olamaz.

Kesin hüküm kuvveti usul hukukumuzda iki şekilde yorumlanmaktadır. İlki şekli anlamda kesin hüküm olan bu kararların kanun yollarını tüketmiş olması anlamına gelir³⁹². Yani davanın içeriğini değil görülmekte olan davanın sona ermesi ile başvuru yollarının tükenmesi ve kesin hüküm kuvvetini elde etmesi anlamına gelir.

Maddi anlamda kesin hüküm ise şekli anlamda kesinleşmiş olan hükmün konusu itibari ile mahkemenin vermiş olduğu kararın kesin olduğu anlamına gelir³⁹³. Uyuşmazlık konusunun mahkemenin vermiş olduğu kararın maddi hükümlere ilişkin sonuçlarının kesin hüküm kuvvetinde olduğu anlaşılır. Ancak mahkemenin gerekçesi kesin hüküm kuvvetine dahil

³⁹⁰Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 74.

³⁹¹Nomer, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 504.

³⁹²Yargıtay 8. HD E. 2017/2331 K. 2017/2331 sayılı kararında tanıma ve tenfiz davasında usul hukukuna ilişkin *Davanın usulden reddi, işin esasının incelenmesine engel teşkil eder. Davanın hem usulden, hem de esastan reddine karar verilmesi mümkün değildir. Buna rağmen, mahkemece hüküm fıkrasında davanın usulden reddine karar verilmiş olmasına rağmen gerekçe kısmında ayrıca davacı vekilince sunulan yabancı mahkeme kararı incelenerek kararın Türk hukukuna uygunluğunun denetlenmesinin de mümkün olmadığı gerekçesine yer verilerek davanın esastan da reddine karar verilmiş olması doğru görülmüştür*” şeklindeki yanlış değerlendirme kararın bozumasına sebebiyet vermiştir.

³⁹³Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar-Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel, Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2018, s. 223.

değildir. Ancak maddin anlamda hükümün kesin olduğunun anlaşılması için gerekçesine bakıldığı durumlar müstesnadır.

Maddi ve şekli anlamda kesin hüküm teşkil eden kararlar hakkında yargı yolu kapanmış olur³⁹⁴. Aynı konuda tekrar dava açılması mümkün değildir. Dava açılması halinde kesin hüküm itirazı ile karşılaşacaktır. Kesin hüküm kuvvetine haiz yabancı mahkeme kararının Türk mahkemeleri tarafından kabul edilmesi halinde açılan davada kesin delil etkisine sahip olacaktır³⁹⁵. Ancak yabancı mahkeme tarafından tanınan bu kararın kesin hüküm etkisi sadece verilen karar ile sınırlıdır³⁹⁶. Kararın gerekçesinin kesin hüküm kuvveti bulunmamaktadır.

Yabancı mahkeme tarafından verilen kararın hüküm ve sonuç doğurması için bu kararın tanınması gerekir. Türk mahkemeleri tarafından tanınmayan yabancı mahkeme kararı hüküm ve sonuç doğurmaz³⁹⁷. Ancak yabancı mahkeme kararı tanımadığından dolayı kesin hüküm ve kesin delil olarak kullanılmasada, hakim in takdiri delil olarak bu kararı kullanması mümkündür.

Verilen her mahkeme kararı hukuki manada hem kesin hüküm hem de icra kabiliyetini haiz olduğu söylenemez. Yabancı mahkeme kararı tarafından verilen kararların icra kuvveti muhteva etmesi halinde kararın hüküm ve sonuç doğurması için tanınması yeterli olmayacaktır. Tam da bu noktada kararın tenfizi gerekecektir³⁹⁸. Yabancı mahkeme kararının icra kabiliyetinin kabul edilmesi ile tenfizi mümkün olacaktır. Tanıma ile tenfiz arasındaki fark hükümün icra kuvveti kazandırılmasıdır. Tenfiz edilen her karar bünyesinde tanıma kararını da barındırmış olur. Ancak tanınan her karar tenfiz kabiliyetine haiz olamayacaktır. Tanınan bir yabancı mahkeme kararının tenfizi için ayrıca tenfiz edilmesi için mahkemeden karar alınmış olmasına bağlıdır. Yabancı mahkeme kararının tenfiz edilmesine karar verilmesi halinde ayrıca tanıma kararı alınmasına gerek yoktur. Sonuç olarak tenfiz kararı ile hüküm aynı zamanda tanınmış olur.

Tanıma ve tenfiz kararının ortaya çıkmasında ki bu ayrıma davanın hukuki niteliği yol açmaktadır. Çünkü mahkemelerden verilen her karar aynı nitelikte değildir. Bazı kararların

³⁹⁴Ramazan/Yılmaz /Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, Medeni Usul Hukuku, s. 224.

³⁹⁵Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 651.

³⁹⁶Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 104.

³⁹⁷Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 690; Tanıma ve tenfiz kararının verilmesi sonucunda oluşan kesin hüküm kuvvetindeki ilama “*exequatur*” denir.

³⁹⁸Yargıtay 21. HD, E. 2006/10315, K. 2007/5380, T. 29.03.2007. (Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Daire Başkanlığı UYAP sisteminden temin edilmiştir).

icra kabiliyeti mevcutken bazı kararların olmayabilir. Hukukumuzda davaların nitelikleri esas alınarak eda, tespit ve inşai kararlar olmak üzere üçe ayrılmıştır³⁹⁹.

Eda davasında davacının davalıdan istemi bir şeyin verilmesi, bir işin yapılması veya yapılmamasıdır⁴⁰⁰. Davacının söz konusu istemde bulunması için hukuki yararının bulunması gerekir. Hukuki yararının bulunup bulunmadığı konusunda tereddütte düşülmesi halinde hukuki yararın var olduğu kabul edilir. Bu hükümler hem maddi hemde şekli anlamda kesin hüküm kuvvetindedir. Ayrıca icra kabiliyeti taşırlar.

Tespit davaları ise bir hukuki ilişkinin bulunup bulunmadığının tespiti amacı ile açılan davalardır. Eda davalarında tespit var olduğu kabul edilir. Bu nedenle tespit davalarının eda hükmünü beraberinde getirmesi halinde tenfiz istenmesi mümkün olacaktır. Tek başına tespit davalarının icra kabiliyeti yoktur.

İnşai davalar için öncelikle bir hukuki durum varlığı esas alınır ve davacının talebi bu hukuki durumun değiştirilmesi, ortadan kaldırılması veya yeni bir hukuki durumun meydana gelmesi ile ilgilidir⁴⁰¹. Değişen bu durumlar için mahkeme kararı ile değişen hukuki durum doğması sağlanır. Yenilik doğurucu bu haklar tek başına hukuki durumun kabul edilmesi ile istenen amaca ulaşacağından tenfizi gerekli olmayan davalardır. Örneğin, babalık davası, nesebin reddi davası veya boşanma davalarında olduğu gibi.

Yukarıda açıklanan davaların niteliği gereği bazıları sadece tanıma davasını gerektirirken bazılarının tenfiz edilmeden hüküm doğurması mümkün değildir. Tespit ve inşai davaların tanınması yeterliyken eda davalarının tanınması ve tenfiz edilmesi gerekir.

Tenfiz kararı vermek için görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir (MÖHUK m. 51). Aile hukukuna ilişkin konularda yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizinde, Aile Mahkemeleri bulunması halinde bu mahkemeler görevlidir⁴⁰². Hangi asliye mahkemesinin yer itibari ile yetkili olacağı hususu aynı maddenin ikinci fıkrasında açıklanmıştır. Buna göre yetkili

³⁹⁹PekcanitezAtalay /Özekes, Medeni Usul Hukuku, s. 74;Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt. 44, Sayı, 4, Yargıtay Yayınları, 2018, s. 783; Vasiyetnamenin tenfizine ilişkin Yargıtay Kararı bkz.

⁴⁰⁰Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulu (Cilt:2), s. 1410; Helvacı/Erlüle, s. 45.

⁴⁰¹Helvacı/Erlüle, s. 45.

⁴⁰²Nomer, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 513.

mahkeme, aleyhine tenfiz kararı verilecek kişinin Türkiye'deki yerleşim yeri mahkemesi, yoksa sakin olduğu yer, o da yoksa Ankara, İstanbul İzmir mahkemelerinden birisi olacaktır.

Tanıma tenfiz davasında gerekli belgeler kanunda sayılmıştır. Buna göre yabancı mahkeme ilamının tam metninin o ülke makamlarınca usulen onanmış aslı veya yargı organı tarafından onanmış örneği ve onanmış tercümesi ile ilamın kesinleştiğini gösteren ve o ülke makamları tarafından usulen onanmış yazı ile onanmış tercümesinin eklenmesi gereklidir⁴⁰³. Tenfiz dilekçesi duruşma günü ile birlikte karşı tarafa tebligat ile bildirilir. Hasımsız bir çekişmesiz yargı olması halinde tebliğ hükmü uygulanmayacaktır. Duruşma basit yargılama usulü hükümlerine göre incelenir ve karara bağlanır (MÖHUK m. 55). Bu hükümler her ne kadar tenfize ilişkin olsada kanunda tanımaya ilişkin yetkili görevli mahkeme, yargılama usulü ve şartları bakımından tenfiz usulüne bağlanmıştır⁴⁰⁴. Duruşma basit yargılama usulü hükümlerine göre incelenir ve karara bağlanır (MÖHUK m. 55). Tenfiz davası açılabilmesi için davacı tarafından dava harcının ödenmesi gereklidir. Tenfiz davası açan kişiler mükerrer harç ödemiş olacakları için harç miktarının makul ve dengeli olması gerektiği doktrinde eleştirilmiştir⁴⁰⁵.

3.2.2. Tanıma ve Tenfizin Ön Şartları

Tanıma ve tenfiz kararının şartları MÖHUK 50. madde vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre yabancı bir mahkeme kararının tanınması ve tenfiz edilmesi için öncelikle o kararın mahkemeden verilmiş olması gerekir. Mahkeme kararından bahsedebilmek için ise o kararın bağımsız bir ülkenin yargı organları tarafından verilmiş olması gerekir.⁴⁰⁶ Yabancı mahkeme kararını veren ülkenin milletlerarası alanda tanınmış olup olmamasının bir önemi yoktur. Ancak kararı veren mahkemenin bağlı olduğu yasama ve yürütme organlarının bağımsız ve egemen olması şartı aranmıştır.

Tanıma ve tenfizi talep edilen kararın mahkeme kararı olup olmadığı kararı veren ülke hukuku kurallarına göre belirlenir. Kararın ait olduğu ülke hukukunca mahkeme kararı niteliğine sahip değilse tanıma ve tenfizde mümkün olmayacaktır. Ancak bu duruma milletlerarası sözleşmeler

⁴⁰³Nomer, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 551.

⁴⁰⁴Çelikel/Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 760.

⁴⁰⁵Çelikel/Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 695.

⁴⁰⁶Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 108.

ile bazı istisnalar getirilmiştir. Örneğin, Türkiye’inde taraf olduğu 1973 tarihli Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin Sözleşme⁴⁰⁷ hükmüne göre adli ve idari makamlar tarafından verilen kararların tanınması ve tenfizini mümkün kılmıştır⁴⁰⁸. Bunun dışında bazı ülkelerde belirli uyuşmazlıkların çözümü idari merciiler tarafından sağlanmaktadır. Bu durumda kararın tanınma ve tenfizi için kararı veren organların bağımsız ve egemen yargı organları tarafından denetleniyor olması önem taşır. Yani idari kararın ülkenin yargı organları tarafından denetlenmesi sonucu yargının onayı ile kararın verilmiş olduğu kabul edilir. Örneğin İslam hukukuna göre talak ile boşanma sağlanmaktadır. Karşılıklı iradelerin beyanı ile gerçekleşen bu boşanma şeklinin o ülkenin yargı organları tarafından tasdik edilmesi halinde tanıma ve tenfizi mümkün olabilecektir⁴⁰⁹.

Milletlerarası nitelikte yargı organları tarafından verilen kararların tanınma ve tenfizinin mümkün olması anlaşmadan hareketle tespit edilecektir. Yukarıda açıklandığı üzere tanıma ve tenfiz için aranan ilk şart bağımsız ve egemen bir ülke mahkemesi tarafından verilmiş olmasıdır. Ancak taraf olunan milletlerarası bir anlaşma çerçevesinde kurulan yargı organı tarafından verilen kararın tanıma ve tenfizinde anlaşma şartları etkili olacaktır⁴¹⁰. Yani MÖHUK m. 50 vd. hükümleri bu konuda uygulanmayacaktır. Ancak Türkiye’nin taraf olmadığı milletlerarası sözleşmeler tarafından oluşturulmuş uluslararası mahkemeler tarafından verilmiş bir kararın Türkiye’de tanınması ve tenfizi MÖHUK m. 50 vd. hükümleri uyarınca mümkün değildir.

Yabancı mahkeme kararlarının tanıma ve tenfizi için diğer bir ön şart ise kararın hukuk davalarına ilişkin olmasıdır⁴¹¹. Yani uyuşmazlık konusunun özel hukuka ait olması gerekir.

⁴⁰⁷Resmi Gazete: 16.02.1983, Sayı: 17961.

⁴⁰⁸Gümrah/Ruhi, Türkiye Cumhuriyetinin Taraf Olduğu Milletlerarası Özel Hukuk ile İlgili Bazı Çok Taraflı Uluslararası Sözleşmeler, s. 703.

⁴⁰⁹Yargıtay 2. HD E. 2001/13000, K. 2011/14704, 26.10.2001 tarihli kararı aksi yöndedir. Kocanın tek taraflı iradesi ile boşanmanın gerçekleşmiş olması yabancı mahkeme kararının varlığına rağmen Türk kamu düzenine açıkça aykırı olduğundan tanıma ve tenfiz istemi reddedilmiştir. (Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Daire Başkanlığı UYAP sisteminden temin edilmiştir).

⁴¹⁰Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen kararlar için geçerlidir. Ancak yargılamanın iadesini gerektiren HMK 375/i hükmü gereği “*Kararın, İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerinin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararı ile tespit edilmiş olması*” Türk kamu düzenine aykırılık oluşturacağından tanıma ve tenfiz istemi halinde reddi gerekir.

⁴¹¹Yargıtay 4. HD E. 2017/4509 K. 2018/713, 25.05.2016 tarihli kararında tanıma ve tenfizi istenen konunun hukuk davalarına ilişkin olmaması ve ceza ilamının kişisel haklara ilişkin olan tazminat kısmı dışında hapis cezasında kapsaması nedeni ile, “*MÖHUK 50/2 maddesindeki düzenlemeye göre; yabancı mahkemelerin ceza ilamlarında yer alan kişisel haklarla ilgili hükümler hakkında da tenfiz kararı istenebilir. Ancak ne var ki, mahkemece, yabancı mahkeme kararındaki kişisel haklar dışındaki ceza hükmünü de kapsar biçimde tanıma ve tenfiz kararı verilmesi doğru olmamıştır*” bozulmasına hükmetmiştir. (Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Daire Başkanlığı UYAP sisteminden temin edilmiştir).

Yargılama sonucunda verilen kararın özel hukuka ilişkin olması gerekir. Yargılamayı yapan mahkemenin niteliğinin önemi yoktur. Nitekim ceza davalarında kişisel haklara ilişkin hükümler hakkında tanıma ve tenfiz kararı verilebilecektir. Kural olarak idare ve ceza mahkemeleri tarafından verilen kararların tanıma ve tenfiz edilmemesi esastır. Ceza hukukuna ilişkin yabancı mahkeme kararının hükmünün özel hukuka ilişkin konular ihtiva ettiğinin tespitini yapmak ile görevli olan mahkeme tanıma ve tenfiz isteminde bulunulan mahkemedir. Kural olarak tanıma ve tenfiz davalarında (revision au fond) kapsamında esasa ilişkin inceleme yapılması yasaktır⁴¹². Bu nedendir ki kararın gerekçesiz olması nedeni ile tanıma ve tenfiz kararının reddedilmesi mümkün değildir⁴¹³. Bu anlayış yargılama usulünde genel kabul gören lex fori ilkesi ilkesine aykırılık teşkil edecektir.

Kesin hüküm teşkil etmeyen yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi mümkün değildir⁴¹⁴. Yabancı mahkeme kararını veren ülke hukuku kurallarına göre kesinleşmemiş olan bir kararın başka ülke hukukları tarafından tanınması ve tenfiz edilmesi mümkün değildir. Hukukumuzda göre kararın şekli anlamda kesin hüküm teşkil etmesi tanınma ve tenfizi için yeterlidir. Yani kararın verildiği ülke hukukunun tüm yargı yollarının tüketilmiş olması halinde ilamın tanınması ve tenfiz edilmesi mümkün olacaktır⁴¹⁵. Bunun tespiti için ise kararı veren ülke mahkemesi tarafından tüm hukuk yollarının tüketildiğine dair kesin hüküm şerhinin mahkemeye sunulması ile sağlanacaktır⁴¹⁶. Geçici koruma tedbirlerinin tanıma ve

⁴¹²Deynekli, Adnan, Yabancı Mahkeme Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlar, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, 2014, s.116; <http://hukuk.deu.edu.tr/fakultemiz/hukuk-fakultesi-dergisi/cilt-16-ozel-sayi/>(E.T. 12.06.2019).

19. HD. T. 9.11.2000, 7171/7602 Sayılı kararında “Davalı tek sözleşme olmasına rağmen iki kere tazminata hükmedilmesini savunmanın dikkate alınmadığını gösterdiğini belirterek tenfiz talebinin bu nedenle de reddi gerektiğini savunmuştur. Bu iddia kararın esasına ilişkin olup, hakem kararının doğruluğunu inceleme yapma yasağı (revision au fond) kapsamında bulunduğundan tenfiz mahkemesine bu iddiaları inceleme yetkisi tanınmamıştır.” Bu yasak gereği kararı tekrar incelemeye almıştır.(Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Daire Başkanlığı UYAP sisteminden temin edilmiştir).

⁴¹³Nomer, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 517.

⁴¹⁴Yargıtay 14. HD E. 2017/5161, K. 2018/2071, 23.06.2017 tarihli kararında, “Yabancı mahkemeler tarafından verilmiş ve o devlet kanunlarına kesinleşmiş bulunan ilamların Türkiye’de icra olunabilmesi için Türk Mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesi gerekir. Yabancı mahkeme ilamının kesin delil veya kesin hüküm olarak kabul edilebilmesi ise yabancı mahkeme ilamının tenfiz şartlarını taşıdığından mahkemece tespitine bağlıdır. (MÖHUK 58.m) Somut olayda, Selanik Asliye Hukuk Mahkemesi’nin yukarıda belirtilen kararlarının tenfizi için davacı tarafa süre ve imkan verilmesi gerekirken, bu husus ikmal edilmeden hüküm kurulması doğru değildir gerekçesiyle bozulmuş” olması kesin hüküm kuvvetinin araştırılmadan hüküm verilmesine ilişkindir. (Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Daire Başkanlığı UYAP sisteminden temin edilmiştir).

⁴¹⁵Kuru, Baki, Medeni Usul Hukuku, İstanbul, 2. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2018, s. 536.

⁴¹⁶Yargıtay 11. HD E. 2011/8671, K. 2011/12200, 04.10.2011 tarihli kararında hükmü veren mahkemenin kesinleşme kavramına yer vermemesi, kararın yürürlüğe girdiğinden bahsetmesinin mahkeme kararının kesin hüküm teşkil ettiğini ifade etmeyeceğinden, mevcut kararın tanınma ve tenfizinin mümkün olmadığına karar vermiştir. (Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Daire Başkanlığı UYAP sisteminden temin edilmiştir).

tenfiz prosedürüne tabi olabilecekleri doktrinde tartışmalı bir konudur. Genel olarak koruma tedbirlerinin kesin hüküm kuvvetini ihtiva etmediğinden tanıma ve tenfiz konusu olamazlar.⁴¹⁷ Ancak söz konusu tedbirlerin ihtilaf konusunu kesin olarak sona erdirmiş olmaları halinde tanıma ve tenfiz konusu olabilecektir⁴¹⁸.

Yabancı mahkeme kararının tanınıp tenfiz edilmesinde hukuki yararı bulunan herkes tenfiz talebinde bulunabilecektir⁴¹⁹. Tarafların veya taraflardan birisinin Türk vatandaşı olması şartı aranmaz. Kısacası menfaati bulunan herkesin bu davayı açması mümkündür. Hukuki yarar dava şartı olması nedeni ile yargılamanın her aşamasında taraflarca ileri sürülebilir ve mahkeme resen dikkate alır.

3.2.2. Tanıma ve Tenfiz Kararı Verilebilmesi Şartları

Yukarıda sayılan ön şartların varlığı dışında kanun koyucunun aradığı bazı şartların gerçekleşmiş olması gerekir. Bu şartlar kapsamlı olarak düzenlenmiş ve hem tanıma ve hemde tenfiz kararı verilebilmesi için bu şartların varlığı aranmıştır. Mütakabiliyet şartı tanımada aranmamıştır. Bunun nedeni ise tanıma kararının icra kabiliyeti olmadığından kararı veren ülke açısından bir karşılığın aranmasının gereksiz olduğudur. Tenfiz için aranan şartlar düzenlemenin paralel olması nedeni ile birlikte incelenecektir.

3.2.2.1. Mütakabiliyet

Mütakabiliyet şartı tenfiz isteminde aranan bir şarttır. Kanunda yer verilen düzenlemeye göre yabancı mahkeme kararının verildiği ülke ile Türkiye arasında ahdi,kanuni veya fiili bir karşılıklılık bulunması gerekir. Öncelikle karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşmanın olması yada o devlette Türk mahkeme kararlarının tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün veya fiili uygulamanın bulunması şartı aranır⁴²⁰. Doktrinde savunulan görüşe

⁴¹⁷Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 530; Çelikel/Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 516; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 338; Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 112.

⁴¹⁸20.05.1980 tarihli Türkiye'nin taraf olduğu "Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi" 7. maddesinde bulunan hüküme göre boşanma davasından sonra verilen velayete ilişkin kararların kesinleşmiş olup olmamasına bakılmaksızın sözleşme kapsamında tanıma ve tenfiz kabiliyetine sahip olduğuna karar vermiştir.

⁴¹⁹Nomer, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 537

⁴²⁰Yürürlükten kaldırılan 2775 sayılı MÖHUK ile yine yürürlükten kaldırılan mülga HUMK m. 540'da milletlerarası anlaşmaya dayanan karşılıklılık bulunmaması halinde tenfizi mümkün kılan kanun hükmü veya fiili uygulama bulunda dahi yabancı mahkeme kararının tenfizi mümkün değildi.

göre kanun hükmü ile yada milletlerarası antlaşmalar aracılığıyla karşılıklı işlem şartının kabul edilmiş olmasına rağmen genel bir fiili uygulamanın bulunmaması halinde mütekabiliyet şartı yerine gelmemiş kabul edilmelidir⁴²¹. Türk mahkeme ilamının uygulandığına dair bir fiili uygulamanın olmaması yada olumsuz yönde bir uygulama mevcut ise bu durumda milletlerarası antlaşmalar yada kanun hükmü ile karşılıklı işlem şartının kabul edilmiş olması yeterli görülmemiştir. Yargıtay kararlarının genel görüşüne göre de fiili işlem şartının gerçekleşmiş olması kararın tenfizi için yeterli görülmüştür⁴²².

Yabancı ülke hukukunda Türk mahkeme kararlarının tenfizini gerektirecek bir fiili durumun olmaması halinde fiili karşılığın gerçekleşme ihtimali de doğmayacaktır. Yani tenfize ilişkin bir talebin gerçekleşmemiş olması durumunda mütekabiliyet şartının oluşmadığından tenfizin reddedilmesi doktrinde eleştirilmiştir⁴²³. Ayrıca Yargıtay bir kararında yabancı mahkeme kararının tenfizine ilişkin talebin kanun hükmünün veya fiili talebin bulunup bulunmadığının araştırılmaksızın reddedilmesini usul ve kanuna aykırı bulmuştur⁴²⁴.

Karşılıklı işlem şartının gerçekleştiğinin tespiti fiili uygulamada zorluklar çıkarmaktadır. Her ülke tenfiz usulüne ilişkin farklı düzenlemeler getirmiş olabilir. Örneğin Amerikan hukuk sistemine göre tenfizi istenen davanın aynı konu ve aynı sebeple esastan tekrar görülmesini kabul eder. Bu durumda hukuki yönden karşılığın var olup olmadığı tartışmalara neden olabilir. Türk hukukunda mütekabiliyet ilkesinden anlaşılması gereken tenfiz usulünün aynı olması değildir. Tenfizi istenen kararın verildiği ülke hukukunun tenfiz için Türk hukukunda kabul edilen şartlardan daha ağır şartlar aramıyor olması gerekir. Bu durumda tenfiz için davanın esastan görülmesini benimseyen “revision” sistemlerini benimseyen devletlerin mahkeme kararı Türkiye’de tenfiz edilemeyecektir⁴²⁵.

⁴²¹Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 449; Çelikel/Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 516; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 338; Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 114.

⁴²²Yargıtay 11. HD E. 2008/1284, K. 2009/980, 30.01.2009 tarihli kararında “*tenfizi talep edilen Suriye mahkemesi kararının ilk derece mahkemesi tarafından Suriye ile Türk mahkemeleri arasında fiili mütekabiliyetin varlığının araştırılmaksızın kabul edilmesini yerinde görmemiştir*”. Her ne kadar araştırma yapan Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü tarafından verilen yazıda Türkiye ile Suriye arasında ikili veya çok taraflı antlaşmalar ile karşılıklı işlem varlığı mevcut olmasada, Suriye Medeni Hukuk Muhakeme Usulleri Kanunu’nun 306 ve 308. maddeleri Türk mahkemeleri kararlarının tenfizini mümkün kılan hüküm ihtiva ettiği bildirilmiştir. (Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Daire Başkanlığı UYAP sisteminden temin edilmiştir).

⁴²³Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 115; Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 674.

⁴²⁴Yargıtay 2. HD 22.11.1984 tarihli kararı bknz. (Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Daire Başkanlığı UYAP sisteminden temin edilmiştir).

⁴²⁵Çelikel/Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 675.

Adalet Bakanlığı her yılın Ocak ayında karşılıklı işlem şartının gerçekleştiği ülkelerin isimlerinin bulunduğu bir genelge yayınlamaktadır. Ancak tenfiz isteminde bulunulan yabancı mahkeme kararını veren yabancı ülkenin bu listede bulunmaması halinde mütekabiliyet ilkesinin varlığının tespitinde zorluklar yaşanmaktadır. Bu konuda hakime karşılıklı işlem şartının tenfizi istenen yabancı mahkeme kararının ait olduğu ülke hukukunda fiilen uygulandığına ilişkin hususun tespitinde taraflardan yardım isteyebilme imkanı tanınmalıdır. Böylece hakimin karşılıklı işlem şartının gerçekleştiğinin tespitinde kolaylık sağlanacaktır. Ayrıca karşılıklı işlem şartının tespitinde ilamın kesinleştiği andaki karşılıklı değil tenfizin istenmesi anında var olması yeterli görülmüştür.

Hukuki manada bir gereklilik ihtiva etmeyen karşılıklı işlem şartı şart daha çok politik nitelikte bir konudur⁴²⁶. Bu nedenle karşılıklı işlemin sağlandığına ilişkin şartların belirlenmesinde farklı görüşler ve uygulamalar mevcuttur⁴²⁷. Yabancı mahkeme kararının tenfizinin kişisel haklara ilişkin olduğundan mütekabiliyet şartının uygulanmasında politik görüşlerin dikkate alınmaması gerektiğinde savunulmaktadır. Ancak yabancı mahkeme kararının kendi ülkesinde tanıma ve tenfize imkan vererek, yabancı ülke egemenliğinin kabul edilmesi sağlanır. Bu yönüyle pozitif düzenlemelerde de kabul gören hakim görüşe göre, kendi ülke mahkemelerinde karşı tarafın mahkeme kararlarının tanınmasına imkan vermeyen ülke mahkemesinin kararlarının tanınması doğru değildir⁴²⁸.

3.2.2.2. Kararın Yetkili Mahkemeden Verilmiş Olması

MÖHUK m. 54/1-b hükmü açıklamasına göre yabancı mahkeme kararının tenfizinde kararı veren mahkemenin milletlerarası alanda yetkili olup olmamasına düzenleme yapılmamıştır. Bunun yerine ihtilaf konusu kararın Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğu konuda verilip verilmediğinin incelenmesini yerinde bulmuştur. Milletlerarası usul hukuku kuralları anlamında münhasır yetkinin tespitinde davanın konusunun Türk mahkemelerinde görülmesi mutlak olmalıdır. İç hukukumuzdaki kesin yetki kuralları milletlerarası özel hukuk alanında münhasır yetkinin tespitinde kullanılmayacaktır.

⁴²⁶Kayıhan, Şaban/Eski, Mehmet, Uluslararası Ekonomi Hukuku, 2. Bk., Kocaeli, Umuttepe Yayınları, 2015, s. 19. Uluslararası ticarete mütekabiliyet ilkesi, devletlerin birbirine ticari kolaylıklar sağlaması ve aynı oranda birbirleri arasında karşılıklı beklenti içerisine girmelerinin sonucudur.

⁴²⁷Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 113.

⁴²⁸Yargıtay 11. HD E. 2007/1335, K. 2007/3808, 02.03.2007 tarihli kararında İngiltere mahkemesinin vermiş olduğu kararın akdi karşılıklı bulunmasada, hukuki veya fiili uygulamanın bulunduğu dikkate alınarak tenfiz edilmesine karar vermiştir. (Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Daire Başkanlığı UYAP sisteminden temin edilmiştir).

Kamu düzenine ilişkin konularda da iç hukuk kuralları milletlerarası yetki kurallarının belirlenmesinde aynen uygulanmaz. Örneğin, iç hukukumuzdaki yer itibariyle yetki kurallarından olan taşınmazın aynına ilişkin davalarda Türk mahkemesi münhasır yetkili kabul edilir. Bu konuda taşınmazlara ilişkin bir sınırlama getirilmiştir. Dava konusu birden fazla taşınmaza ilişkin olan konularda taşınmazın birisinin bulunduğu yer mahkemesi yetkilendirilir⁴²⁹. Ancak taşınmazların bir kısmı yabancı ülkede olması halinde medeni usul hukukumuzdaki bu istisnai yetki kuralı uygulanmayacaktır. Yani Türkiye’de bulunan taşınmazlara ilişkin Türk mahkemeleri münhasır yetkili olduğundan iç hukukumuzdaki bu hüküm uygulanmayacak dava Türk mahkemelerinde taşınmazın bulunduğu yerde açılacaktır.

Yargıtay kararının münhasır yetki tanımına göre, “devletin kendi ülke ve sınırları içerisinde haiz olduğu mutlak güç ve yetkiyi ifade eden, devletin egemenlik ve hükümdarlık haklarını kullanmasını gösteren ve simgeleyen kurallardır”⁴³⁰. Şahıs statüsüne tabi olan vesayete ilişkin konular yönünden Türk mahkemelerinin yetkisini kamu düzenine ilişkin olduğundan vesayete ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanıma ve tenfizini reddederek kendisini münhasır yetkili kabul edilmekteydi. Ancak yeni kararlar ışığında vesayete ilişkin davalarda münhasır yetki kuralları bertaraf edilmiş ve kişilerin yararı devletin egemenlik ve hükümdarlık haklarından üstün tutulmuştur⁴³¹. Yargıtay eski uygulamasından geri dönerek vesayete ilişkin ayrıma gitmiş, vesayetin yönetimine ilişkin konuların idari nitelikte olduğundan tanıma ve tenfize konu olmayacağı ancak bunun dışında kalan konularda mümkün kılınmıştır⁴³².

⁴²⁹Pekcanitez/Atalay/Özekes, , s. 59.

⁴³⁰18. HD E. T. 2013/18352, K. 2014/4459, 11.03.2014 tarihli kararında “Türk Medeni Kanunu’nun 411 ve 412. Maddelerinde geçen kurallarındaki yetki hükümlerinin kesin ve kamu düzenine ilişkin olduğu kabul edilir. Ancak bu madde hükümlerine göre kesin ve kamu düzenine ilişkin olan her yetki kuralının milletlerarası hukuk yönünden münhasır yetkiye ilişkin olmadığı belirtilmiştir. Kararda Alman mahkemesi tarafından verilen vesayet ilamının, vesayet altına alınan kişinin korunan haklarının Almanya’da olduğu kadar Türk mahkemeleri önünde de korunmaya değerdir. Vesayet kararının Türk mahkemeleri önünde de tanınması ile vesayet altına alınan kişinin hakları korunmaya devam edecektir. Kararın Türk mahkemeleri tarafından tanınması ve tenfizinin ne milli hukuk ne kamu düzeni ne de münhasır yetki ile alakası bulunmamaktadır. Aksi yönde davranışın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde vesayete ilişkin Türk yargı kararlarının mahkumiyetine yol açacağından, bu durumun hiç bir yönden arzu edilir tarafı yoktur”. (Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Daire Başkanlığı UYAP sisteminden temin edilmiştir).

⁴³¹Yargıtay 18. HD E. 2013/19774, K. 2014/6261, 07.04.2014 tarihli kararı. (Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Daire Başkanlığı UYAP sisteminden temin edilmiştir).

⁴³²HGK kararı E. 2009/2-280, K. 2009/326 08.07.2009 tarihli kararı. (Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Daire Başkanlığı UYAP sisteminden temin edilmiştir).

Hukuk Genel Kurulu kararlarında da vesayetın münhasır yetki konusu olduğuna dair yerleşik görüşün vesayete ilişkin verilen kararlarda değiştii gözlenmektedir⁴³³. Hukuk Genel Kurulu da kararlarında iç hukuk yönünden kesin ve kamu düzenine ilişkin yetki kurallarının milletlerarası alanda münhasır yetki niteliğine sahip olmadığı belirtilmiştir. İç hukuk yönünden vesayet konusunun kamu düzenine ve kesin yetkiye ilişkin olduğu kabul edilsede, vesayet altına alınan kişilerin kendisini ve malvarlığını yönetmekten yoksun oldukları veya yoksun bırakıldıkları için onların haklarının korunması esastır⁴³⁴. Bu yönüyle vesayetın devletin egemenlik ve hükümdarlık hakları ile alakasının olmadığını teyit etmiştir.

Tenfizi istenen yabancı mahkeme kararının yetkili olup olmadığı hususu Türk mahkemelerinin inceleme konusu değildir. Yabancı mahkeme kararının yetkisini kendi iç hukuku kurallarına göre tayin edeceğinden Türk mahkemeleri kendi hukukuna göre yetkisiz olduğu yorumu yapamayacaktır⁴³⁵. Meğerki yabancı mahkeme kararı aşırı veya aşkın yetkili olduğu konularda verilmiş olsun. Yetkiye ilişkin hüküm aşırı ve aşkın yetkiyi MÖHUK m. 54/ b düzenlemesinde, kararın dava konusu veya taraflarla gerçek ilişkisi olmayan devlet mahkemesi tarafından verilmiş olması şeklinde ifade edilmiştir⁴³⁶. Ancak bu durumun tespiti için tarafların itiraz etmesi halinde hakimin inceleme yapabileceği belirtilmiştir. Yani hakim kararı veren mahkemenin aşırı veya aşkın yetkili olduğu hususta karar verdiğini resen inceleme konusu yapamayacaktır. Böylece yetkili olmadığı halde karar veren yabancı ülke mahkemesinin verdiği kararın tenfizine engel olunmak istenmiştir. Böyle bir durumda aleyhine tenfiz isteminde bulunulan tarafın itirazı üzerine hakim inceleme yapacak ve mahkemenin aşırı veya aşkın yetkili olduğu konuda karar vermiş olması halinde tenfiz şartlarının yerine gelmediğinden tenfiz istemi reddedilecektir. Ancak tarafların tabii hakimden mahrum edilmemesi ilkesinin ihlali adil yargılanma ilkesinide kapsadığında böyle bir durumun mevcut olması halinde kamu düzeni müdahalesi gerekeceğinden hakimin aşkın yetkiye ilişkin resen inceleme yapması düşünülebilir⁴³⁷.

⁴³³HGK. E. 2013/1628, K. 2015/894, 04.03.2015 tarihli kararı. (Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Daire Başkanlığı UYAP sisteminden temin edilmiştir).

⁴³⁵Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 449; Çelikel/Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 516; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 338; Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 118.

⁴³⁵Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 449; Çelikel/Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 516; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 338; Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 118.

⁴³⁶Ekşi, Nuray, Millelerarası Yetki, 50 vd.

⁴³⁷Dođan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 119.

3.2.2.3. Yabancı Mahkeme Kararının Kamu Düzenine Aykırı Olmaması

Yabancı mahkeme kararının tanınıp tenfiz edilmesinin Türk kamu düzenini bozacak nitelikte açıkça bir aykırılığa neden olmaması gerekir. Tenfizi istenen yabancı mahkeme kararı hükmünün uygulanması sonucunda kamu düzenine aykırılık meydana getiriyorsa karar uygulanmayacaktır. Kamu düzenine aykırılığın tespitinde hükmün incelenmesi gerekir, yabancı mahkeme kararının esasına uygulanan hukuka ilişkin inceleme yapılamaz.⁴³⁸ Yani yabancı mahkeme kararının verilmesinde etkin olan hukuk normunun incelemesi yapılamayacak, ancak bu hukuk normunun uygulanması sonucunda verilen hükmün sonucunun kamu düzenine aykırı olup olmadığının tespiti yapılabilecektir⁴³⁹.

Yabancı mahkeme kararının kamu düzenine aykırılık teşkil ettiğine ilişkin incelemede hakim resen görevlendirilmiştir. Taraflarda kamu düzenine aykırılık iddasında bulunabilecektir. Bu durumda hakim inceleme yapacak ve aykırılık olması halinde tenfiz şartlarını taşımadığından tenfiz istemini reddedecektir.

Kamu düzenine aykırılık iç hukuk ve milletlerarası özel hukuk kuralları anlayışı çerçevesinde temel olarak farklılık bulunmamaktadır. Yargıtay bir kararında buna ilişkin olarak *Kararın "Türk Hukukununun temel değerlerine Türk genel ahlak ve adap anlayışına, temel adalet anlayışına Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli olan prensiplere, özel hukuka ilişkin hüsnüniyet kurallarına, Türk devletinin siyasi rejimine, toplumun ekonomik yapısını temelden sarsacak olan değerlendirmeye, temel insan haklarına adalet anlayışına aykırılıklar kamu düzenine aykırılık olarak kabul edileceğinden yabancı mahkeme ilamının hüküm fıkrasının uygulanması ile açıklanacak sonuçları doğuracak yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi olanaklı değildir"*⁴⁴⁰ yorumunda bulunmuştur. Her iki hukuk kurallarına göre kamu düzenine aykırılık kararın hükmüne göre yorumlanır. Kararın verilmesinde etkin olan soyut hukuk kuralları hakkında kamu düzeni incelemesi yapılmaz.

⁴³⁸Yargıtay 18. HD E. 2014/3930, K. 2014/10998, 19.06.2014 tarihli kararı. (Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Daire Başkanlığı UYAP sisteminden temin edilmiştir).

⁴³⁹Yargıtay kararlarında kamu düzenine aykırılığın somut kanıtları ile gerekçelendirilerek yabancı mahkeme kararının uygulanması sonucunun doğuracağı aykırılıkların net bir şekilde tespit edilmesini aramaktadır. Örneğin, Yargıtay 11. HD E. 2008/6858, K. 2010/2360, 02.03.2010 tarihli kararı ile Yargıtay 11. HD E. 2008/7212, K. 2010/2898, 16.03.2010 tarihli kararı bkz. (Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Daire Başkanlığı UYAP sisteminden temin edilmiştir).

⁴⁴⁰Yargıtay 8. HD E. 2017/6657, K. 2018/196. (Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Daire Başkanlığı UYAP sisteminden temin edilmiştir).

Kamu düzenine aykırılığın Türk hukukunun temel değerlerine açıkça aykırı olması halinde tenfizi mümkün olmayacaktır. Her türlü basit aykırılık yabancı mahkeme kararının tenfize engel olamaz. İç hukuk anlamında kamu düzenine aykırılığın tespiti, yabancı devlet hukuku kurallarının uygulanması sonucunda verilen kararın kamu düzenine aykırı olması nazara alınırken, milletlerarası özel hukuk açısından yabancı mahkeme kararının hükmünün tenfizinin kamu düzenine aykırılık oluşturması halinde dikkate alınır. Kamu düzenine aykırılık yalnızca maddi hukuk kurallarına aykırılık olarak değil usul hukuku kurallarına aykırılık şeklinde de ortaya çıkabilir.

Yabancı mahkeme kararının gerekçesiz olması halinde kararın tenfiz edilip edilemeyeceği hususu çelişkiliydi. Bu konuda farklı Yargıtay kararlarının bulunması sorunu 10.02.2012 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı ile çözümlenmiş oldu. Buna göre yabancı mahkeme kararı esasında gerekçelendirmeksizin hüküm vermiş olması halinde kararın kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği gerekçesi ile tenfize engel değildir. İç hukukumuzda Anayasa m. 141 hükmü gereği kararın gerekçeli olması emredici niteliktedir. Ancak gerekçesiz karar verilmesinin kamu düzenine açıkça aykırı olduğu söylenemez. Ayrıca usul hukuku kuralları lex fori'ye tabi olduğundan bu konuda tenfiz hakiminin yetki incelemesinde bulunması yerinde değildir⁴⁴¹.

Tenfiz isteminin her türlü konuya ilişkin olabileceğinde hangi tür kararların kamu düzenini ihlal ettiğinin önceden tespit edilmesi mümkün değildir⁴⁴². Kamu düzeni kavramı iç hukuk kuralları içerisinde dahi değişebilen bir kavram olduğu için her somut olay için ayrı değerlendirmeye tabi tutulacaktır. Örneğin, İslam hukukunda talak ile boşanmada tek taraflı irade ile boşanmanın gerçekleşmiş olduğundan kamu düzenine aykırılık teşkil ettiği kesindir. Ancak boşanma kararlarının ülkenin yargı organları tarafından tasdik ettirilmiş olması halinde ve tenfiz isteminde bulunan tarafın iradesine başvurulmayan kişi olması halinde kamu düzenine aykırılık ortadan kalkmış olur.

⁴⁴¹Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 119.

⁴⁴²Yargıtay 8. HD e. 2017 / 8099 K. 2018 /405 sayılı kararının, “Amsterdam mahkemesi tarafından verilen vesayet kararının, vesayet altına alınanın Hollanda’daki hukuki menfaatlerini koruyacağı gibi, bu kararın Türk mahkemeleri tarafından tanınması aynı zamanda vesayet altına alınan kişinin Türkiye’deki çıkarlarını koruyacaktır. Amsterdam mahkemesi tarafından Türk milli hukuku ile çatışmayacak ve hatta aynı paralelde verdiği kararın ne milli hukuka ve ne de münhasır yetki ya da kamu düzeni ile bir alakası bulunmamaktadır. Açıklanan tüm bu nedenlerle dava, vesayet kararının tanınmasına ilişkin olduğuna göre davanın kabulü gerekirken yazılı gerekçe ile reddi doğru görülmemiştir” hükmün belirttiği gibi konu vesayete ilişkin olup tenfizi uygun görülmüştür. (Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Daire Başkanlığı UYAP sisteminden temin edilmiştir).

3.2.2.4. Savunma Hakkına Riayet Edilmiş Olması

Yabancı ülke mahkemesinde davanın, savunma hakkına riayet edilmeksizin görülmüş olması tenfizin şartlarının yerine gelmediğinden reddedilmesi sebebi sayılmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin⁴⁴³ 6. maddesinde de belirtildiği üzere, herkesin kişisel hak ve yükümlülükleriyle ilgili her türlü iddiasını mahkeme önüne getirme hakkı güvence altına alınmış olup, adil yargılanma hakkı kapsamında, mahkeme kararlarına karşı kanun yolu başvurusunda bulunma hakkı mevcuttur. Böylece davalının savunma yapmaksızın hükmün verilmiş olması tenfize engel olacaktır. Ancak davalının bu yönde talepte bulunması şarttır. Davalı taraf tenfiz hakimine savunma hakkına riayet edilmediği için yabancı mahkeme kararının tenfiz edilmemesi yönünde itirazda bulunmazsa hakim bunu resen dikkate alamayacaktır. Her ne kadar kanunkoyucu savunma hakkına riayet edilmemiş olmasını ilgilinin itirazına bağlamış olsada, bu aykırılık kamu düzenini ihlal edecek düzeyde ise hakim bunu resen dikkate alması gerekir⁴⁴⁴. Bu nedenle savunma hakkını ihlal eden durumlar kamu düzenine açıkça aykırı ise MÖHUK m. 54/ç uyarınca kamu düzenine aykırılık nedeni ile tenfizi engellenecektir⁴⁴⁵. Örneğin Yargıtay bir kararında tarafların aynı avukat tarafından temsil edilmesini savunma hakkının ihlali olarak değil kamu düzenine aykırılık nedeni ile tenfizi reddedilmiştir⁴⁴⁶.

⁴⁴³Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. madde hükmü 3. fıkrası; “Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir: a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek; b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak; c) Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddi olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek; d) İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek; e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak”; Yargıtay 8. HD E. 2017/405, K. 2018/405 kararında bu konuya ilişkin olarak, “Türk Medeni Kanunu'nun 404 ila 410. maddeleri arasında düzenlenen küçüklük, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı, savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim, özgürlüğü bağlayıcı ceza, yaşlılık, sakatlık, deneyimsizlik ile ağır hastalık hallerinin kısıtlama nedeni olup olmadığı yapılacak yargılama sonucunda belirleneceğinden bu duruma düşen bir kişinin milli hukukunun uygulama alanı olan ülkesine getirilmek zorunda bırakılması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkı ile hukuki dinlenilme hakkını ciddi biçimde engelleyecek bir uygulamadır” şeklinde hüküm vermiştir.

⁴⁴⁴Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 124; Çelikel / Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 706; Ayrıca Yargıtay 21. HD. E. 2018/410, K. 2019/1124, T. 01.11.2017 tarihli kararına bkz. (Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Daire Başkanlığı UYAP sisteminden temin edilmiştir).

⁴⁴⁵Tütüncübaşı, Uğur, Yabancı Kararların Türk Hukukunda Tanınması Konusunda 609 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Düzenlenen Yenilikler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:19, Sayı: 2, 2017, s. 113.

⁴⁴⁶Yargıtay 2. HD T. 23.11.2009 E. 2009/7321, K. 2009/20304. (Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Daire Başkanlığı UYAP sisteminden temin edilmiştir).

MÖHUK m. 54/ç savunma hakkına aykırı davranışı, “kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede tenfiz edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş olması” şeklinde açıklamıştır. Savunma hakkına riayet edilme halinin tenfiz hakiminin kendi hukukuna göre yorumlaması engellenmiştir. Zira kanunkoyucu savunma hakkının hükmü veren yabancı mahkeme hukukuna göre dikkate alınacağını açıkça belirtmiştir. Savunma hakkının kendisine tebligat yapılan davalının duruşmaya gitmemesi halinde savunma hakkına riayet edilmediğinden bahsedilemez. Ancak davalıya usulüne uygun tebligat yapılmaksızın davaya çağrılmış olması halinde, davalının bunu bir şekilde duyup davaya gelmiyorsa savunma hakkına riayet edilmediği yönünde itirazda bulunamaması gerekir⁴⁴⁷.

Türk hukuku savunma hakkı kurallarına göre davanın usulüne aykırı şekilde görülmüş olması halinde, savunma hakkına riayet edilmediği yönünde karar alınarak tenfiz isteminin reddedilmesi mümkün değildir⁴⁴⁸. Ancak savunma hakkına riayet edilmemesi kamu düzenine aykırı bir durum oluşturuyor ise yabancı mahkeme kararı tenfiz edilmeyebilecektir.

Aleyhine tenfiz istenen kişi verilen kararın; kararı veren mahkeme kanunlarına göre usulüne uygun olarak çağrılmamış, usulüne uygun olarak çağrı yapılmasına rağmen temsil edilmemiş, o yerin kanunlarına göre kararın gıyabında veya yokluğunda verilmiş olması hallerinde, aleyhine karar verilen kişinin itiraz etmiş olması halinde tenfiz hakimi tenfiz şartlarının oluşmadığından tenfiz istemini reddedecektir.

Yukarıda belirtildiği gibi savunma haklarına riayet edilmediğinin tespiti kararı veren mahkeme kanunlarına göre belirlenecektir. Kamu düzeni bölümünde açıklandığı gibi revision yasağı

⁴⁴⁷Yargıtay 2.HD E. 2009/532, K. 2009/6718, 08.04.2009 tarihli kararında “savunma hakkında riayet edilmediğinin karardan anlaşılıyor olması gerektiğini savunmuştur. Boşanmanın tanınmasına ilişkin Hollanda Hertogenbosch Mahkemesi kararında, davalının adresinin gösterilmemiş olması ve ismi karşısında Hollanda dahili ve harici ikametgahının bilinmediğinden davalının yokluğunda karar verildiği yazılmıştır. Kendisine karşı tanıma istenen kişinin usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış olması tanımaya engel olmadığından bu husus gözetilmeksizin verilen tenfizin reddi kararını bozmuştur”. (Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Daire Başkanlığı UYAP sisteminden temin edilmiştir).

⁴⁴⁸Yargıtay 11. HD E. 2009/9696, K. 2011/2300, 07.03.2011 tarihli kararında “yabancı Alman mahkemesi kararı davalıya dava dilekçesi ve ekleri ile birlikte 1965 tarihli Hukuki ve Ticari Konularada Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Lahey Sözleşmesi’ne uygun olarak tebliğ edilmiş olmasına rağmen davalı savunma yapmak istediğini göstermemesi neticesinde Alman Usul Yasası’nın 331/3 ve 276 maddeleri uyarınca sözlü yargılama yapılmaksızın gıyabında karar verilmesinin, Türk usul hukukuna veya kamu düzenine aykırı olmadığı dolayısıyla savunma hakkının kullanılmasının savunma hakkına riayet edilmediği gerekçesi ile tenfize engel olamayacağı kabul edilmiştir”. Benzer nitelikte Yargıtay kararları için bkz (Yargıtay 11. HD E. 2008/12797, K. 2010/7992, 06.07.2010 tarihli kararı). (Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Daire Başkanlığı UYAP sisteminden temin edilmiştir).

nedeni ile kamu düzenine aykırı olduğu ileri sürölemeyecektir. Yargıtay da birçok kararında savunma hakları ile ilgili itirazlarda kararı veren mahkemenin usul kurallarına göre inceleme yapılacağı, dolayısıyla tenfiz hakiminin kamu düzenine aykırılık nedeni ile tenfizi reddedemeyeceğini belirtmiştir⁴⁴⁹.



⁴⁴⁹Yargıtay 11. HD E. 2012/3175 K. 2012/5574, 06.04.2012 tarihli kararı ile Yargıtay 11. HD E. 2008/6858, K. 2010/2360, 02.03.2010 tarihli kararı bkz. (Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Daire Başkanlığı UYAP sisteminden temin edilmiştir).

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

SONUÇ

Milletlerarası özel hukukta şahsi statü konulu çalışmamızda öncelikle şahsi statünün temeli olan hak ve fiil ehliyeti kavramı incelenmiştir. Bu inceleme Türk Medeni Kanunu ve diğer ülke kanunlarının hak ve fiil ehliyeti kapsamındaki yaklaşımları karşılaştırılmış ve incelenmiştir. Türk medeni kanununun Avrupa kökenli olması ve birçok milletlerarası sözleşme ile ortak gerek hak ve fiil ehliyeti ve gerekse şahsi statüye ilişkin olan vesayet gibi konularda ortak yaklaşım içerisinde olma çabası bu benzerliği doğurmuştur. Sonuç olarak bu incelemede görülmüştür ki küçük farklılıklar dışında genel olarak diğer kanunlar ile ortak hak ve fiil ehliyetine uygulanan hukuk benzerlikler ihtiva etmektedir.

İkinci bölümümüzde inceleme konusu şahsi statünün bağlama noktası olmuştur. Şahsi statünün bağlama noktası olarak Türk hukukunda vatandaşlık esası benimsendiği 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk kanununda açıkça belirtilmiştir. Türk hukuku uygulaması ile aynı bağlama noktası olan vatandaşlık esasını kabul eden diğer hukuk sistemi Kıta Avrupası olmuştur. Bunun dışında Anglosakson hukuk sistemleri yerleşim yeri esasını şahsi statü konusunda bağlaması olarak belirlemiştir.

Genel olarak toplumların sosyal yapısına göre ve ülke menfaatleri doğrultusunda bağlama noktalarını tayin ettikleri görülmüştür. Çeşitli kökenleri bünyesinde barındıran ve fazla göç alan ülke kanunlarında yerleşim yeri esasını benimsedikleri gözlemlenirken, Türkiye gibi ulus devletlerinde vatandaşlık bağlama noktası olarak tayini daha uygun görülmüştür. Nitekim uygulamada yerleşim yeri kavramının ülkeden ülkeye farklılık arz etmesi ve tespitinde yaşanan zorluklar düşünüldüğünde Türk hukukunda vatandaşlık esası benimsenmesi yerinde bir karar olmuştur. Halihazırda kanunlar ihtilafı kurallarının getirdiği araştırma külfeti dolayısıyla yerleşim yerinin belirlenmesindeki zorluklar ve yargılama süresinin uzunluğunun günümüz şartlarında oluşturduğu güçlükler düşünüldüğünde en doğru bağlama noktası vatandaşlık esasıdır.

Şahsi statünün yetkilendirdiği hukuk Türk kanunlar ihtilafı kurallarına göre iç hukuktaki genel yetki kurallarına göre tayin edilecektir. Ancak Türklerin kişi hallerine ilişkin durumlarda bazı özel hükümler getirilmiştir. Böylece vatandaşını koruma altına almış ve kişi hallerine ilişkin uyumsuzlıklarda her zaman yetkili bir hukukun var olması sağlanmıştır. Ayrıca yabancıların kişi hallerine ilişkin uyumsuzlıklarda MÖHUK özel olarak düzenlemeler getirmiştir. Böylece şahsi statü konularında oluşan uyumsuzlıklarda yetkili hukukun belirlenmesi hem Türk vatandaşları hemde diğer ülke vatandaşları açısından kolaylık ve netlik kazanmıştır.

Son olarak şahsi statüye ilişkin yabancı mahkeme kararlarının Türkiye’de tanınması ve tenfizi üçüncü bölümde ayrı bir başlık altında incelenmiştir. Tanıma ve tenfize ilişkin MÖHUK’un getirdiği şartlar ve hükümleri açıklanmış ve buna ilişkin Yargıtay kararları incelenerek çalışmamamız sonlandırmıştır.



KAYNAKÇA

- Akıncı, Şahin. (2011). *Roma Hukuku Dersleri*, 4. Baskı., Konya, Sayram Yayınevi.
- Akipek, Jale/Akıntürk, Turgut,/ Ateş, Derya. (2018). *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*, 14. Baskı., İstanbul, Beta Yayınevi,
- Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar-Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel. (2018). *Medeni Usul Hukuku*, 4. Baskı, Ankara, Yetkin Yayıncılık.
- Ayan, Mehmet/Ayan, Nurşen, *Kişiler Hukuku*. (2016). 8. Baskı., Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Aygül, Musa. (2007). *Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti*, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Balkar-Bozkurt, Süheyla. (2014). *Uluslararası Özel Hukukta Bitmeyen Tartışma: Atıf (Renvoi) Teorisi, Uygulanması ve Değerlendirilmesi*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:11, Sayı:2.
- Birinci Uzun, Tuba. (2014/10)Avrupa Birliğine Üye Devletler Arasında *Mahkeme Kararlarının Serbest Dolaşımı*, Türk Adalet Akademisi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 19.
<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/Dergi/Dergi137/313/> E.T. 23.04.2019.
- Can, Hacı / Toker, Ali Gümrah. (2018). *Milletlerarası Özel Hukuk*, 3. Baskı., Ankara, Adalet Yayınevi.
- Çelikel, Aysel/ Erdem, Bahadır. (2017). *Milletlerarası Özel Hukuk* 15. Baskı., İstanbul, Beta Yayınevi. askıYayınevi
- Çelikel, Aysel. (2014). *Vatandaşlık Hukuku*, 20. Baskı., İstanbul, Beta Yayınevi.. (), *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, ilt: ayı: .
- Deynekli, Adnan. (2015). *Yabancı Mahkeme Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlar*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 16, Özel Sayı.
<http://hukuk.deu.edu.tr/fakultemiz/hukuk-fakultesi-dergisi/cilt-16-ozel-sayi/>E.T. 12.04.2019.
- Doğan, Vahit. (2016). *Milletlerarası Özel Hukuk*,4. Baskı., Ankara, Savaş Yayınevi.Baskı

- Doğan, Vahit/Aygöl, Musa/Şit Köşkeröğlu Banu. (2017). 14. Bk., Milletlerarası Özel Hukuk Mevzuatı, askıSavaş Yayınevi.
- Dural, Mustafa/Öğöz, Tufan. (2018). *Kişiler Hukuku*, 19. Baskı., İstanbul, Filiz Kitapevi.
- Ekşi, Nuray, Milletlerarası Ticaret Hukuku. (2015). 2. Baskı., İstanbul, Beta Yayınevi.
- Ekşi, Nuray, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 2. Baskı., İstanbul, Beta Yayınevi.
- Ekşi, Nuray. (1997-98).Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon,Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt:17, Sayı:1-2.askıYayınevi.
- Erdem, Bahadır. (2002/2). 22.11.2001 Tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda Düzenlenen Türk Mahkemelerinin Yetkisine İlişkin Kurallar ve Bu Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt:2, Sayı: 12.
- Erten, Rifat. (2017). *Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, 1. Baskı., Ankara, Yetkin Yayınları.
- Geert van Calster. (2016). *European Private International Law*, Hart Publishing.
- Güngör, Gülin,Tabiiyet HukukuaskıYayınevi
- Güngör, Gülin. (2008). Tüketicinin Mutad Meskeni Hukuku, Ankara Hukuku Fakültesi Dergisi, Cilt: 57, Sayı: 2.
- Hatemi, Hüseyin. (2018). *Kişiler Hukuku*, 7. Baskı. İstanbul, Onikilevha Yayınevi.
- Helvacı, Serap. (2016). *Gerçek Kişiler*, 7. Baskı, İstanbul, Lagal Yayıncılık.
- Helvacı, Serap/Erlüle, Fulya. (2016). *Medeni Hukuk*, İstanbul, Lagal Yayıncılık.
- Kayıhan, Şaban/Ünlütepe, Mustafa. (2017). *Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Hukuku'nun Başlangıç Hükümleri*, 3. Baskı, İstanbul, Seçkin Yayıncılık.
- Kayıhan, Şaban/Eski, Mehmet. (2015). Uluslararası Ekonomi Hukuku, 2. Baskı., Kocaeli, Umuttepe Yayınları.
- 18Medeni Usul Hukuku2BaskıYetkin
- Kuru, Baki / Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder. (1995). *Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınevi, 7. baskı, Ankara.
- Nomer, Engin. (2017). *Devletler Hususi Hukuku*, 22. Baskı., İstanbul, Beta Yayınevi.

- Nomer, Engin. (2018). *Vatandaşlık Hukuku*, 25. Baskı., İstanbul, Filiz Kitapevi.
- Oğuzman, M. Kemal /Özer, Seçili/ Oktay-Özdemir, Saibe. (2016). *Kişiler Hukuku*, 17. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi.
- Özdemir, Hayrunnisa/Ruhi, Ahmet Cemal. (2018). *Çocuk Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul, Onikilevha yayıncılık.
- Özkan, Işıl/Süral, Ceyda/Tütüncübaşı, Uğur. (2016). *Devletler Özel Hukuku*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi.Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, *Medeni Usul Hukuku*, 6. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Philippe Fouchard, Berthold Goldman. (1999) Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, Kluwer Law International.askı
- Raope, Leo, *Alman Devletler Hususi Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Çev. Belbez, Hikmet.
<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/275/2815.pdf> E. T. 15.03.2019.
- Ruhi, Ahmet Cemal/Toker, Ali Gümrah. (2017). *Türkiye Cumhuriyetinin Taraf Olduğu Milletlerarası Özel Hukuk ile İlgili Bazı Çok Taraflı Uluslararası Sözleşmeler*, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Ruhi, Ahmet Cemal/Yavuz Kaplan. (2002). Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni (Ordre Public),İstambul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 2.
- Sadrüleşrafi, Hüseyin Ali. (1999). *Vatandaşlık Hukuku*, 2. BsBaskı: 2., İzmir, Selçuklu Yayınevi.
- Sakmar, Ata/Ekşi, Nuray. (2002). *Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Avrupa Konseyi Tüzüğü*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 22, Sayı: 5.
<https://dergipark.org.tr/download/article-file/99484> E. T. 04.25.2019.
- Serozan, Rona. (2018). *Medeni Hukuk (Genel Bölüm/Kişiler Hukuku)*, 8. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Şanlı, Cemal/Esen, Emre/Ataman-Fıganmeşe, İnci. (2018). *Milletlerarası Özel Hukuk*, 6. Baskı., İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Tarman, Zeynep Derya, *The International Jurisdiction of the Turkish Courts on Personal Status of Turkish Nationals*, Yearbook of Private International Law, Volume 14 ,2012/2013
- Toker, Ali Gümrah/Ruhi, Ahmet Cemal. (2019). Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, 1. Baskı., İstanbul, On İki Levha Yayınevi.

Tütüncübaşı, Uğur. (2017). Yabancı Kararların Türk Hukukunda Tanınması Konusunda 609 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Düzenlenen Yenilikler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.19, Sayı 2.. askı

Üstündağ, Saim. (1997). *Medeni Yargılama Hukuku*, İstanbul, Alfa Yayınevi.

Turhan, Turgut. (1990). İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanununda Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk ve Türk Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:41, Sayı:1-4.
<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/301/2827.pdf> E.T. 05.04.2019.

Yargıtay Kararları Dergisi. (2018). Cilt. 44, Sayı, 4, Yargıtay Yayınları.
<https://jurix.com.tr/article/6738> E.T. 05.01.2019.

Almanya Medeni Kanunu

http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/german_civil_code.pdf

İsviçre Medeni Kanunu

<https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/201901010000/210.pdf>

İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu

[https://www.hse.ru/data/2012/06/08/1252692468/SwissPIL%20%D0%B2%20%D1%80%D0%B5%D0%B4.%202007%20\(%D0%B0%D0%BD%D0%B3%D0%BB.\).pdf](https://www.hse.ru/data/2012/06/08/1252692468/SwissPIL%20%D0%B2%20%D1%80%D0%B5%D0%B4.%202007%20(%D0%B0%D0%BD%D0%B3%D0%BB.).pdf)

Çin Halk Cumhuriyeti Medeni Hukukunun Temel Prensipleri Hakkında Kanun

<http://jura-foerster.de/data/documents/China-General-Principles-etc..pdf>

Yabancı Unsurlu Özel Hukuk İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Çin Halk Cumhuriyeti Kanunu

http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=206611

Japonya Yabancı Hukukların Uygulanmasında Genel Kurallar Hakkında Kanun

http://blog.hawaii.edu/aplpj/files/2011/11/APLPJ_08.1_anderson.pdf