

1086'2

ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI

YABANCI HUKUKUN UYGULANMASI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

BİLAL GÜNDÜZ

Tez Danışmanı
Doç. Dr. TUĞRUL ARAT

Ankara — 1989

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	III.
KISALTMALAR CETVELİ.....	XI
GİRİŞ.....	1
I. KONUNUN SUNULMASI.....	1
II. KONUNUN ÖNEMİ.....	2
III. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI.....	3
IV. SUNUŞ PLANI.....	4

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK YABANCI HUKUKUN MAHİYETİ VE UYGULANMASI

I. HUKUK, VAKIA, MİLLİ HUKUK VE YABANCI HUKUK.....	7
A. HUKUK VE VAKIA.....	7
1. Hukuk.....	7
2. Vakia (Olgu).....	8
3. Hukuk ve Vakia Ayrımının Önemi.....	9
a) Dava Malzemesinin Hazırlanması Açısından.....	9
b) İspat Açısından.....	9
c) Temyiz Denetiminin Kapsamı Açısından.....	9
B. MİLLİ HUKUK VE YABANCI HUKUK.....	9
II. YABANCI HUKUKUN MAHİYETİ.....	11
A. YABANCI HUKUKU "VAKIA" OLARAK KABUL EDEN ANLAYIŞ (VAKIA DOKTRİNİ).....	11
1. Vakia Anlayışının Dayanakları.....	12
2. Vakia Anlayışına Yöneltilen Eleştiriler.....	14
B. YABANCI HUKUKU "HUKUK" OLARAK KABUL EDEN ANLAYIŞ.....	19
C. TÜRK HUKUKUNDA YABANCI HUKUKUN MAHİYETİ.....	21
1. Kanuni Düzenleme.....	21
2. Mahkeme İçtihatları.....	21
3. Doktrin.....	22
a) MÖHUK. 'un Kabulünden Önceki Dönem.....	22
b) MÖHUK. 'un Kabulünden Sonraki Dönem.....	24
III. YABANCI HUKUKUN UYGULANMA SEBEBİ.....	25
A. GENEL OLARAK.....	25
B. YABANCI HUKUKUN UYGULANMASINI COMITAS GENTIUM (MİLLETLERARASI NEZAKET) ESASINA BAĞLAYAN GÖRÜŞ.....	28

1.Comitas Gentium (Mücamele),Anlayışı.....	28
2.Anlayışa Yöneltilen Eleştiriler.....	28
C.YABANCI HUKUKUN UYGULANMASININ HUKUKİ ESASI.....	29
1.Devletler Özel Hukukunun Mahiyeti.....	30
a)İç Hukuk-Milletlerarası Hukuk Ayrımı Yönünden.....	30
b)Özel Hukuk-Kamu Hukuku Ayrımı Yönünden.....	32
2.Devletler Özel Hukukunun Kuramsal Gelişimi.....	35
a)Evranselci Görüş.....	35
b)Tikelci(İnfiralcı) Görüş.....	35
c)Savigny Nazariyesi.....	36
d)Yeni Evranselci Görüş.....	37
e)Beyselminclci Görüş.....	37
3.Devletler Özel Hukukunun Zorlayıcılığı ve Bağımsızlığı.....	38
a)Devletler Özel Hukukunun İşlevsel Zorlayıcılığı.....	38
b)Devletler Özel Hukukunun Bağımsızlığı.....	38
aa)Devletler Özel Hukuku Adaleti.....	39
bb)İhtilafçı Metod (Kanunlar İhtilâfı Kuralları).....	40
4.Sonuç: Yabancı Hukukun Kanunlar İhtilâfı Kurallarının Emri Gereği Uygulanması.....	40
IV.YABANCI HUKUKUN UYGULANMA SIFATI.....	41
A.GENEL OLARAK	41
B.YABANCI HUKUKUN UYGULANMA SIFATINI AÇIKLAYANGÖRÜŞLER.....	42
1.Vested Rights(=Mülktesep Haklar) Görüşü.....	42
2.Local Law(Mahalli Kanun) Görüşü.....	44
3.İktibas(Reception=Incorporation)Teorisi.....	44
a)Maddi Anlamda İktibas.....	45
b)Şekli Anlamda İktibas.....	45
4.Delegation(Yetkilendirme)Görüşü.....	45
5.Yabancı Hukukun"Vakıa" Olarak Uygulandığı Görüşü.....	46
C.TÜRK HUKUKUNDA YABANCI HUKUKUN UYGULANMA SIFATI.....	46
V."IURA NOVIT CURIA"İLKESİ VE YABANCI HUKUK.....	48
A."IURA NOVIT CURIA" İLKESİ.....	48
B."IURA NOVIT CURIA" İLKESİNİN YABANCI HUKUK YÖNÜNDE DEĞERLENDİRİLMESİ (=GEÇERLİLİĞİ).....	50

İ K İ N C İ B Ö L Ü M
YABANCI HUKUKUN TESBİTİ

I. YETKİLİ HUKUKUN TESBİTİ	52
A. GENEL OLARAK	52
B. MUHTELİF ÇÖZÜMLER	54
1. Kanunlar İhtilâfı Kurallarının Uygulanması Yönünden	54
a) Yabancı Hukuklarda Durum	54
aa) Alman ve Avusturya Hukuku	54
bb) İskandinav Hukuku	54
cc) İsviçre Hukuku	54
dd) İtalyan Hukuku	55
ee) Sovyet ve Yugoslavya Hukuku	55
ff) İngiliz-Amerikan Hukuku	55
gg) Fransız Hukuku	55
hh) Diğer Bazı Hukuk Sistemleri	55
b) Muhtelif Öneriler	56
2. Bağlama Noktalarının Araştırılması Yönünden	57
a) Yabancı Hukuklarda Durum	57
aa) Alman Hukuku	57
bb) Avusturya Hukuku	57
cc) Sovyet Hukuku	57
dd) Diğer Bazı Hukuk Sistemleri	57
b) Zitelmanın Görüşü	58
C. TÜRK HUKUKUNDA DURUM	58
1. Kanunlar İhtilâfı Kurallarının Uygulanması	58
a) Kanunlar İhtilâfı Kurallarının Re'sen Uygulanması	60
b) Hukukun Diğer Kaynaklarından Elde Edilen İhtilâf Kurallarının Re'sen Uygulanması	63
aa) Milletlerarası Anlaşmada Yer Alan İhtilâf Kurallarının Re'sen Uygulanması	64
bb) İçtihatla Oluşmuş İhtilâf Kurallarının Re'sen Uygulanması	64
cc) Teamüli Nitelikteki İhtilâf Kurallarının Re'sen Uygulanması	66
c) İstisna: İrade Muhtariyeti İlkesi	67
2. Bağlama Noktalarının Araştırılması	69

a)Doktrin.....	70
b)Mahkeme İctihatları.....	71
c)Görüşümüz.....	71
aa)Bağlama Noktasının Anlamı.....	71
bb)Bağlama Noktasının İhtilâf Kuralındaki Konumu (Yeri).....	72
cc)Sonuç:Bağlama Noktasının Hâkim Tarafından Re'sen Araştırılması Gerekir.....	73
D. YETKİLİ HUKUKUN TESBİTİNDE (TAYİNİNDE)	
BAĞLAMA NOKTASI AÇISINDAN ÇIKABİLECEK BAZI SORUNLAR.....	76
1. Birincil Bağlama Noktasının Tesbit Edilememesi Ve İkincil Bağlama.....	76
2. Birincil Bağlama Noktasına Göre Birden Fazla Hukukun Yetkili Olması.....	78
İİ. YETKİLİ YABANCI HUKUKUN MUHTEVASININ TESBİTİ	80
A. GENEL OLARAK.....	80
B. MUHTELİF ÇÖZÜMLER.....	80
1. Yabancı Hukuklarda Durum.....	80
a) Alman Hukuku.....	80
b) İskandiav Hukuku.....	81
c) İtalyan Hukuku.....	81
d) Sovyet ve Yugoslavya Hukuku.....	81
e) İsviçre Hukuku.....	82
f) İngiliz-Amerikan-Fransız Hukuku.....	82
g) Diğer Bazı Hukuk Sistemleri.....	82
2. Muhtelif Sistemler.....	83
C. TÜRK HUKUKUNDA DURUM	83
1. MÖHÜK. 'un Kabulünden Önceki Dönem.....	84
a) Doktrin.....	84
b) Mahkeme İctihatları.....	86
2. MÖHÜK. ile Kabul Edilen Sistem.....	88
a) Hâkimin Yabancı Hukukun Muhtevasını Bizzat Araştırmak Zorunda Olması.....	88
b) Hâkimin Yabancı Hukukun Muhtevasının Tesbitinde Tarafların Yardımını İsteyebilmesi.....	91
D. YABANCI HUKUKUN MUHTEVASINI TESBİT USULÜ (HAKİME YARDIMCI VASİTALAR).....	92

1. Hâkimin Şahsi Bilgisini Kullanması.....	93
2. Hâkimin Diğer Bilgi Kaynaklarına Başvurabilmesi.....	94
a) Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair	
Avrupa Sözleşmesi.....	94
b) Konsolosluk veya Temsilciliklere Başvurma.....	95
c) Bıllirkişiye Başvurma.....	96
3. Tarafların Hâkime Yardım Etmeleri.....	97
III. YABANCI HUKUKUN MUHTEVASININ TESBİT EDİLEMESİ.....	99
A. YABANCI HUKUKUN MUHTEVASININ KISMEN TESBİTİ	
(KISMEN TESBİT EDİLEMESİ).....	99
1. Muhtelif Çözümler.....	99
2. Türk Hukukunda Durum.....	100
B. YABANCI HUKUKUN MUHTEVASININ HİÇ	
TESBİT EDİLEMESİ.....	102
1. Muhtelif Çözümler.....	102
a) Davanın Reddi.....	102
b) Genel Hukuk Prensiplerinden İstifade.....	103
c) Mukayeseli Hukuktan İstifade.....	103
d) Muhtemel Muhtevayı Araştırma.....	103
e) Akraba Hukukun Uygulanması.....	104
f) Lexfori'nin Uygulanması.....	104
2. Türk Hukukunda Durum.....	105

Ü Ç Ü N C Ü B Ö L Ü M

YABANCI HUKUKUN UYGULANMASINDA

DİKKAT EDİLECEK BAZI HUSUSLAR

I. YETKİLİ HUKUKUN TESBİTİ SIRASINDA DİKKAT	
EDİLECEK HUSUSLAR.....	108
A. ATIF.....	108
B. ÖNSORUN.....	109
C. BÖLGELER ARASI (INTERLOCAL) KANUNLAR İHTİLAFI.....	111
D. YETKİLİ YABANCI HUKUKUN GERÇEK MUHTEVASININ TESBİTİ.....	112
1. Tekmil Hukuk Kurallarının Tesbiti.....	112
2. Hukuk Kurallarının Uygulanma ve Yorumlama	
Biçimiyle Tesbiti.....	113

II. YETKİLİ YABANCI HUKUKUN UYGULANMASI SIRASINDA

DİKKAT EDİLECEK HUSUSLAR	114
A. YABANCI HUKUKUN AYNEN UYGULANMASI	114
B. UYGULANACAK YABANCI HUKUK KURALLARININ YÜRÜRLÜKTE OLMASI	117
1. Kural	117
2. İstisnalar	118
a) İntikal Hükümlerinin Uygulanmasından Doğan İstisna	118
b) İrade Muhtariyeti Prensiplerinden Doğan İstisna	118
C. HUKUKU UYGULANACAK YABANCI DEVLETİN TANINMAMIŞ OLMASI	119
D. UYGULANACAK YABANCI KANUNUN MİLLETLERARASI SÖZLEŞMEYE AYKIRI OLMASI	121
1. Ön Açıklama	121
2. Milletlerarası Sözleşmelerin Hukuki Değeri	122
a) Genel Olarak	122
b) Türk Anayasal Sisteminde Milletlerarası Sözleşmelere Verilen Değer	123
3. Çeşitli İhtimallere Göre Sorunun Çözümü	124
a) Milletlerarası Sözleşmenin For Devleti İle Kanunları Uygulanacak Devlet Arasında Olması	125
aa) İki Taraflı Milletlerarası Sözleşmelerde	125
bb) Çok Taraflı Milletlerarası Sözleşmelerde	126
b) Milletlerarası Sözleşmenin Kanunları Uygulanacak Devlet İle Diğer (For Devleti Hariç) Devletler Arasında Olması	127
aa) İki Taraflı Milletlerarası Sözleşmelerde	127
bb) Çok Taraflı Milletlerarası Sözleşmelerde	128
E. UYGULANACAK YABANCI KANUNUN ANAYASAYA AYKIRI OLMASI	128
1. Uygulanacak Yabancı Kanunun Kendi Devletinin Anayasasına Aykırı Olması	128
2. Yabancı Kanunun For Devletinin (Hâkimin Mensup Olduğu Devletin) Anayasasına Aykırı Olması	130

a)Alman Hukukundaki Görüşler.....	131
aa)Hâkim Görüşü.....	131
bb)Azınlık Görüşü.....	132
b)Türk Hukukunda Durum.....	133
aa)Mevcut Durum ve Bazı Öneriler.....	133
bb)Görüşümüz.....	135
F. YABANCI HUKUKUN UYGULANMASININ KAMU DÜZENİNE AYKIRI OLMASI.....	138

D Ö R D Ü N C Ü B Ö L Ü M

YETKİLİ HUKUKUN TESBİTİNİN VE YETKİLİ YABANCI HUKUKUN UYGULANMASININ DENETİMİ

I. GENEL OLARAK.....	141
II. YABANCI HUKUK SİSTEMLERİNDE DURUM.....	142
A. YETKİLİ HUKUKUN DOĞRU TESBİTİ YÖNÜNDEN.....	142
1. Lexfori'nin Kanunlar İhtilâfı Kurallarının Uygulanmasının Denetimi.....	142
2. Yabancı Kanunlar İhtilâfı Kurallarının Uygulanmasının Denetimi.....	143
B. YETKİLİ YABANCI HUKUKUN DOĞRU UYGULANMASI YÖNÜNDEN.....	144
1. Denetimi Kabul Etmeyen Hukuk Sistemleri.....	144
a) Fransız Hukuku.....	144
b) Belçika Hukuku.....	147
c) Alman Hukuku.....	147
d) İsviçre Hukuku.....	148
e) İngiliz-Amerikan Hukuku.....	149
f) Diğer Bazı Hukuk Sistemleri.....	149
2. Denetimi Kabul Eden Hukuk Sistemleri.....	149
a) İtalyan Hukuku.....	149
b) Avusturya Hukuku.....	150
c) Sovyet Hukuku.....	150
d) İskandinav ve Yugoslavya Hukuku.....	150
e) Diğer Bazı Hukuk Sistemleri.....	151
3. Mukayeseli İncelemeden Çıkarılacak Sonuçlar.....	151

III. TEMYİZ MAHKEMELERİNİN İŞLEVLERİ	
(GÖREV VE AMAÇLARI).....	152
A. GENEL OLARAK TEMYİZ MAHKEMELERİNİN İŞLEVLERİ.....	152
1. Hukukun Uygulanmasında Birliği Sağlamak.....	153
2. Somut Olayda Maddi Haklılığın (Adaletin)	
Sağlanması (Adil Karar).....	154
B. TÜRK TEMYİZ MAHKEMESİNİN (YARGITAY IN)	
İŞLEVLERİ.....	154
1. Kuruluş ve Görevleri.....	154
2. İşlevleri.....	155
IV. TÜRK HUKUKUNDA DURUM.....	158
A. YETKİLİ HUKUKUN TESBİTİNİN DENETİMİ.....	158
1. Türk Kanunlar İhtilâfı Kurallarının Uygulanmasının	
Denetimi.....	159
2. Yabancı Kanunlar İhtilâfı Kurallarının Uygulanmasının	
Denetimi.....	162
B. YETKİLİ YABANCI HUKUKUN UYGULANMASININ	
DENETİMİ.....	163
1. Genel Olarak.....	163
2. Kanuni Düzenleme.....	164
3. Doktrin.....	165
a) MÖHUK. 'un Kabulünden Önceki Dönem.....	165
aa) Denetimi Kabul Etmeyenler-Yazarlar.....	166
bb) Denetimi Kabul Edenler-Yazarlar.....	166
aaa) Denetim Gereğini HUMK. Md. 428/f. I, b. 5'e	
Dayandıranlar.....	166
bbb) Denetim Gereğini HUMK. Md. 428/f. I, 1'e	
Dayandıranlar.....	167
b) MÖHUK. 'un Kabulünden Sonraki Dönem.....	168
4. Mahkeme İctihatları.....	169
SONUÇ.....	176
BİBLİYOGRAFYA.....	180

K I S A L T M A L A R C E T V E L İ

AD.	: Adalet Dergisi.
agg.	: adı geçen çeviri.
age.	: adı geçen eser.
agm.	: adı geçen makale.
agt.	: adı geçen tez.
ANMKD.	: Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi.
Aufl.	: Auflage (bası).
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
aşa.	: aşağıda.
b.	: bend.
B.	: Bası.
bkz.	: bakınız.
c.	: cümle.
C.	: Cilt.
CMUK.	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu.
DHH.	: Devletler Hususi Hukuku.
dn.	: dipnot.
E.	: Esas.
EHUK.	: Memaliki Osmaniyede bulunan Ecnabilerin Hukuk ve Vezaifi hakkında Kanunu Muvakkat.
f.	: Fıkra.
HD.	: Hukuk Dairesi.
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu.
HMU.	: Hukuk Muhakemeleri Usulü.
HUMK.	: Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu.
İBK.	: İctihadı Birleştirme Kararı.
İKİD.	: İlmî ve Kazaf İctihatlar Dergisi.
İÜHFM.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası.
K.	: Karar.
karg.	: karşılaştırmamız.
md.	: madde.
MHB.	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni.
MK.	: Medeni Kanun.
MÖH.	: Milletlerarası Özel Hukuk.
MÖHUK.	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun.

MUK.	: Mükerrer.
nak.	: naklen.
RC.	: Resmi Ceride.
RG.	: Resmi Gazete.
s.	: sayfa.
S.	: Sayı.
S.Sayısı	: Sıra sayısı.
Sempozyum	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanunu Öntasarısı Sempozyumu.
SDFD:	: Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi.
T.	: Tarih.
TASARI	: 1086 Sayılı Hukuk Usulü Mahkemeleri Kanununun Başlığının ve Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi, Bazı Maddelerinin Kaldırılması, Bu Kanuna Bazı Madde ve Fıkralar Eklenmesi Hakkındaki Kanun Tasarısı.
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti.
TD.	: Ticaret Dergisi.
TTK.	: Türk Ticaret Kanunu.
örn.	: örneğin.
vb.	: ve benzeri.
vd.	: ve devamı.
yy.	: Yüzyıl.
Y.	: Yıl.
YKD.	: Yargıtay Kararlar Dergisi.
yuk.	: yukarıda.
ZPO.	: Zivilprozessordnung (Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu)

G İ R İ Ő

I- KONUNUN SUNULMASI

Devletler özel hukuku, yabancı unsurun varlığı nedeni ile, bir toplumsal olayın birden çok milli hukuk düzeninin uygulama alanı içine gizmesinin doğurduğu sorunları çözüme görevini yüklenmiş, bağımsız bir hukuk dalıdır. Ülkesel yürürlük alanına sahip hukuk sistemlerinin mevcudiyeti ve bu sistemlerinin yürürlükte bulunduğu alanlarda yaşayan kişilerin birbirleriyle kurdukları ticarî, sosyal, kültürel, siyasî ilişkilerin hukuken düzenlenmesi zaruretinin kendini göstermesi, devletler özel hukukunun doğum nedenidir. Devletler özel hukuku, daha doğru bir söyleyişle kanunlar ihtilâfı hukuku, bu sorunlara çözüm getirirken kendine özgü bir adalet anlayışından hareket eder. Bu adalet anlayışı, içmaddi hukuk adaletinden farklıdır. İşte farklılık, kanunlar ihtilâfı hukukunun bağımsız bir hukuk dalı olmasının doğal nedenidir. Kanunlar ihtilâfını oluşturan kurallar yabancı unsurlu olay ve ilişkilere maddî bir çözüm getirmezler. Kanunlar ihtilâfı kuralları, ilişkiye uygulanacak hukuk düzeninin tayin ve tesbit eden kurallardır. Böylece, yabancı unsur taşıyan toplumsal olaylara, devletler özel hukuku adaletine göre uygulanması uygun düşen hukuk düzeni, kanunlar ihtilâfı kurallarıyla belirlenmiş olmaktadır.

Yabancı unsur içeren bir ilişkiye uygulanacak hukuk, kanunlar ihtilâfı kurallarının hareket ettiği bağlama noktalarının, hangi hukuk düzeni içinde gerçekleştiğinin tesbiti yoluyla bulunur. Bağlama noktaları, bağlama konusuna giren hukuki ilişkilerin, belirli bir hukuk düzeni ile olan karakteristik irtibatına işaret ederek; ilişkiyi o hukuk düzeni içine yerleştiren hukuki kavramlardır. Bu hukuki kavramın dayandığı maddi veya hukuki vakıalar, ihtilâfa çözüm getirmek zorunda olan (davanın açıldığı ülkenin) yargı organının bulunduğu ülkenin hukuk düzeni içinde gerçekleşmese sorun yoktur. Mahkeme kendi hukukunu uygulayarak sorunu çözer. Nasıl ki, tüm unsurlarıyla kendi hukuk düzeninin içine giren olaylarda, kendi hukukunu uygulayarak soruna çözüm getiriyorsa bu halde de, ilişki yabancı unsur taşımaya rağmen, kendi hukukunu uygulayarak sorunu çözecektir. Her iki halde de, yabancı bir hukukun uygulanması söz konusu olmamaktadır.

Ancak, kanunlar ihtilâfı kurallarının hareket ettiği bağlama noktası, yabancı bir hukuk düzeni içinde gerçekleşerek, yabancı bir hukukun uygulanmasını gerektirebilir. Bu halde ise hâkim, sorunu kanunlar ihtilâfı kurallarına göre tesbit ettiği yabancı hukuku uygulayarak çözmek zorundadır.

İşte, hâkimin kendi hukukunu (milli hukuku) uygulamak görevi yanında, kanunlar ihtilâfı kurallarının gereği olarak, bazen yabancı bir hukuku da uygulamak

zorunda kalması ve bu zorunluluğun ortaya çıkardığı problemler tezimizin konusunu oluşturmaktadır.

Hâkimin bir olay veya ilişkiye milli hukukunu uygulaması ile yabancı bir hukuku uygulaması arasında fark olacağı muhakkaktır. Yabancı hukukun hâkimin otoritesine tâbi olmadığı bir kanun koyucu tarafından vaz edilmiş bulunması ve tesbitindeki güçlük bu farklılığı yaratan başlıca nedenlerdir. Hattâ, bu yüzden yabancı hukuk uzun süre bir vakıa gibi görülmüş, uygulanması tarafların isbatına bırakılmış ve yanlış uygulaması da denetim dışında kalmıştır. Ancak Türk Hukukunda yabancı hukukun, hukuk olarak kabul edilmiş olması dolayısıyla (MÖHUK.md.2), yabancı hukukun uygulanması problemde, genel olarak hukukun uygulanması probleminden farklı görülmez. O halde, incelememizi oluşturan konu, yabancı bir hukukun uygulanması da olsa temelde hukukun uygulanması meselesidir. Bu durum, konunun devletler özel hukuku kadar, usûl hukuku ile olan ilgisini de açıkça ortaya koymaktadır.

II- KONUNUN ÖNEMİ

Yabancı hukukun uygulanması, devletler özel hukuku ile yakından ilgilidir. Mahkemenin, yabancı unsur taşıyan bir olay ve ihtilâfa, daima kendi hukukunu uygulayarak çözüm getirmesi önerisi devletler özel hukukunun varlığını reddeden ve bu gün artık eskimiş ve terkedilmiş olan bir çözüm tarzıdır. Yabancı unsur içeren olay ve ilişkilere, âdil bir çözüm getirme zarureti ve kanunlar ihtilâfa hukukunun bağımsız bir hukuk dalı olarak mevcudiyetini kabul ettirmiş bulunması, yabancı hukukun uygulanmasını sık karşılaşılan bir durum haline getirmiştir. Bu gerçek karşısında, yabancı hukukun uygulanması problemi de, kanunlar ihtilâfı hukukunun diğer genel problemleri gibi incelemeye muhtaçtır.

Devletler özel hukukunun mevcudiyeti, kanunlar ihtilâfı kurallarının yabancı bir hukukun uygulanmasını emrettiği durumlarda kendisini hissettirir. Hangi teorik gerekçeye dayanırsa dayansın, belirli hukuki ihtilaflarda yabancı hukukun uygulanması zorunluğu, devletler özel hukukunun doğumu ve yaşama nedenidir. Kanunlar ihtilâfı kurallarının emrine rağmen, yabancı hukukun uygulanmasından kaçınılıyor ve onun yerine Lex fori (hâkimin kanunu) uygulanıyorsa, devletler özel hukuku teoride kalan fakat, gerçekte var olmayan bir hukuk dalı haline gelir. Bu itibarla, devletler özel hukukunun varlığı ile doğrudan doğruya ilgili bir konunun incelenmesine olan ihtiyaç her türlü izahtan vârestir.

Ancak, daha önce Türk doktrininde Nomer tarafından bir monografik hacim içinde (x) incelenmiş bir konunun tarafımızdan bu kere tez çalışması olarak alınması

(x) Nomer, E. ; Davada Yabancı Kanun, İstanbul 1972.

ilk bakışta tasvibe şayan görülmeyebilir. Şu kadar ki, Türk devletler özel hukuku sisteminde, 20.5.1982'de kabul edilip, 22.11.1982'de yürürlüğe giren 2675 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK.) ile, yeni bir dönem başlamıştır. MÖHUK. Tasarısı Genel Gereğesinde (y) bu alanda yeni bir düzelemeye duyulan ihtiyaç şu şekilde dile getirilmiştir: " Bilindiği gibi çeşitli kanunlara serpiştirilmiş münferit bazı hükümler dışında Türk Devletler Hususi Hukukunun başlıca kaynağını hâlâ "Memaliki Osmaniyede Bulunan Enebilerin Hukuk ve Vezaifi Hakkında Kanunu Muvakkat" teşkil etmektedir. 23 Şubat 1330 (1914) tarihini taşıyan söz konusu kanun uygulamada zorlama sayılabilecek yorumlarla günümüze kadar varlığına sürdürebilmiştir.

Ekonomik ve sosyal hayattaki değişiklikler, dış ilişkilerimizin gelişmesi ve özellikle 1950'lerden sonra yarıdışına olan göçler birçok sorunu birlikte getirmiş ve beş maddelik bu yasanın sadece dördüncü maddesi kanunlar ihtilâfına ve Türk mahkemelerinin yetkisine ilişkin olup son gelişmeler karşısında yetersiz kalmış ve taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerle çelişkili durumlar ortaya çıkmıştır."

Biz esasen, MÖHUK.'un kabulünden sonra kanunlar ihtilâfının diğer genel problemleriyle birlikte, yabancı hukukun uygulanması probleminin de yeniden ele alınması gereğine inanıyoruz. MÖHUK. 2.md.'si ile, HUMK.'nun 76.md.'si yanında, incelemelerimizde bize ışık tutacak şekilde konuya yeni bir boyut kazandırmıştır.

Bundan başka, MÖHUK.'un yürürlüğe girdiği 22 Kasım 1982 tarihinden günümüze kadar sadece yedi yıllık bir süre geçtiği nazara alınırsa, kanunun uygulanmasından daha pek çok problemlerin doğacağı anlaşılır.

Uzun bir uygulama süreci ortaya çıkabilecek problemlerin çözümüne yardımcı olarak uygulamaya bir istikrar kazandırır. Ancak, yedi yıllık süre, hukuk uygulamasında yok denecek kadar kısa bir süredir. Bu nedenle, biz bu imkândan da yoksun sayılırız. Oysa bilindiği gibi, kanun koyucu mevcut düzenlemelerde bir değişiklik yaptığı veya yeni bir hüküm vaz ettiği zaman uygulayıcı yargısal ve bilimsel içtihatlarla her zamankinden daha çok ihtiyaç duyar. Ne varki, yeni kanunun(MÖHUK.) uygulaması sırasında ortaya çıkabilecek sorunlara ve dolayısıyla kanunlar ihtilâfının genel problemlerine getirilecek çözümler yönünden, bu kısa süre içinde yargısal içtihatların yeterince oluştuğu söylenemez. Ayrıca, yargısal içtihatlar uygulayıcıya yol göstermek bakımından, her zaman tek başına yeterli ve hâttâ bazen doğru olmayabilir. Bu itibarla, konunun seçilip incelenmesinde uygulamaya katkıda bulunabilmek amacı da rol oynamıştır.

III- KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Yabancı hukukun uygulanması problemi, adı üstünde, yabancı da olsa, bir

(y) Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı, Madde Gereğeleri, Tasarının Danışma Meclisince Kabul Olunan metni ve Milli Güvenlik Konseyi Adalet Komisyonu Raporu, Milli Güvenlik Konseyi, S.Sayısı:408,s.2.

hukukun uygulanması meselesidir. Ancak, bizâtihi hukukun uygulanması meselesi, doğrudan doğruya konumuzu ilgilendirmemektedir. Zira, hukukun uygulanması, bu uygulamanın usulü ve denetim yolları usul hukuku alanına girer. Ancak, biz milli hukukun uygulanmasına nazaran, yabancı hukukun uygulanmasının arz ettiği özellikler ve yarattığı sorunlar üzerinde duracağız. Kısaça, bizim konumuz yabancı hukukun ihtilâfî çözümlenecek mahkeme ve onu denetleyen merciler önünde nasıl uygulanacağı veya uygulanması gerektiğidir.

Devletler özel hukuku ile ilgili problemlerin çözümlenmesinde, yabancı hukukun doktrinin ve uygulanmasının araştırılmasından kaçınmak imkanı hemen hemen yok gibidir. Ancak, yeryüzündeki hukuk sistemlerinin çeşitliliği ve konuyla ilgili hükümlerin farklılığı karşısında, derinlemesine bir mukayeseli tetkike girişmek, bir master tezinin boyutlarını aşar niteliktedir.

Onun için bu çalışmada konuyu sadece Türk hukuku (mevzuatı, doktrini ve uygulaması) yönünden incelemeyi daha doğru ve gerçekçi bulduk. Yeri geldiğinde yabancı hukuklardaki çözümlere, sadece belli başlı hukuk sistemleri açısından değinmeye gayret edeceğiz. Konuyu incelerken, yabancı hukukun mahiyeti üzerinde de durmayı düşünüyoruz. Takdir edileceği gibi, yabancı hukukun mahiyeti, ayrı bir monografinin konusunu oluşturacak kadar geniş, çok tartışılmış ve üzerinde çeşitli fikirler ileri sürülmüş bir konudur. Ancak, yabancı hukukun uygulanmasının yarattığı problemlere doğru bir çözüm getirmek, evvelimde yabancı hukukun mahiyetinin saptanmasına, yani yabancı hukukun hukuk mu, yoksa vakıa mı olduğunun tesbitine bağlı bulunduğu için bu soruna da temas etmek zorunluluğu vardır. Zira, yabancı hukukun mahiyetinin saptanmasından elde edeceğimiz veri onun uygulanmasının yarattığı problemlere bulunacak çözümleri doğrudan etkileyecek mahiyettedir. Fakat, bu konuda ileri sürülen görüşlerin ayrıntılı bir tahlili çabasına girişilmeyerek, daha ziyade onun hakkında genel bilgiler verilmesi ile yetinilecektir. Tezde, yabancı hukukun uygulama nedeni hakkında da açıklamalar yapılacaktır. Ancak, yabancı hukukun uygulama nedeni, kanunlar ihtilâfî hukukunun bağımsız bir hukuk dalı olarak kabulüne yol açan ve bu hukuk dalının kurumsal gelişimi ile çok yakından ilgili bu konu hakkındaki açıklamalarımız da yapılan incelemelerin bir özeti olmaktan ibaret kalacaktır.

IV- SUNUŞ PLANI

Tezimizin konusunu teşkil eden "Yabancı Hukukun Uygulanması", yabancı unsur içeren bir ihtilâfa, uygulanması gerekli hukukun yabancı bir hukuk olması halinde ortaya çıkan problemleri kapsamaktadır. Bu başlık altında bir çok önemli problemler biraraya toplanmış bulunmaktadır. Bunlara, aşağıda ana hatlarını sunduğumuz plân dahilinde temas edilecektir.

Tez çalışmamız, dört bölümden oluşmaktadır.

Birinci bölümde, "Genel Olarak Yabancı Hukukun Mahiyeti ve Uygulanması" başlığı altında dahasonrakibölümlerde ele alınacak problemlerin çözümüne etkili olacak noktaların açıklığa kavuşturulmasına çalışılacaktır: İlk olarak "yabancı hukukun mahiyeti" üzerinde durulacaktır. Burada yabancı hukukun mahiyeti hakkındaki görüşler anlatılacak, eleştiriler yapılacak ve yabancı hukukun hukuk olarak kabulü ve uygulanması meselesi incelenecek ve konu Türk hukuku açısından da değerlendirilecektir. Ancak daha önce "hukuk" "yakia", "millî hukuk" ve "yabancı hukuk" kavramları açıklanacaktır. Daha sonra, yabancı hukukun uygulama sebebi ve uygulama sıfatı üzerinde durulacaktır. Yabancı hukukun uygulama sebebini hukukî olmayan esaslara dayandıran görüş ve buna karşı yöneltilen eleştiriler incelendikten sonra, yabancı hukukun uygulanmasının hukukî esası üzerinde durulacak, bu noktada zorunlu olarak devletler özel hukukunun mahiyeti ve kuramsal gelişiminin kısaca temas edilecektir. Devletler özel hukukunun bağlayıcı vebağımsız bir hukuk disiplini olduğuna dikkat çekildikten sonra, devletler özel hukukunun kendine özgü adaleti ve metodu sonucu oluşan kanunlar ihtilâfı kurallarının emri gereği yabancı hukukun uygulandığı somucura varılacaktır. Yine bu bölümde yabancı hukukun uygulama sıfatının açıklayan görüşler incelenecektir. Bu bölümde son olarak, "iura nouit curia" kuralı açıklanarak, bu kuralın yabancı hukuk yönünden geçerliliği üzerinde durulacaktır. Şu halde, kısaca belirtmek gerekirse, tezimizin birinci bölümü genel olarak kavramların açıklandığı ve müteakip bölümlerde incelenecek sorunlara ışık tuta- cak teorik saptamaların yapıldığı bir bölüm olacaktır.

İkinci bölümde, "Yabancı Hukukun Tesbiti" başlığı altında, yetkili hukukun tesbiti ve yetkili yabancı hukukun muhtevasının tesbiti üzerinde durulacaktır. Önce, yabancı ursurlu ilişkilerde yabancı hukukun uygulanması gerekip gerekmediğinin hâkim tarafından mı yoksa taraflarca mı tesbit edileceği, sorunu incelenecek, konu yabancı hukuk sistemleri ve Türk hukuku açısından ve kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanması ve bağlamanoktalarının araştırılması yönünden ayrı ayrı ele alınacaktır. Ayrıca, yetkili hukukun tesbitinde bağlamanoktaları yönünden çıkabilecek bazı sorunlara işaret edilecektir. Daha sonra bu bölümde yetkili yabancı hukukun muhtevasının tesbiti konusuna geçilecektir. Konu, muhtelif çözüm şekilleri ve Türk hukuku yönünden incelenecektir. Böylece, yabancı hukukun muhtevasına tesbitte, hâkime düşen araştırma ve taraflara düşen yardım mükellefiyeti açıklığa kavuşturulacak, muhtevayı tesbitte izlenecek usul ve yollar anlatılacaktır. Bu bölüm, yabancı hukukun muhtevasının kısmen veya tamamen tesbit edilmemesi halinde, nasıl bir çözümün kabul edildiği açıklanarak sona erecektir.

Üçüncü bölümde, "Yabancı Hukukun Uygulanmasında Dikkat Edilecek Bazı Hususlar" başlığı altında, gerek yetkili hukukun tesbiti sırasında, gerekse

yetkili yabancı hukukun uygulanması sırasında dikkat edilmesi gereken hususlar üzerinde durulacaktır. Bu bölümde, atıf, önsorun, bölgelerarası kanunlar ihtilafı ve yabancı hukukun gerçek muhtevasının tesbiti gibi sorunlara işaret edilecektir. Bu bölümde ayrıca, yabancı hukukun aynen uygulanması, hukuken uygulanacak devletin tanınmamış olması ve tesbit edilen kuralların yürürlükte olması gibi konular üzerinde durulduktan sonra, uygulanacak yabancı hukuk kurallarının milletlerarası sözleşmeye ve Anayasaya aykırılığının söz konusu olması halinde, nasıl bir yolun izlenmesi gerektiği, çeşitli ihtimallere göre açıklanacaktır. Bu bölüm, yabancı hukukun uygulanmasının "kanun düzeni engellemesi" ile karşılaşarak uygulanmaması neticesine dikkat çekilerek sona erecektir.

Dördüncü bölümde, "Yetkili Hukukun Tesbitinin ve Yetkili Yabancı Hukukun Uygulanmasının Denetimi" başlığı altında, ilk olarak, yetkili hukuk düzeninin doğru tesbit edilip edilmediğinin, ikinci olarak da yetkili olarak tayin ve tesbit edilen yabancı hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığının denetimi sorunu açıklanacaktır. Ancak, daha önce konu yabancı hukuk sistemleri açısından genel olarak incelenecek ve çözüm tarzlarına işaret edilecektir. Bundan sonra, genel olarak temyiz mahkemelerinin ve Türk Yargıtay'ının işlevleri açıklığa kavuşturulacaktır. Bilâhare, yabancı hukukun hukuk olarak kabul edilmiş olması nedeniyle denetlenmesi zorunluluğuna işaret edilerek, yabancı hukukun uygulanmasının denetimi, onun mahiyetine uygun düşen pozitif bir gerekçe aranacaktır. Bu noktada konu, Türk hukukuyönlünden ele alınarak, önce yetkili hukuk düzeninin tesbiti, daha sonrada yetkili yabancı hukukun uygulanmasının denetlenmesi açısından ayrı ayrı ve ayrıntılı olarak incelenerek bölüm tamamlanacaktır.

Genel olarak ifade edilecek olursa, incelemenizin birinci bölümü teorik, müteakip bölümleri ise teknik esaslara dayanmaktadır.

Tezimiz, alışılmış olduğu üzere varılan sonuçların özetini ihtiva eden bir "sonuç" bölümü ile noktalanacaktır.

B İ R İ N C İ B Ö L Ü M

GENEL OLARAK YABANCI HUKUKUN MAHİYETİ VE UYGULANMASI

I. HUKUK, VAKIA, MİLLİ HUKUK ve YABANCI HUKUK

A-HUKUK VE VAKIA

1-Hukuk

Hukuk " toplumsal yaşamın" zorunlu bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Toplumsal yaşam ancak " düzen " içinde mümkündür. Bu düzenin tesisi ve devam ettirilmesi çeşitli kurallar aracılığıyla sağlanır. Hukuk; genel, soyut, sürekli ve objektif nitelikteki kurallar aracılığıyla toplumsal ilişkileri düzenleyerek toplumsal yaşamı mümkün kılmaktadır(1). Böylece, " hukuk " toplumsal yaşamın gerekli kıldığı düzen ihtiyacına cevap veren kuralların bir bölümü olmaktadır. Bu durumu açıklayan ünlü bir Latin vecizesine göre, " ubi societas ibi jus "- "nerede toplum varsa orada hukuk vardır."

Yukarıda fonksiyonuna kısaca temas ettiğimiz ve niteliklerini saydığımız hukuk kuralları, yapıları (bün-yeleri) bakımından başlıca iki bölüme ayrılır: Birinci bölüm, kuralın şartlarını, unsurlarını içerir. İkinci bölümde, kuralın öngördüğü sonuç (2), daha doğru bir deyişle hukukî sonuç gösterilmiştir(3). Her hukuk kuralı (normu) kaynağı ne olursa olsun, (Anayasa, Kanun, tüzük, yönetmelik, örf ve adet gibi...) bu iki unsuru mutlaka bünyesinde bulundurur. Bir hukuk kuralının uygulanabilmesi ve dolayısıyla hukuk kuralında öngörülen hukukî sonuçun ortaya çıkabilmesi, kuralın öngördüğü şartların gerçekleşmesine bağlıdır.

Hukuk kurallarının şart bölümünde aranan unsurlar bir faraziyeyi (varsayımı) ifade eden soyut (mücerret) vakialardır(4). Bunlar, somut olayda gerçekleştikleri zaman söz konusu kural uygulama alanı bulur ve kuralın öngördüğü hukukî sonuç meydana gelir. Örneğin, MK.'nin 11.md.'sine göre; " Rüşt 18 yaşın ikmali ile başlar " Bu kararda hukukî sonuç "reşit olmak "tır. Bu sonucun gerçekleşebilmesi, başka bir deyişle kişinin reşit sayılabilmesi için öngörülen koşul ise " onsekiz yaşın bitirilmesi " dir. Burada aranan unsur soyut bir vakiadır. Bu unsur, bu şart gerçekleşipte somut bir vakia olarak ortaya çıktığında kural da öngörülen sonuç meydana gelir ve kişi artık kamunen reşit sayılır, bunun sonucu olarak da kullanılması bu şarta bağlı hakları kullanabilir.

-
- (1) Hukuk ve toplumsal yaşam arasındaki ilişki için bkz. Çağıl, O.M.: Hukuka ve Hukuk İlimine Giriş (Hukukun Varlığı, Manası, Değeri ve Ruhu Üzerine Kritik Bir Reflexion), B.4, İstanbul 1971, s.23 vd.
 - (2) Hirsç, E.-Çerniş, V.: Pratik Hukukta Metod, B.3, Ankara 1978, s.8-9.
 - (3) Gürdoğan, B.: "Temyiz Mahkemesinin Kontrolü Bakımından Vakia ve Hukuk" SBFD. 1956, C.XI, S.3, s.267-268.
 - (4) Gürdoğan: agn., s.268.

2. Vakıa (Olgu)

Vakıa (tatsche) veya olgu, kelime anlamıyla mevcut olan şey, vâkı olan, meydana gelmiş bir olay, bir iş anlamına gelir. Böylece bir olay, (örneğin, doğum, ölüm, yangın), bir durum (örneğin, hastalık, yaralanma) birer vakıa olmaktadır. Bir olay, bir durum (hâl) olarak açıklamaya çalıştığımız vakıalar yaşam ilişkilerinin çeşitliliğine bağlı olarak çok çeşitlidirler. Vakıalar halen mevcut olabilecekleri gibi geleceğe ilişkin de olabilirler. Dış dünyaya yansıyan (haricî) nitelikte vakıalar olduğu gibi insanın fikrî, ruhî, hissî sahasına ait (derunî, batınî) vakıalardamevcuttur. Vakıaların olumlu (müsbet) veolumsuz (menfi) vakıalar, muhakeme dışı vakıalar ve muhakeme esnasında meydana gelen vakıalar olarak tasnif edilmesi de mümkündür(5).

Yukarıda da sözü ettiğimiz gibi, hukuk kurallarının şart bölümünü oluşturan unsurlar, bir varsayımı ifade eden soyut (mücerret) vakıalar olmasına karşılık, burada sözü ettiğimiz vakıalar somut (müşahhas) ve mevcut olan olay ve durumlardır(6). Hukuk kuralları, somut bu vakıaları bir vasıflandırma (kıymetlendirme) yapmak suretiyle, kendi bünyelerine alarak soyut (mücerret) vakıalar olarak düzenlemektedir. Bu suretle, vakıalar hukukun önem kazandırmakta, hukuk kuralları kendilerine bir takım sonuçlar bağlamakta; bazen bir hakkın, bazen de bir borcun doğumuna yol açarak açılacak veya açılmış bir davanın sebebini oluşturmaktadırlar(7).

Hukuk ve vakıa meselesine, felsefî açıdan bakıldığında her iki kavramında soyut(mücerret) ve genek kavramlar olarak karşımıza çıkmalarına rağmen, meseleye Usul Hukuku açısından yaklaşılanca, vakıa meselesini bir mevcudiyet, var olma meselesi, hukukun ise bir vasıflandırma, değerlendirme meselesi olduğunu görmekteyiz(8).

Ancak, meseleye sadece bir mevcudiyet, varolma açısından bakıp hukuk kurallarını da bir vakıa (olgu) gibi görmek mümkündür. Bu durumda, hukuk kurallarının " hukukîlik " vasfı gözardı edildiğinden bu kuralların hukukî olmayan diğer kuralardan bir farkı kalmayacaktır. Demekki bir kuralın (normun)mevcudiyet, varlık meselesi bir vakıa meselesi, bu yönde yapılacak araştırmalar da hukuki kıymet hükmü olmaksızın yapılan araştırmalar olduğundan saf vakıa araştırmaları, bir kuralın hukuk normu olup olmadığı meselesi ise, mevcut bir normun vasıflandırılması meselesi olmaktadır(9).

(5) Vakıa ve vakıaların tasnifi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Gürdoğan: agm., s.260-267; Yılmaz, O.: "Hukukun Vakıaya Uygulanması", Dr.A.Recai Seçkin'e Armağan, Ankara 1974, s.897-899.

(6) Gürdoğan: agm., s.268.

(7) Vakıaların önemi hakkında bkz. Yılmaz, O.: agm., s.899-900.

(8) Nomer, E.: Davada Yabancı Kanun, İstanbul 1972. (Yabancı Kanun), s.5.

(9) Nomer : Yabancı Kanun, s.5-6, ayrıca s.5 dn.3 ; Aynı mânada Sivrihisarlı, Ö: Hukuk Yararlanmasında Maddi Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yarıtayı Denetiminin Kapsamı, Tez, İstanbul 1973, s.42.

3- Hukuk ve Vakıa Ayrımının Önemi

Hukuk ve vakıa ayrımı, başlıca üç açıdan önem taşımaktadır.

a) Dava Malzemesinin Hazırlanması Açısından

Hukuk ve vakıa ayrımı, hukuk davalarında dava malzemesinin hazırlanmasında hâkim ve tarafların faaliyetlerinin sınırını tayin açısından önem taşımaktadır(10). Modern Usul Hukuku, hukuk davalarında hâkim ve taraflar arasında yapılmış bir iş bölümüne dayanmaktadır. Taraflara düşen ödev vakıaları mahkemeye sunmaktır. Hâkime düşen ödev ise, ileri sürülen iddiaları ve bu iddiaların dayandığı vakıaları hukukten nitелеmek ve hukuku uygulayarak ihtilâfı çözüme bağlamaktır(11). Hâkim, iki taraftan birinin söylemediği bir şeyi veya iddia sebeplerini re'sen göz önündetutamaz ve onları hatırlatacak hallerde dâhi bulunamaz (HMK.md.75). Bu konuyu açıklayan iki ilkeden söz edilir; Birincisi " iura nouit curia " (=hâkim (mahkeme) hukuku bilir), ikincisi ise, " da mihi factum, da bo tibi jus " (= Vakıayı (olayı) anlat ki hükmü vereyim veya hüküm anlatılana göre verilir)'tur(12).

b) İspat Açısından

Hukuk ve vakıa ayrımının bir diğer önemi, ispat açısından(13). Vakıaların ispatı şarttır. Kanun hilafını emretmedikçe her kes iddiasını ve iddiasının dayandığı vakıaları ispatla mükelleftir(MK.md.7). Oysa hukuk kurallarının ispatına gerek yoktur. Zira, kanun mahkemece bilinir(iura nouit curia). Hâkim, hukuk kurallarını re'sen, tarafların iddia ve ispatına gerek olmadan uygulamakla yükümlüdür(HMK.md.76/c.1).

c) Temyiz Denetiminin Kapsamı Açısından

Hukuk ve vakıa ayrımı temyiz mahkemelerinin kontrol yetkisini sınırları açısından da önem taşımaktadır(14).

B- MİLLÎ HUKUK VE YABANCI HUKUK

Her devlet, milletlerarası hukuk düzeninden aldığı yetki ile, kendi ülkesi dahilindeki olay ve ilişkileri hukukten düzenleme yetkisine sahiptir. Bu devletin egemenlik unsurunun doğal sonucudur. Böylece, her devletin kendi ülkesi dahilinde uygulanan millî hukuk düzenleri oluşmuştur. Millî devlet anlayışına uygun olarak

(10) Gürdoğan :s.259.

(11) Hırş-Çernis, :age.,s.23; Üstündağ,S. : Medeni Yargılama Hukuku , C.I, İstanbul 1984. (MYH), s.202 vd.; Tuluay,M: "Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Düşünceler", 1981, s.1, Y.2, s.29; Yılmaz, O. : agm.s.902. Bu konuda geniş ve ayrıntılı bilgi için bkz. Alıngaya, Y. : "Medeni Usul Hukukumuzda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına Dair İlkeler"; İstanbul, 1979, s. 3 vd.

(12) Yılmaz, O. : agm., s.902.

(13) Gürdoğan: agm., s.259.

(14) Sivrihisarlı : agt., 19 vd.; Gürdoğan : agm., s.259.

millî hukuk ile her devletin kendi ülkesinde yürürlükte olan hukuku kastederiz. Örneğin; Türkhukuku, Fransız Hukuku, Alman Hukuku gibi. Yabancı Hukuk ise, bize göre yabancı olan bir devletin ülkesinde yürürlükte olan hukuk düzenidir. Örneğin, Fransız, Alman, İtalyan hukukları gibi. Bir başka ifadeyle, Millî hukuktan kasıt bir devlet ülkesinde yürürlükte olan hukuk, yabancı hukuktan maksat ise bu devlet dışındaki başka birdevletin hukukudur.

Millî hukuk düzenleri çok çeşitlidir. Her biri ayrı kanun koyucunun, ayrı bir otoritenin eseri olduğu için de birbirinden farklıdır. Devletler özel hukuku ise, çok çeşitli ve birbirinden farklı bu hukuk düzenlerinin yanyana ve aynı zaman içerisinde yürürlükte olmasından doğmuştur. Bu esasa uygun olarak, yabancı hukuk ve millî hukuk genel hukuk kavramının belirli bir kritere göre yapılmış tasnifinin iki kategorisini oluşturmaktadır(15).

Bu açıklamalardan da anlaşılabilceği gibi, bu ayrım hukukun yürürlükte olduğu mahal (yer) açısından yapılan bir ayrımdır. Burada mahal ülkedir. Bu sebeple, millî hukuk yerine mahallî hukuk teriminin de kullanabiliriz. O takdirde, yabancı hukuk belli bir mahalde, bellibir ülkede uygulanan hukukun dışında kalan, başka bir mahalde (ülkede) yürürlükte olan hukuktur.

Yabancı hukuk- mahallî hukuk (veya milli hukuk) ayrımı, yabancı unsurlu bir intilâfa kanunlar ihtilâfı kuralları gereğince yetkili hukuku uygulayarak çözüm getirmek durumunda olan hâkim açısından bakıldığında, daha belirgin hale gelmektedir. Bu açıdan bakıldığında yabancı hukuk, hâkinin mensup olduğu devletin yürürlüğe koyduğu hukuk kurallarının dışında kalan hukuk kurallarının oluşturduğu bir hukuk düzenidir. Burada, bir kanunun yabancı kanun olarak nitelendirilmesi hâkim ve onun bağlı bulunduğu devlete bakılarak bulunmaktadır(16). O halde, yabancı hukuk hâkimin hukuku(= Lex fori) dışında kalan hukuktur. Mahallî hukuk ise hâkimin mensup olduğu ülkede geçerli olan hukuktur.

İncelememizde, zaman zaman mahalli hukuk yerine hâkimin hukuku veya mahkemenin hukuku (lex fori) terimlerini kullanabiliriz. Yanlış bir anlamaya meydan vermemek için, hemen belirtelim ki, yukarıdaki açıklamaların ışığı altında sözü geçen tabirlerin kavramsal açıdan ifade edebileceklerindekişik anlamlar üzerinde durulmadan bu tâbirler biri diğeri yerine kullanılmıştır. Burdan amaç, cümle yapısı içinde akışı sağlamak ve basit bir anlatıma kavuşma çabasıdır. Öyleki bizim için bu tâbirler yabancı hukukun dışında kalan kendi hukukumuzu veya başka bir yabancı hukuku anlatmaktadır.

(15)Nomer, : Yabancı Kanun, s.6-7.

(16)Yabancı Kanununun anlam ve kapsamı için bkz. Göger, E: Devletler Hususi Hukuku (Kanunlar İhtilâfı) B.4, Ankara 1977, (DHH), s.129; Göger, E: Kanunlar ihtilâfı (İctihatlar Açısından Bağlama Kuralları), Ankara 1975, (İctihatlar), s.3 vd.

II- YABANCI HUKUKUN MAHIYETİ

Yabancı hukukun mahiyetini belirlemek, yani yabancı hukuku bir vakıa mı yoksa hukuk mu sayılması gerektiği sonucunu açıklığa kavuşturmak uygulanacak yabancı hukuk kurallarının tarafların ispatına gerek olmadan her hukuk kuralı gibi hâkim tarafından re'sen(kendiliğinden) nazara alınarak uygulanması ve yanlış uygulamalarının veya hiç uygulamamasının da temyiz mahkemelerince kontrolü açısından önem taşımaktadır. Çünkü, yabancı hukuk bir vakıa (olgu) olarak kabul edilecek olursa, hâkim tarafından bir hukuk kuralı gibi re'sen nazara alınmayıp, gerek uygulaması ve gerekse içeriğinin ne olduğu tarafların ispatına bırakılacak, duruma göre hiç uygulanması veya yanlış uygulanması temyiz de'etimi dışında bırakılmış olacaktır.

Hemen belirtelimki; yabancı hukukun mahiyeti, yani yabancı hukuk kurallarının hâkim için gerçekten bir hukuk mu yoksa bir vakıa mı olduğu konusunda henüz tam bir anlaşma sağlamış değildir.

Bu sebeple, bu konuda ileri sürülen fikirleri ve bunlara göndtilen eleştirileri özetledikten sonra konuyu Türk hukuku yönünden ele alıp bir sonuca ulaşmaya çalışacağız.

A- YABANCI HUKUKU "VAKIA" OLARAK KABUL EDEN ANLAYIŞ (VAKIA DOKTRİNİ)

İngiliz, Amerikan ve Fransız hukuklarında kabul edilen bu anlayışa göre(17) yabancı hukuk bir vakıadır. Yabancı hukuk, hukuk olarak değil, fakat davanın taraflarınca ispat edilecek bir vakıa olarak ele alınır ve uygulanır. Bu anlayışa göre, bir olayda yabancı hukukun uygulanıp uygulanmayacağı, eğer uygulanacaksa bunun ileri sürülmesi ve muhtevasının (içeriğinin) ispatı bunda menfaati olan tarafa (veya taraflara) düşer. İspat edilemezse veya edilmezse, ihtilâfa davanın açıldığı mahkeme hukuku (Lex fori) uygulanır. Hâkim, yabancı hukuku arayıp bulmak ve uygulamakla yükümlü değildir. Ancak yabancı hukukun taraflarca olduğu kadar, mahkemece seçilecek bilirkişiler aracılığıyla ispat edilmesi de mümkündür. Taraflar yabancı hukukun muhtevası üzerinde anlaşmaya varmışlarsa, vakıaların ispatında olduğu gibi sonuç aynen kabul edilir.

(17) Bu konuda bkz: Nomer: Yabancı kanun, s.9 vd.; Bekki, O.F.: Türk Hukukunda Kanun İhtilâfları B.2, Ankara 1971, (Kanun İhtilâfları), s.43.; Seviş, V.R.: Kanunlar İhtilâfı (Yasama ve Yargılama Çatışmaları), B.2, İstanbul, 1974, (Kanunlar İhtilâfı), s.203-205; Çelikel, A.: Milletlerarası Özel Hukuk, B.2, İstanbul 1987, (MÖH), s.169-170. Uluocak, N.: Kanunlar İhtilâfı (Yasama Yüklisi Kuralları), İstanbul, 1971, (Kanunlar İhtilâfı), s.32, Ayrıca aynı yer dn.13; Göger: DHH, s.131; Sivrihisarlı :sgt., s.43 vd.; Davran, B.: Mukayeseli Medeni Hukuk Dersleri İstanbul 1968, s.51.

Yabancı hukuku bir vakıa sayan görüşün doğal sonuçları, yabancı hukukun ispat edilememesi durumunda, ihtilafa hâkimin hukuku (mahkeme hukuku)nun uygulanması ve yabancı hukukun yanlış uygulamasının denetim dışı kalmasıdır.

1. Vakıa Anlayışının Dayanakları

Yabancı hukuku bir vakıa olarak gören anlayışın temel dayanaklarını şu şekilde sıralayabiliriz:

a) Yabancı hukukun bir vakıa olduğu yolundaki anlayış, dava unsurlarının mahallî hukuk alanında yapılan "hukukî unsurlar" ve "vakıa unsurları" şeklindeki ayrımını kendisine başlıca çakış noktası yapmıştır(18). Dava unsurlarının bu şekilde ayrımı, pozitif mahallî hukukun bir konuda kabul ettiği kriterlere göre yapılmaktadır. Başka bir deyişle hukuki unsurlar mahallî hukuka göre tesbit edilmektedir. Mahallî hukukun bu konudaki ölçülerine uygun düşmeyen yabancı hukuk hukukî unsurların dışında kalarak vakıa gibi görülmektedir(19).

Bu ayrımın, hukuk normunun felsefi anlamda sahip olduğu genel ve soyut anlamı (20) üzerinde durulmamakta, hukuk olarak sadece mahallî hukuk, hukukî unsur olarakta bu hukukun ölçülerine uygun düşen unsurlar kabul edilmektedir. Geri kalantüm unsurlar, bu arada yabancı hukuk da vakıa sayılmaktadır. Zaten, ancak bu anlamda, yabancı hukukun hukukî unsur olarak kabul edilmemesi normal karşılanabilir(21). Çünkü, felsefi anlamda ele alındığında, hukuki unsurlardan hukuk kuralları (normları) onlaşılabacağından, yabancı hukukun da mahallî hukuk gibi davanın hukukî unsurunu teşkil edeceği şüphe götürmez bir gerçektir(22).

Bu şekilde, yabancı hukuk ve mahallî hukuk ayrı ayrı kategorilere sokulup birbirinden ayrılınca, hakimin hukuku bilmek mecburiyeti (iura nouit curia)(23) yabancı hukuk için ortadan kalkmakta; yabancı hukuk bir vakıa (olgu) sayıldığı için, onun vakıalar gibi iddia ve ispatı aranmaktadır(24). Böylece bu ayrım, yargılama sırasında hâkimin faaliyetlerinin belirlenmesi açısından bir anlam kazandırmaktadır(25).

b) Yabancı hukuk kurallarının davada uygulanması sırasında "vakıa" niteliği taşıdığını haklı göstermek için Fransız hukukunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür(26). Bu görüşleri başlıca üç grupta toplayabiliriz.

(18) Nomer; Yabancı Kanun, s.9.

(19) Nomer; Yabancı Kanun, s.9-10.

(20) Ekz. yuk. s. 8.

(21) Nomer; Yabancı Kanun, s.10.

(22) Nomer; Yabancı Kanun s.5; aynı manada Sivrihisarlı: agt., s.43.

(23) Ekz. aş. s. 48 vd.

(24) Nomer; Yabancı Kanun, s.10; Sivrihisarlı, agt., s.43.

(25) Sivrihisarlı: agt., s.43.

(26) Ekz. Nomer; Yabancı Kanun, s.15 vd.; Seviğ, V.R; Kanunlar İhtilâfı, s.203-204; Sivrihisarlı: agt., 43-44.

aa) İlk anlayış, yabancı hukukun mahiyeti, özü icabi bir vakıa olduğunu ileri sürer. Bu anlayışa göre, yabancı hukuk "bağlayıcı kuvvete" sahip değildir. Ülkesi dışında hiç bir bağlayıcılığı olmayan yabancı hukukun hâkim tarafından uygulanması onun sadece bir vakıa (olgu) olarak kabul edildiğini ortaya koyar(27).

bb) İkinci anlayışa göre, yabancı hukuk mahiyeti, özü, iç bünyesi icabi değil, usul hukuku kuralları karşısındaki durumubakımından, daha açık bir deyişle, Fransız mahkeme uygulamasında tabi tutulduğu usul hükümleri yönünden bir vakıa gibi görülmektedir(28). Fransız hukukunda çoğunluk tarafından kabul edilen bu anlayışa göre, yabancı hukuk gerçekte bir vakıa değildir. Ancak, Fransız hukukunda vakıaların ispatı ve temyiz mahkemesince kontrolü açısından getirilmiş hükümlerin yabancı hukuk açısından da geçerli olması nedeniyle, fiilen mevcut bu kuralları açıklayabilmek için yabancı hukuk vakıa sayılmaktadır(29). Kısaca, pratik bazı gerekçelerle yabancı hukuk bir vakıa gibi görülmekte, böyle yabancı hukukun vakıa olduğu yolundaki anlayış bir faraziyeye (varsayıma) dayanmaktadır(30).

cc) Üçüncü anlayış, Fransız hukukunda Batiffol tarafından geliştirilen bir anlayıştır. Batiffol, Fransız hukukunda yabancı hukukun bir vakıa olduğunu kendine özgü bir şekilde açıklamaya çalışmıştır(31).

Batiffol'a göre (32), yabancı hukuk Fransız hâkimi için somut bazı olaylara uygulanabilecek "genel bir kural", "umumi bir hüküm"dür. Bu hukukçuya göre, yabancı hukuk ancak kendi ülkesinde ve onu uygulayacak olan hakim için gerçek bir hukuktur; emredici ve rasyoneldir. Müellif, Yabancı kanun koyucu Fransa'da hâkimiyete sahip bulunmadığı için, yabancı hukukun emredicilik (zorlayıcılık) vasfını kaybettiğini ancak "umumi hüküm" olma karakterini koruduğunu belirtmiştir(33).

Batiffol'a göre, Fransız tatbikatında yabancı kanunun bir vakıa muamelesine tabi tutulmasının esas sebebi hâkimin yabancı hukuk sisteminin dışında olmasıdır (34). Bu nedenle, yabancı hukuk Fransız yasaları karşısında iki açıdan arızî (tesadüfî) nitelik taşır: İlk olarak, hakimin yabancı hukuk hakkında resmi bir bilgisi yoktur, yani hakim yabancı hukuk kurallarından resmen

(27) Nomer; Yabancı Kanun, s.15; Seviğ, V.R.; Kanunlar İhtilâfı, s.203; Sivrihisarlı: agt., 43.

(28) Sivrihisarlı; agt., s.44; Nomer, s.13,17.

(29) Nomer; Yabancı Kanun, s.13,16-17.

(30) Nomer; Yabancı Kanun, s.17-18.

(31) Batiffol'un görüşü ve eleştirisi hakkında geniş ve ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer; Yabancı Kanun, s.18-22,12.

(32) Nomer; Yabancı Kanun, s.18, Sivrihisarlı: agt., s.44.

(33) Nomer; Yabancı Kanun, s.18,20; Seviğ, V.R.; Kanunlar İhtilâfı, s.203.

(34) Nomer; Yabancı Kanun, s.18.

haberdar değildir. Zira, bu kurallar Fransa'da Fransız yasaları gibi yayınlanıp ilan edilmezler. Bunların varlığı tanık ifadesiyle ortaya konulabilir. Ayrıca, yabancı hukuk kuralları hakim haberi olmaksızın değişebilir. İkinci olarak, yabancı kanunun hâkim üzerinde bir otoritesi yoktur(35). Kendi deyimiyle "yabancı hukuk, Fransız hakimiyetinin bir ifadesi, yani hakim tâbi olduğu otoritenin bir emri" değildir(36). İşte yabancı hukuk bu arızı (tesadüfi) karakteri dolayısıyla for hakimi için bir "vakıa", "olgu" değerindedir. Zira, arızı (tesadüfi) olmak vakıalara özgü bir netiliktir. Oysa hukukta mecburîlik (zarurîlik) esastır ve hukuk "olan" değil "olması gereken"dir(37). Bu özellik ise sadece Lex Fori'de vardır. Yabancı kanun for hakimi için, ancak rasyonel kudreti olabilen bir vakıadır, emredicilik vasfı sadece yerli kanun (Lex fori) için söz konusudur(38).

Batiffol'a göre, hakim kendi ülkesinde hukukun yaratılmasında aktif bir rol oynamasına karşılık, yabancı hukukun yaratılması karşısında sadece bir izleyici (seyirci) konumundadır. Yabancı hukuk, hakim kendi kanun koyucusunun emri üzerine incelenen bir unsurdur, hakim bu alanda bir hukukçu gibi mantıksal, akilî ve faydalı olanı araştırmaz, bir sosyoloğ gibi fiilen mevcut olanı gözlemlemekle yetinir, yabancı hukuka müşahade edilecek bir dış olay gibi bakar(39).

Böylece, bu yazara göre, yabancı kanun Fransız kanun koyucusunun emri üzerine ve gözlenen bir olay gibi, yani yabancı emredici unsurundan arınmış olarak uygulanmaktadır. Nâsılkı, hakim derneklerle ilgili bir davada dernek tüzüğünü (statüsünü) tatbik ederken o derneğin otoritesine tâbi olmuyorsa, yabancı kanunu uygularken yabancı bir otoritenin emri altına girmemektedir(40).

Özetlersek; Batiffol, yabancı hukukun, Fransa'da yabancı kanunlara hâkimiyet tanımaksızın uygulanmasını, yabancı hukukun taraflarca ispat edilmek mecburiyetini ve tenyiz kontrolü dışında bırakılmasını yabancı hukukun yukarıda açıkladığımız arızı (tesadüfi) niteliği dolayısıyla vakıa kıymetine sahip olduğunu kabul ederek açıklamak istemiştir.

2. Vakıa Anlayışına Yöneltilen Eleştiriler

Yabancı hukukun bir vakıa olduğu yolundaki anlayış, kabul edildiği ülkelerde bile dayandığı noktalar yönünden eleştiriye uğramış, bu eleştiriler karşısında gerilemiş bulunmaktadır. Bu gün için, yabancı hukukun vakıa muamelesine tabi tutulduğu ülkelerde bile yabancı hukukun aslında bir vakıa olmadığı, ancak pratik bazı maksatlar ve zorunluluklar nedeniyle vakıa muamelesine tabi tutulduğu kabul edilir olmuştur.

(35) Nomer; Yabancı Kanun, s.18; Sivrihisarlı; agt., s.44.

(36) Batiffol'un bu görüşü, Nomer, Yabancı Kanun, s.9 dn.11'den nak.

(37) Nomer; Yabancı Kanun, s.18.; Sivrihisarlı; agt., s.44; Seviğ, V.R.; Kanunlar İhtilâfı, s.203.

(38) Seviğ, V.R.; Kanunlar İhtilâfı, s.203.

(39) Seviğ, V.R.; Kanunlar İhtilâfı, s.203; Nomer; Yabancı Kanun, s.18.

(40) Nomer; Yabancı Kanun, s.19-20.

Burada yabancı hukukun vakia olduğu yolundaki anlayışa yöneltilen eleştirileri inceleyeceğiz. Bu eleştiriler, yabancı hukukun neden hukuk sayılması gerektiğini ortaya koymaları açısından önem taşımaktadır.

Yabancı hukukun vakia olduğu yolundaki anlayış çok çeşitli eleştirilere uğramıştır. Bu eleştirileri, vakia anlayışının dayanak noktasına paralel bir şekilde dört grupta toplayabiliriz.

a) Bilindiği üzere, yabancı hukukun mahiyetini tespit için dava unsurlarının hukuki unsurlar-vaka unsurları olarak ayrılması ve bu ayrımın benimsemekle dava unsurlarının bunlardan birine dahil edilmesi çabası, yabancı hukukun vakia olduğu yolundaki anlayışın temel çıkış noktasıdır(41). Bu ayrıma dayanılması, genel hukuk teorisi açısından bakıldığında objektif ve soyut nitelikteki bir hukuk kuralının (bukural, yabancı bir hukuk kuralı da olsa) olgu biçiminde anlaşılmasına neden olurki, bunun teorik açıdan savunulması düşünülemez(42).

Daha öncede belirtildiği gibi (43), bu ayrımda hukuk normunun genel ve felsefi anlamı üzerinde durulmamakta, hukuki unsurların tesbitinde hukuk mefhumu olarak mahalli hukuk esas alınmaktadır(44). Böyle olunca da mahalli hukuk ölçülerine uygun düşmeyen her unsur, bu arada yabancı hukukta bir vakia unsuru olarak kabul edilmektedir. Oysa, genel ve felsefi açıdan bakıldığında, hukuki unsurlardan hukuk kuralları (normları) anlaşılacağından, yabancı hukukta mahalli hukuk gibi davanın hukuki unsurunu teşkil edeceğinden şüphe edilemez.

Dava unsurlarının bu şekilde ayrımı, mahalli hukuk sahasında ve münhasıran bu hukukun kriterlerine göre yapıldığından, bu anlayış mahalli hukuk alanında kaldığı sürece haklı görülse bile, milletlerarası alanda bir anlam ifade edemeyecektir. Çünkü, milletlerarası alanda, pozitif mahalli hukuk ölçülerine uygun düşmediği için yabancı hukuku bir vakia olarak görmek mümkün değildir(45). İşte, vakia anlayışının yapmış olduğu hata bu noktada kendini gösterir: Vakia anlayışı, mahalli hukuk ölçülerine göre hukuki unsur saymadığı yabancı hukuku zorunlu bir şekilde vakia olarak kabul etmiştir. Nomer'e göre (46), böyle bir sonuç, dava unsurlarının hukuk-vakia olarak iki kategoriye ayrılmasında bir "inhisari alternatif" görmeyi gerektirir. Öyleki; ilk kategoriye dahil olmayan herşey, zorunlu olarak diğer kategoriye dahil edilecektir. Oysa bu sonuç hatalıdır. Zira, dava unsurlarının iki kategoriye ayrılması yabancı hukukun nazara alınmadığı bir sahada yapılmıştır. Ayrıca, yabancı hukukun hukuki unsur kategorisine girmemesi sadece mahalli hukuktan farklı olduğu anlamına gelir, vakia olduğu anlamına gelmez.

(41) Nomer; Yabancı Kanun, s.9-10; Sivrihisarlı: agt., 44-45.

(42) Sivrihisarlı: agt., s.43.

(43) Ekz. yuk. s. 8.

(44) Nomer; Yabancı Kanun, s.11.

(45) Nomer; Yabancı Kanun, s.11.

(46) Nomer; Yabancı Kanun, s.11; Karş. Tuluay: agm. s.30. dn.24.

Bu nokta da, Fransız hukukunda bazı yazarlar (47) yabancı hukukun ne vakia (olgu) ne de iç hukuk sorunu olduğunu, olgu-hukuk ayrımının sadece milli hukuk açısından geçerli olabileceğini, yabancı hukukun uygulanması söz konusu olduğunda bunun üçüncü bir kategori oluşturacağını, bu kategorinin ise, dava unsurlarının iki kategoriye ayrılmasında, nazara alınmamış olan "yabancı hukuk kategorisi" olduğunu ileri sürmüşlerdir(48).

b) Yabancı hukukun "bağlayıcı kuvvete" sahip olmadığı için, mahiyeti (özü) icabı bir vakia olduğu yolundaki anlayışta eleştiriye uğramıştır.

Yabancı hukuk, elbette başka bir ülkede bağlayıcı bir kuvvete sahip olamaz. Zira, her devletin hukuku kendi ülke sınırlarıyla mukayyet olarak uyulması zorunlu kurallar demetidir. Bu nedenle, yabancı hukukun for hâkimi için kendi hukuku gibi "proprie iure" (=tam anlamıyla hukuki) (properly legal=tam (bir) hukuki) otoriteye sahip olmadığı ve olmayacağına tereddüt edilemez(49). Ancak, yabancı hukuk yürürlükte olduğu ülke için mahiyeti (özü) icabı bir "hukuk"; soyut ve genel emirler bütünüdür(50). Yabancı hukuk mahiyeti icabı bir hukuk olduğuna göre, yabancı bir ülkeye geçtiği anda bu özü yitirdiği(51), daha başka bir söyleyişle, yabancı hukukun uygulanması söz konusu olduğunda, hukuki norm karakterini kaybettiği söylenemez(52). Aksine, yabancı hukukun uygulanması söz konusu olduğunda, yabancı hukuk bizim kanunlar ihtilafı kurallarımızın emri gereği uygulandığından, bu kendi iç hukuk kurallarımızın yabancı hukuk kuralına belli bir otorite tanıdığı, bağlayıcı bir kuvvet izafe ettiği anlamına gelir(53). Diğer bir söyleyişle, devlet burada kendi yasama sınırlarını çizmiş olmaktadır(54).

Kanımızca, yabancı hukuk mahiyeti(özü) icabı bir vakia olarak görülse bile (-ki, yukarıda dile getirilen gerçekler karşısında bu hukuken ve mantiken mümkün olmakla beraber), bir hukuk kuralı, tabiatı icabı vakia olan bir hususu dahi "proprio iure" (=tam anlamıyla hukuki) yapabilir. Örneğin; örf ve âdete yapılan bir atıf (yollama) gibi. Ohalde, kanunlar ihtilafı kuralları gereğince uygulanması emredilen yabancı hukukun, bu noktadan sonra artık bir vakia olarak görülmesi hiç savunulamayacaktır.

(47) Nomer; Yabancı Kanun, s.11.dn.15 ve Sivrihisarlı;agt., s.45.dn.64'ki yazarlar.

(48) Sivrihisarlı;agt.,s.45; Nomer; Yabancı Kanun, s.11.ayrıca aynı yer s.15.

(49) Nomer; Yabancı Kanun, s.15.

(50) Sivrihisarlı;agt.,s.45; Nomer; Yabancı Kanun, s.15-16.

(51) "Yabancı bir yasanın, sınırı geçtiği anda olguya dönüşmesi, yabancı devletin egemenliğine tecavüz teşkil eder ve devletlerin karşılıklı ödevlerinin ihlali demek olur." Sivrihisarlı; agt.,s.44.

(52) Nomer; Yabancı Kanun, s.16; Bu konuda daha geniş bilgi için bkz.aynı yer dn. 25,26,28'deki açıklamalar.

(53) Nomer; Yabancı Kanun, s.16; Sivrihisarlı; agt.,s.44.

(54) Nomer; Yabancı Kanun, s.16.dn.28; Seviş, V.Rs Kanun İhtilafı, s.205.

c) Yabancı hukukun özü itibariyle değil, fakat usul hukuku kuralları karşısındaki durumu açısından vakia olduğu yolundaki görüşe gelince; bunun bir varsayım olduğu kolaylıkla anlaşılabilir. Şöyleki; Fransa'da çoğunluk tarafından savunulan bu anlayış, yabancı hukukun mevcut usul hükümlerine göre vakialar gibi ispata ihtiyaç göstermesi ve temyiz kontrolü dışında tutulması nedeniyle bu kuralları haklı göstermek amacıyla bir varsayımdan hareket etmektedir. Gerçekte, yabancı hukuk bir vakia değildir; fakat belirli kuralların uygulamasını nazari bir temele bağlamak için vakia gibi görülmektedir(55).

Fransız hukukunda, yabancı hukukun ispatı ve temyiz kontrolü dışında kalması ile ilgili kurallar, Fransız mahkeme tatbikatında pratik zorunluluklara çözüm bulmak çabasıyla doğmuştur(56). Fransız mahkeme tatbikatının pratik ihtiyaçlara çözüm bulmak amacıyla ortaya çıkardığı kuralları, yabancı hukukun vakia karakteri ile açıklamak yanlış bir yaklaşımdır. Bu yanlışlık, dava unsurlarının hukuk-vakia gibi iki kategoriye ayrılması fikrinde ısrardandığıdır. Oysa, bu kuralları açıklamak için böylebir varsayımı zorunlu görmek mantıklı değildir. Çünkü, bu kuralların izahı yabancı hukuku bir vakia gibi görmeden de yapılabilir(57).

Ayrıca, böyle farazi (varsayım) bir anlayışla bu kuralların izahını yapmakta mümkün değildir. Zira, bu kuralların yabancı hukukun davanın vakia unsuru olduğu gerekçesiyle kabul edildiği ileri sürüldüğünde, niçin yabancı hukukun davanın vakia unsuru olduğu sorusuna cevap verilememektedir. Bu soruya cevap verebilmek için tekrar sözü geçen kurallara gidilecek olursa, bir fasit dairenin içine girilmiş olur. Şu halde, yabancı hukukun vakia olduğu anlayışı ile mevcut usul hukuku kurallarının açıklanmasına yardım etmek amaçlanıyorsa, bu anlayışın yetersiz ve suni olacağı ortadadır(58).

d) Fransız hukukunda, Batiffol, yabancı hukukun hâkim için Fransız yasalarından farklı olarak taşınmış olduğu iki yönlü arızı karakter dolayısıyla vakia sayılması gerektiğini ileri sürmekteydi(59). İlk olarak yabancı kanun yabancı kanun koyucunun esiri olduğu için Fransız hâkimi üzerinde bir otoritesi yoktur. İkinci olarak, hâkim yabancı hukuktan resmen haberdar değildir. Çünkü, yabancı kanun Fransa'da yayınlanıp ilân edilmemektedir. Bu nedenlerle, yabancı hukuk, Fransız hukukundan farklı olarak "tesadüfî ve ferî" bir nitelik taşımaktadır. Bu ise olgulara, vakialara özgü bir durumdur. Bu anlayışa göre, yabancı hukuk başka bir ülkede uygulandığı zaman yabancı emredici unsurdan arınmış olarak, gözlenen bir olay, bir vakia gibi uygulanmaktadır(60).

(55) Nomer: Yabancı Kanun, s.13,17.

(56) Nomer: Yabancı Kanun, s.13.

(57) Nomer: Yabancı Kanun, s.14-15.

(58) Nomer: Yabancı Kanun, s.13.

(59) Ektz.yuk.s.13-14; Bu görüş ve eleştirisi hakkında bkz.Nomer:Yabancı Kanun, s.10-23,12.

(60) Nomer: Yabancı Kanun, s.18,21; Seviğ, V.R.Kanun İhtilafı, s.203; Sivrihisarlı: egt.,44.

Hemen belirtelim ki, yabancı hukukun bu anlamda tesadüfi ve ferî nitelik taşıdığı kabul edilse bile, bu durum onun mahiyetçe vakıa sayılmasını gerektirmez. Zira vakıaların tesadüfi ve ferî karakteri başka bir sebepten, yabancı hukukun tesadüfi ve ferîliği başka bir sebepten ileri gelebilir, üstelik bunların muhtevaları da farklı olabilir. Ayrıca, tesadüfi ve ferî karakter hem yabancı hukuk hemde vakıalar için aynı sebep ve muhtevaya indirgenebilse bile, bu tespitten yabancı hukukun vakıa olduğu sonucuna varılamaz. Çünkü, her ikisinin de tesadüfi ve ferî nitelik taşımaları aynı mahiyette olduklarını ispat etmez. Yabancı hukuku ve vakıaları farklı mahiyette kılacak diğer nitelikler de mevcuttur(61).

Bu eleştiri karşısında Batiffol, yabancı hukukun bir vakıa değerinde olduğu söylendiğinde, aslında yabancı hukuku, gerçekten bir vakıa olduğuna değil, onun arızî karakterine işaret edilmek istendiğini, yabancı hukukun mahkeme de taraflarca ispat edilmek mecburiyetini ve tenyiz kontrolü dışında tutulduğunu ve sadece bu anlamda vakıa unsuru olarak kabul edildiğini söyleyerek, vakıa anlayışını sınır-lama gayretine girmiştir(62).

Yabancı hukuk, millihâkim tarafından kendi ülkesi dışında yürürlükte bulunan bir hukuk sistemi olarak nazara alındığında, onun arızî bir karakter taşıdığı söylenebilirse de, kanunlar ihtilâfı kuralları gereğince uygulamayı emredildiğinde hâkim için yabancı hukuku dikkate almak ve uygulamak zorunluluğu doğacağından artık yabancı hukukun tesadüfiliğinden bahsetmek mümkün olmayacaktır(63). Artık, hâkim ihtilâfa gözüm getirmek için yabancı hukuk kurallarını ve yabancı hukuktaki çözümleri, kabul edilen sisteme göre bilmek, bilmiyorsa araştırmak veya bu konuda tarafların yardımını istemek durumundadır. Bu nedenle, Batiff ol gibi (64) yabancı hukuku kendi ülkesinde gerçek bir hukuk olarak kabul ettikten sonra, uygulaması sırasında vakıa muamelesine tabi tutmak yanlış bir tutumdur. Bu tutum, ülkesel egemenliğe, yabancı bir egemenliğin eseri olan yabancı kanununun uygulamasının aykırı düşeceği endişesinden kaynaklanmaktadır(65). Oysa, millî kanun koyucunun, kanunlar ihtilâfı kuralları aracılığıyla yabancı kanununun uygulanmasını emretmesi, bir başka deyişle yabancı bir kanun koyucunun eseri olan bir kanuna sanki kendi eseriymiş gibi itiatî emretmesi bir vakıayı nazara almaktan daha ileri bir tutumdur. Çünkü, devlet yabancı bir kanuna uygulanma imkanı, tanıyarak kendi egemenlik sınırını biraz daraltmış olursa da milletlerarası cemianın adeta kanun koyucusu durumunu kazanmış olmakla, daha üstün bir egemenlik alanında yer almış olur(66).

(61) Nomer: Yabancı Kanun, s.21.

(62) Nomer: Yabancı Kanun, s.21-22, ayrıca s.21.dn.14.

(63) Nomer: Yabancı Kanun, s.22.

(64) Bkz. Nomer: Yabancı Kanun, s.20; Seviğ, V.R.: Kanunlar İhtilâfı, s.205.

(65) Seviğ, V.R.: Kanunlar İhtilâfı, s.200; Bu konu da ileri sürülen diğer görüşler için bkz. Seviğ, V.R.: Kanunlar İhtilâfı, s.200-205; Nomer: Yabancı Kanun, s.12.

(66) Seviğ, V.R.: Kanunlar İhtilâfı, s.205.

Fransız hukukunda hâkimin hukuku ile yabancı hukukun farklı kurallara tabi tutulması, yabancı hukukun vakia olmasından değil, mahallî hukukun hâkimin tâbi olduğu otoritenin emri, yabancı hukukun ise, yabancı kanun koyucunun emri olmasından ileri gelmektedir(67).

B- YABANCI HUKUKU " HUKUK " OLARAK KABUL EDEN ANLAYIŞ

Yabancı hukukun vakia olduğu yolundaki anlayışa karşı ileri sürülen eleştirilen karşısında, yabancı hukukun " hukuk " olarak kabul edilmesi gerektiği kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Yabancı hukukun vakia olduğu yolundaki anlayış milletlerarası hukuka yararlılık yönünden artık geri kalmış, eskimiş bir anlayıştır(68).

Fransa hariç, Kara Avrupası hukuk sistemine dahil olan ülkelerde(başlıca, Almanya, Avusturya, Romanya, İtalya, Hollanda, Sovyetler Birliği gibi ülkelerde), yabancı hukuk hukuk olarak kabul edilip uygulanmaktadır. Bu sistemde (69), yabancı hukuk da mahiyeti itibariyle bir hukuktur. Bu nedenle, hâkim uygulaması gerekli yabancı hukuku re'sen nazara almak zorundadır. Yetkili yabancı hukuku muhtevasını tespit etmekte, yani yabancı hukuku arayıp bulmakta hâkimin görevidir. Yetkili yabancı hukuku re'sen tespit etmek durumunda olan hâkim, bu görevini yerine getirirken her türlü imkândan faydalanabilir. Bu hususta ilmi kaynaklardan yararlanabileceği gibi tarafların yardımında isteyebilir. Hâkimin hukuku bildiği (iura novit curia) faraziyesi yabancı hukuk için geçerli değildir. Yabancı hukuku bir vakia olarak gören sistemin aksine, bu sistemde tarafların yabancı hukukun muhtevası üzerinde anlaşmaya varması hâkimi bağlamaz. Yabancı hukukun uygulaması ve yanlış uygulaması da denetime tabidir.

Denekki, yabancı hukuku, mahallî hukukun (Lex fori'nin) ölçülerine uymadığı için bir vakia olarak görmek doğru olmadığı gibi, yabancı hukuku hukuk olarak kabul etmek onun her açıdan mahallî hukuka (Lex fori'ye) eşit kılınmasına müncer olmaz(70).

Yabancı hukuku bir vakia olarak kabul eden görüşün gürlü pozitif düzenlemelerinde bir değeri kalmamış olmasına rağmen, bu görüş, yabancı hukukun içeriğinin tesbiti ve yargı denetimi konularında teknik açıdan bazı ülkelerin devletler özel hukuku sistemlerini etkilenmiş bulunmaktadır.

Örneğin, Alman Hukuku yabancı hukuku hukuk olarak kabul etmesine rağmen (ZPO § 293) tenyiz denetimi sadece Alman hukuku yönünden kabul edilmiştir. (ZPO § 549/I ve § 550)(71).

(67) Nomer: Yabancı Kanun, s.22-23.

(68) Seviğ, V.R.:Kararlar İhtilâfı, s.204.

(69) Bu konuda bkz. Nomer: Yabancı Kanun, s.26 vd.; Güçer : DMH, s.130 vd.; Berkli, O.F.; Kanun İhtilâfları, s. 43; Ulucak: Kanunlar İhtilâfı, s.31-32; Çelikel :MÖH, s. 170; Davranış, s.51 vd.

(70) Nomer: Yabancı Kanun, s.25; Aynı manada Sivrihisarlı;agt, s.45.

(71) Hegel, G.:Internationales Privatrecht, Ein Studien buch, 4-neubearb. Aufl., München 1977, (IPR) s.231; Dille, H.:Internationales Privatrecht . Ein Einführung in seine Grund lagen. Karlsruhe 1968. (IPR), s.109; Üstündağ, s. Hukuk Usulü Muhakemeleri

Sovyet hukukunda iura nouit curia (Hâkim hukuku bilir) kuralının sadece Sovyet Hukuku yönünden geçerli olduğu kabul edilmiştir(72).

İsviçre hukukunda, hâkimin içeriğini kesin olarak bildiği yabancı kanunu re'sen uygulayacağı, eğer bilmiyorsa, bunun taraflarca ispat edileceği kabul edilmiş bulunmaktadır(73).

Şunu hemen belirtmek gerekirken vakia anlayışının getirdiği usulü kolaylıklardan faydalanabilme yanında teorik ve mefhumla bağlılığın ortaya çıkardığı güçlüklerden sıyrılabilme çabası, günümüzde yabancı hukuku hukuk olarak kabul eden hukuk sistemleriyle yabancı hukuku vakia olarak ele alan hukuk sistemleri arasında çok büyük farkların bulunmadığı gerçeğini ortaya koymuştur(74).

Örneğin; yabancı hukuku vakia olarak gören İngiliz hukukunda, yabancı hukukun ispatına ilişkin meselelerin hallinde, gerçek anlamdaki vakiaları değerlendiren jüri değil, kanunu değerlendiren mahkeme yani hâkim yetkili görülmektedir(75). Böylece yabancı hukukun vakia olduğu prensibinin bir varsayım olduğu kabul edilmektedir. Zaten, İngiliz hukukunda, yabancı hukuk vakia olarak görülmesine rağmen "hukukîliği" vasfına hiç itiraz edilmemiştir(76).

Amerikan hukukunda yeni gelişmeler, yabancı hukukun "normatif" karakteri" sebebiyle gerçek vakia muamelelerinden ayırd edilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır(77).

Bu konuyu kapatmadan evvel, son olarak Wolff ve Graveson'un İngiliz hukuku yönünden yapmış oldukları tespitlere kısaca değinelim.

Wolff, vakia anlayışını eleştirirken mahkemenin vakıayı değil, hukuku uyguladığını, vakialara vakianın uygulanmasının anlamsız olduğunu belirtmektedir. Yazar'a göre, İngiliz hukukunda yabancı hukuk vakia olarak uygulanır demek, o hukukun hukuk olma vasfını kaybettirmez(78).

Graveson'a göre, yabancı hukukun bir vakia gibi görülmesi yabancı hukuk üzerine belirli bir amaç için kolaylık işareti koymak anlamına gelir. Yoksa, "yabancı hukuk mahkemenin hukuku kadar hukuk, mahkemenin hukuku da yabancı hukuk kadar vakıadır"(79).

Kanunu Tadil Tasarısı Hakkında Düşünceler, İÜHEM, 1967, C. XXXIII, s. 1-2 (Tasarı), s. 177.

(72) Nomer: Yabancı Kanun, s. 23, dn. 46.

(73) Göğür: DHH, s. 131-132.

(74) Aynı manada Nomer: Yabancı Kanun, s. 23-24.

(75) Nomer: Yabancı Kanun, s. 23 dn. 46.

(76) Bu konuda bkz. Nomer: Yabancı Kanun, s. 24.

(77) Bkz. Nomer: Yabancı Kanun, s. 24-25.

(78) Wolff'un bu eleştirisi, Çelikel: MÖH., s. 169. dn. 167' dn. nak.

(79) Graveson'un butesipiti, Nomer: Yabancı Kanun, s. 25' den nak.

C- TÜRK HUKUKUNDA YABANCI HUKUKUN MAHİYETİ

1. Kanunî Düzenleme

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun (80) kabulünden önce, yabancı hukukun uygulanmasıyla ilgili problemlerin çözümü açısından en çok başvurulan hüküm HUMK'ın 76.md.'si hükmü idi. Türk Kanunlarının ve yabancı kanunların uygulanmasını düzenleyen bu madde hükmüne göre;

" Hâkim re'sen Türk kanunları mucibinde hüküm verir. Ancak ecnebi bir hukukun tatbiki lazım olan hallerde, buna istinat eden taraf o kanun hükmünü ispatla mükelleftir. İspat olmazsa Türk kanunları mucibince hükmolunur." (HUMK.md.76).

Yabancı hukukun mahiyetini açıklamak için de bu madde hükmü esas alınmaktaydı.

Bugün, Türk Devletler Özel Hukuku uygulama alanına giren problemlerle ilgili olarak 22.11.1982 tarihinde yürürlüğe giren MÖHUK. ile, kendine özgü bir koda kavuşmuş bulunmaktadır. Yabancı hukukun uygulanması problemi de bu başlık altında söz konusu kanunun 2.md.'si ile düzenlenmiş bulunmaktadır. MÖHUK.'un 2.md./I ve II. fıkraları aynen şöyle demektedir:

" Hâkim, Türk Kanunlar ihtilâfı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygular. Hâkim, yetkili yabancı hukukun muhtevasının tesbitinde tarafların yardımını isteyebilir.

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

2. Mahkeme İçtihatları

Yabancı hukukun mahiyeti, yani yabancı hukukun bir vakıa mı yoksa bir hukuk mu olduğu konusunda, Türk mahkeme tatbikatının izlemiş olduğu tutum, Türk doktrinine nazaran, çağdaş devletler özel hukuku sistemine daha uygun ve daha istikrarlı görünüm arz etmektedir(81).

Yargıtay, MÖHUK.'un kabulünden önceki dönemde HUMK.'nın 76 md.'si hükmüne dayanarak vermiş olduğu bir çok kararlarında, HUMK. un 76.md/2.cümlesinde yer alan " ispat" terimine bağlı kalmayarak, uygulanacak yabancı hukukun yanlış tespitini (82), hâkimce yabancı hukuk kurallarının araştırılmamış olmasını (83), yabancı hukuk kurallarının hatalı uygulanmasını ve hatalı yorumlanmasını(84) tespit ettiği takdirde, ilk derece mahkemesi kararlarını bozmuştur. Burdan hareketle o dönemde haklı olarak Yargıtay'ın yabancı hukuku "hukuk" olarak kabul ettiği sonucuna varılmıştır(85).

Yargıtay'ın özellikle 26.5.1949, 11.5.1967, 18.3.1969 tarihli kararlarında(86), yetkili yabancı hukukun tespitinin tarafların rızasına ve ispatına

(80) 22.5.1982 tarih ve 2675 sayılı Kanun (R.G.22.5.1982, S.17701).

(81) Aynı yönde Nomer: Yabancı Kanun, s.72,136; Çelikel: MÖH,s.171-172.

(82) Bu nitelikteki kararlar için bkz. a.ş.a. s.61 dn.48.

(83) Bu nitelikteki kararlar için bkz. a.ş.a. s.87 dn.171

(84) Bu nitelikteki kararları için bkz. a.ş.a. s.170 dn.163

(85) O dönemde aksi fikir için bkz. Üstündağ, S.: Medeni Yargılama Hukuku, C.II. Kanun Yolları ve Tahkim, B.3, İstanbul 1977 (Kanun Yolları 1977) s.44 ve dn.6 c.

(86) Y.2.HD.'nin bu kararları için bkz. a.ş.a. s.87 ve 171.

birakılmayarak hâkimce re'sen tespit edileceği, ilgili kanun hükümlerinin hâkimce re'sen araştırılıp tespit ve tatbik edileceği belirtilerek, yabancı hukukun "hukuk vasfı" vurgulanmış bulurmaktadır.

O dönemde dahi yabancı hukukun HUMK.'un 76.maddesi hükmüne rağmen hukuk olarak gören ve hukuk gibi maamele eden Yargıtay'ımızın MÖHUK.'un 2.md.'sinin kabulünden sonra görüş değiştirmesi mevcut düzenleme karşısında mümkün olmadığı gibi buna gerek duyulmamış ve zaten duyulmasında beklenemezdi(87).

3. Doktrin

a) MÖHUK.'un Kabulünden Önceki Dönem

Türk Hukukunda Yabancı hukukun mahiyeti, MÖHUK.'un kabulünden önce HUMK.'un 76 md./2.cümlesindeki "... ancak, ecnebi bir hukukun tatbiki lazım gelen hallerde buna istinat eden taraf o kanun hükmünü ispatla mükelleftir..." hükmü nazara alınarak, genellikle usul hukuku yazarları(88) tarafından vakia olarak değerlendirilmiştir. Zira, HUMK.md.2/2.cümlede yabancı hukukun uygulanması tarafların ispatına bağlı kılınmış görülmektedir. İşte, bu ispat mükellefiyetinden hareket eden yazarlar yabancı hukuk kurallarını maddi vakialar gibi ispata konu etmek suretiyle, Üstündağ gibi (89) açıkça " yabancı hukuk bir vakia"dır " demeseler bile, yabancı hukuku bir vakia muamelesine tabi tutmuşlardır.

Devletler özel hukukçularından bazıları da bu dönemde yabancı hukukun

- (87) Yargıtay'ın yeni dönemde vermiş olduğu iki kararda aynı esaslar tekrarlanmış-
tır. Bkz. Y.2HD.'nin 23.6.1983 T.ve E.5550/K.5697 sayılı kararı (YKD,C.X,S.1,
s.46-47); Y.1HD.'nin 18.4.1986 T.ve E.64/K.2029 sayılı kararı (YKD.C.XII,S.7,
s.992-995).
- (88) Üstündağ: Kanun Yolları 1977, s.44 ve dn.6.o; Üstündağ, S.: Medeni Yargılama Hukuku, C.I, "Yargılama safhası" B.2, İstanbul 1977 (Yargılama Safhası), s.492,516; Postacıoğlu, İ.E.: Medeni Usul Hukuku Dersleri, B.6, İstanbul 1975, s.235-236; Kuru, B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.II, B.4, Ankara 1980 (HMU), s.1173-1174, 1331-1333, 1353; Önen, E.: Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979, S.145, dn.15; Bilge, N.-Önen, E.: Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, B.3, Ankara 1978, s.296, 491,649; Ansay, S.Ş.: Hukuk Yargılama Usulleri, B.7, Ankara 1960, s.149,252-253; Berkin, N.: Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 1969, s.169; Karafakih, İ.H.: Hukuk Muhakemesi Usulü Esasları, Ankara 1952, s.77,166; Ertem, A.T.: "Bevyine", AD,1948, Y.39, S.6, s.743; Yavuz, N.: "Adli İspat" AD,1977, Y.68, S.5-6, s.385;
- (89) Türk Hukukunda yabancı hukukun bir vakia olduğunun en ısrarlı ve en açık bir şekilde savunan yazar Saim Üstündağ'dır. Yazara göre, "... Zira, hâkim yabancı hukuk kaidesini ispat edilmiş şekliyle uygular....Mahkeme yabancı hukukun tatbiki gerektiği fikrini kabul etmesine rağmen bu hukuk kaidesini re'sen arayıp bulmakla yükümlü değildir.... Halbuki, 76.maddenin sisteminde hâkim yabancı hukuk kaidesinin muhtevası hakkında yeter bilgi sahibi olmadığı için bunu uygulamamışsa, bu bir temyiz sebebi olmamak gerekir."; Üstündağ: Tasarı, s.176-177; ayrıca bkz.yuk.s.21,dn.85.

Yazar bu fikrini MÖHUK.'un hazırlık çalışmaları sırasında da devam ettirmiş-
tir. Bu hususta bkz. Üstündağ: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanunu Öntasarısı Sempozyumu, 22-24 Kasım 1976, İstanbul 1978, (Sempozyum), s.42 vd.

vakia olduğunu (90) yada en azından usul kanunumuzdaki 76.mad.nin 2 ve 3.cümlelerindeki hüküm nedeniyle Türk hukukunda vakia gibi görüldüğünü ileri sürmüşlerdir(91).

Ancak, sözümleri ettiğimiz Devletler Özel Hukuku ve Usul Hukuku yazarlarının, yabancı hukuk kurallarını tam anlamıyla bir maddî vakia olarak kabul ettiklerini söylemek doğru olmaz. Bu yazarların çoğu, yabancı hukuk kurallarının ispatında vakiaların ispatı ile ilgili kurulların tamamen geçerli olmadığını da belirtmişlerdir(92).

Bu dönemde yabancı hukukun hukuk olarak kabul edildiği ve uygulandığını kabul eden yazarlarda olmuştur(93). Bunlardan özellikle Nomer, yabancı hukukun mahiyeti gereği hukuk olduğunu, kendi ülkesinde hukukî norm karakterine sahip olduğunda şüphe edilmeyen yabancı hukuk kurallarının yabancı bir ülkede vakia niteliğine dönüşmeyeceğini kesin bir dille belirtmiştir. Yazar bu sonuca HUMK.'nun 76.madisinde yer alan yabancı hukukun ispatı ile ilgili hükümleri, hâkimin hukuk kurallarını re'sen araştırması prensibiyle birlikte değerlendirerek varmıştır(94).

(90) Göger: DHH, s.137; Göger: İçtihatlar, s.30.

(91) Berki, Türk Hukukundaki durumun, yabancı hukuku bir vakia olarak gören sisteme benzediğini belirttikten sonra (Berki, O.F.: Kanun İhtilâfları, s.44), "...HUMK. ecnebi kanunun ispatını bir vakianın ispatı mahiyetinde tutmaktadır." demektedir; Berki, O.F.: Kanun ihtilâfları, s.45; Altuğ, Y.: Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 1973, s.154; Seviğ'e göre "...demek oluyorki, yabancı kanun sistemimize göre bir vakia sayılır, fakat, sistemimizin emri veçhile ispat edildiği takdirde mutlaka nazara alınması gerekli bir vakia olarak. Denekki emperatif sayılan ancak Türk kanunu ve Devletler Hususi Hukukunun kendisi olup yabancı kanun değildir"; Seviğ, M.R.-Seviğ, V.R.: Devletler Hususi Hukuku, B.3, İstanbul 1962, (DHH), s.435; Vedat Raşit Seviğ iş, "...Yabancı kanun hernekadar ispat edilmek durumunda isede, tam bir vakia durumunda" olmadığını belirtmektedir; Seviğ, V.R.: Kanunlar İhtilâfı, s.209.

(92) Berki, O.F.: Kanun İhtilâfları, s.44-45; Seviğ, V.R.: Kanunlar İhtilâfı, s.209-210; Kuru : HMU., C.II, s.1331-1332; Ansay : age., s.252; Gürdoğan: agm., s.269.

(93) Nomer: Yabancı Kanun, s.32 vd.; Çelikel, A.-Nomer, E.: Devletler Hususi Hukuku, Örnek Olaylar-Mahkeme Kararları, İstanbul 1980 (Örnek Olaylar 1980), s.233 vd.; Sivrihisarlı : agt., s.45vd.; Okçın, G.: Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, Ankara 1967, s.12; Alangoya : Sempozyum, s.35,45.; Açıkça olmamakla beraber Fığek, H.: Gayrisahih Nesepten Doğan Kanun İhtilâfları, İstanbul, 1954, s.37-38; Uluocak : Kanunlar İhtilâfı, s.34.

(94) Nomer : Yabancı Kanun, s.32,70,136; Ayrıca bkz.Çelikel-Nomer, Örnek Olaylar 1980, s.233,235-236; Nomer : Sempozyum, s.31-32,45 vd.

b) MÖHUK.'un Kabulünden Sonraki Dönem

MÖHUK.'un 22.5.1982 tarihinde kabul edilip, 22.11.1982 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde, fikirlerini tespit edebildiğimiz yazarlar, MÖHUK'un 2.md.si ile HUMK.'un 76.md.2 ve 3.cümlesinde yer alan yabancı hukukun uygulanması konusunu yeniden düzenlemiş olduğu, buyeni düzenleme karşısında, artık yabancı hukukun bir vakıa olarak görülemeyeceğini belirtmek suretiyle (95), yabancı hukukun hukuk olarak kabul edildiği noktasında birleşmişlerdir.

Gerçekten de Türk hukukunda MÖHUK.'un " yabancı hukukun uygulanmasını" düzenleyen 2.md.si ile yabancı hukuk "hukuk" olarak kabul edilmiş bulunmaktadır. Zira, bu madde hükmüne göre, hâkim Türk Kanunlar İhtilâfı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen (kendiliğinden) uygulamak zorundadır(md.2/I). Böylece, daha önce HUMK.'un md.76/1.cümlede Türk hukuk kuralları yönünden kabul edilmiş bulunan hâkimin hukuk kurallarını re'sen uygulaması prensibi, MÖHUK.'un sözü-nü ettiğimiz hükmü ile yabancı hukuk açısından da geçerli hale getirilmiştir. Bu hük-mün kabulünden sonra Türk hukukunda yabancı hukukun hukuk olarak kabul edildiğinde artık tereddüt edilemez. Çünkü, yabancı hukukun uygulanmasını emreden kanunlar ihtilâ-fı kuralı bizim hukukumuzun bir parçası, yani bizim hukuk kurallarımızdır. Hâkim bu kural gereğince yabancı hukuku re'sen uygulamak zorundadır. Yabancı unsurlu bir olay ve ilişkide yabancı hukukun uygulanıp uygulanmayacağını, eğer uygulanacaksa yetkili yabancı hukukun muhtevasını tespit etmek hâkimin görevidir(96).

Ancak; yabancı hukuk hukuk olmasına rağmen yabancıdır. Bu nedenle, mutlak suretle hâkimden yabancı hukuku bilmesi beklenemez. Yani, "iura novit curia" kuralı yabancı hukuk yönünden de aynen geçerli değildir(97). Nitekim, bu gerçekçi düzenleme-nin bir sonucu olarak MÖHUK.'un 2.md.sinin 1.fikresinin 2.cümlesinde, yabancı hukukun muhtevasını tespit yönünden, hakime tarafların yardımını isteyebilme yetkisi verilmiş-tir.

(95) Daha öncede aynı görüşte olan Nomer, E.: Devletler Hususi Hukuku, B.5, İstanbul 1988,

(DHH), s.193; Çelikel, A.-Nomer, E.: Devletler Hususi Hukuku. Örnek Olaylar -

Mahkeme Kararları, B.3, İstanbul 1985 (Örnek Olaylar 1986), s.22 vd.; Çelikel ; MÖH, s 171 ; Tekinalp, G.: Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları, B.3, İstanbul 1986, (MÖH), s.41; Tuluay ; a.g.m., s.29.

Usul hukukçuları için bkz. Kuru, B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.V, İstanbul 1986, (HMU), s.4467, 4483-4484; Kuru, B.-Arslan, R.-Yılmaz, E.: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 1986, s.247; Üstündağ, Türk Hukukunda eski sistemin artık terk edildiğini ve yabancı hukukun hatalı uygulanmasının tenyiz sebebi olaca-ğın belirtmek suretiyle fikir değiştirmiş bulunmaktadır; Üstündağ; MYH, s.207; Üstündağ, S.: Medeni Yargılama Hukuku, C.II, Kanun Yolları ve Tahkim, B.3, İstanbul 1984 (Kanun Yolları 1984), s.51.

(96) Uygulanacak yabancı hukukun ve bu hukukun muhtevasının tesbiti hakkında bkz. a.g.a. s.52 vd.

(97) "iura novit curia" kuralının yabancı hukuk yönünden değerlendirilmesi için bkz. a.g.a. s.51 vd.

Sonuç olarak, Türk hukukunda yukarıda da değindiğimiz gibi mahkeme tatbika-
tında eskiden beri, doktrinde ise MÖHUK.'un kabulünden önce bazı yazarlar (98) tara-
fından kabul edilen yabancı hukukun "hukuk vasfı " MÖHUK.md.2 karşısında istisnasız
kabul edilmek zorundadır. Çünkü, artık HUMK.nun yanlış değerlendirilmeye müsait
olan 76.md'sinin 2 ve 3.cümleleri, yabancı hukukun uygulanmasını özel olarak düzen-
leyen MÖHUK.md.2 ile yürürlükten kalkmıştır. HUMK.(99)'a göre,MÖHUK.(100), özel bir
kanun olduğu gibi daha yeni bir kanundur. Bu sebeple HUMK.'un md.76/ 2 ve 3.cüm-
leleri zımnen ilga edilmiştir(101). Bu yasal düzenleme karşısında,hâlâ yabancı huku-
kun bir vakıa olduğunusöylemek mümkün değildir. Öyleki,yabancı hukukun hukuk olduğu
bu yasal düzenlemeden de önce haklı gerekçelerle doktrinde sözünü ettiğimiz yazarlarca
savunulmuşbir gerçektir.

Bu gün için yabancı hukuk hukuk olarak kabul edilmiş ve uygulama açısından
Türk kanunları ile eşit tutulmuştur. Böyle bir hükmün kabul edilmesi eleştirilse
bile (102), yabancı hukukun "hukuk vasfı " inkar edilmez bir gerçektir. Öyleki,
MÖHUK.'un söz konusu hükmü bu gerçeği açıkça tanımaktan ibarettir. Kaldiki, MÖHUK.'un
2.md.sinin getirmiş olduğu düzenleme, çağdaş devletler özel hukuku anlayışının gerek
ve icaplarına uygun ve aynı zamanda gerçekçi (realist) bir düzenlemedir.

III. YABANCI HUKUKUN UYGULANMA SEBEBİ

A. GENEL OLARAK

Devletin, ülkesi üzerindeki egemenliği ilkesi, her bağımsız devletin kendi
ülkesindebulunan kişilere, kendi ülkesinde meydana gelen hukuki olaylara ancak ken-
disinin koymuş olduğu hukuk kurallarının uygulanmasını gerektirir(103). Bu nedenle,
yabancı unsur taşıyan bir olay ve ilişkide yabancı bir hukukun uygulanması bir pren-
sibe aykırı görülebilir; bir başka ifadeyle çeşitli sebeplerle devletin yabancı
kanunlara, kanunlar ihtilâfı kurallarıyla uygulama imkânı vermesi, devlet egemenli-
ğinin tekelci (inhisari) karakterine ters düşen bir durum olarak görülebilir(104).

(98) Bkz.yuk.s.23,dn.93'de anılan yazarlar.

(99) 18.6.1927 tarih ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu(R.G. 2/3/4 Temmuz
1927,S.622-623-624).

(100) 20.5.1982 tarih ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında
Kanun (R.G.22.5.1982,S.17701).

(101) Bu fikirde : Kuru : HUK, C.V,s.4483; Kuru-Arslan-Yılmaz:age., s.247; Çelikel :
MÖH, s.171 ;Nomer :DHH,s.197;karş. Tekinalp : MÖH,s.41-42.

(102) Hazırlık çalışmaları sırasında HUMK.md.76'nın aynen muhafazası yönünde fikirler
için bkz. Üstündağ : Sempozyum,s.42-44; Katılan Şener:Sempozyum, s.44-45.

(103) Seviğ,V.R.:Kanunlar İhtilâfı, s.196-197; Berki,O.F.: Devletler Hususî Hukuku,
C.II"Kanun İhtilâfları"B.6, Ankara 1966,(DHH)s.10; Nomer;Yabancı Kanun,s.26-27.

(104) Seviğ,M.R-V.R.: DHH,s.413; V.R.Seviğ, egemenliğin gereği olarak devlet ülkesinde
devletin kanununun uygulanması ile yabancı kanunun uygulanmasının bağdaştırıl-
ması zaruretine işaret ettikten sonra, bunun tek yanlı ve iki yanlı kanunlar ih-
tilâfı kurallarıyla gerçekleştirildiğini söylemektedir; Seviğ,V.R:Kanunlar İhtilâfı,
s.344.

Bu düşünüş tarzının bir sonucu olarak Millî Devlet ülkesinde yabancı yasaların uygulanmasına yer verilmemesi gerektiği savunulmuştur. Devletler özel hukukunun karşısında olan bu öneriye göre, yabancı unsur taşısın veya taşımamasın tüm toplumsal ilişki ve olaylara hâkimin kanunu (Lex fori) mutlak suretle uygulamalıdır. Bu düşünüş, feodal toplum yapısının ve salt egemenlik anlayışının hakim olduğu dönemlere aittir(105). Dini anlayışında toplum hayatına egemen olduğu budönemlerde yabancı hukukun uygulanmaması mutlak egemenlik ilkesi yanında, devleti bir arada tutan din birliğini korumak amacına da yönelmiştir. Çünkü, bu anlayışa göre, yabancı hukuk kurallarının uygulanmasını yeğlemek, yabancı dinlerin veya dini anlayışların da millî ülkede yayılması anlamını taşıyacaktır. Bu durum din birliğini bozacağından, yabancı yasaların uygulanmasını engellemek devletin görevi haline gelmektedir(106).

Millî duygularla beslenen bu görüş, Lex fori'yi ön plana almıştır. Hâkim en iyi saydığı, en iyi bildiği ve en etkili sonucu doğuracak netilikte gördüğü kendi hukukunu tüm olaylara uygulamalıdır. Hâkimin hukuku olaylara en iyi çözüm getiren, en iyi hukuk olarak kabul edilmektedir(107).

Bu görüş "... kanunlar ihtilâfını ortadan kaldırmaktadır. Çünkü, yabancı bir devlet kanunu başka bir devlette asla tatbik olunamamaktadır "(108).

Hemen belirtelimki, bu öneri ancak teoride kalmış, fiili uygulamaya geçirilememiştir. Zira, yabancı hukukun uygulanmaması çözüm değildir. Eğer çözüm olsaydı, bugün devletler özel hukuku diye bir hukuk olmazdı. Çünkü, böyle bir anlayışın kabulü halinde, yabancı unsur taşısın veya taşımamasın tüm olay ve ilişkilere hâkimin hukuku uygulanacağından, en başta müktesep haklar zedelenecektir. Eğer, her olaya hâkimin hukuku uygulanacak olursa, bir hukukî ilişkiye girenlerin bu ilişkiden elde ettikleri haklar ve ilişkiden doğacak meşru beklentileri ihlâl edilecektir. Bu işe, düzen ve istikrarın yok olması demektir. Düzen ve istikrarın yokluğu adalet duygusunu ortadan kaldırır. Ayrıca ilişkiye salt hâkimin hukuku açısından bakıldığında, bir ülkede verilen karar diğer bir ülkede icra edilemeyecek, sonuç doğuramayacaktır. Çünkü, yabancı bir ülkede verilen kararın diğer bir ülkede icrası, herşeyden önce başka hukuk düzenleriyle " uyum ve koordinasyon" sağlanırsa mümkün olur. Oysa, hâkimin hukuku dışına çıkılmadan bunun temini mümkün olmaz.

(105) Göger'in "Ülkesellik ilkesini savunan görüş" adı altında incelediği bu çözüm önerisi için bkz. Göger, E.: Kanunlar İhtilafını Etkileyen Kuramsal Akımlar, O.F. Berki'ye Armağan, Ankara 1977 (Kuramsal Akımlar), s. 405-403; Berki, O.F.: DHH, C. II, s. 17.

(106) Göger: Kuramsal Akımlar, s. 401.

(107) Böyle bir anlayışın doğal sonucu, yabancı hukukun uygulanması söz konusu olsa bile, kamu düzeninin bir kural (ilke) olarak yabancı hukukun uygulanmasını bertaraf etmesidir: Göger, Kuramsal Akımlar, s. 403.

(108) Berki, O.F.: DHH, C. II, s. 17.

Bu gün için, yabancı hukukun uygulanmasının ortaya çıkardığı veya çıkarabileceği problemlere çözüm aramak yerine, tüm olay ve ilişkilere hâkimin hukukunu uygulayarak yabancı hukukun uygulanmasına önermek, bunun için de devletin tekeli egemenliğine sıkıca sarılmak, doğuracağı adaletsiz sonuçlar bir yana, yabancı unsur taşıyan bir takım olay ve ilişkilerde bizzat devletin yabancı hukuku yetkili görmesi gerçeği (veya kanunlar ihtilâfı hukukunun varlığı) karşısında terk edilmiş bir anlayıştır.

Devlet egemenliği prensibine rağmen, yabancı unsurlu bazı olay ve ilişkilerde yabancı hukukun uygulanması bir gerçektir(109). Bu nedenle, yabancı hukukun uygulanmaması önerisini bir tarafa bırakıp, yabancı hukukun uygulama sebebini açıklığa kavuşturmak zaruridir. Yabancı hukuk niçin, ne sebeple uygulanmaktadır?

Yabancı hukukun uygulanması hukuki olan ve olmayan esaslara dayandırılmak istenmiştir(110). Bu soruya kısaca, " yabancı hukuk kanunlar ihtilâfı kurallarının emri gereği uygulanır" şeklinde bir cevap verebiliriz. Ancak, bu cevap kısaca doğru bir cevap olmasına rağmen, yeterli ve doyurucu bir cevap sayılamaz. Zira, bu kez haklı olarak kanunlar ihtilâfı kurallarının neden yabancı unsurlu olay ve ilişkilerde yabancı hukukun uygulanmasını emrettiği sorulabilir. Yani, devlet, bazı durumlarda yabancı hukukun uygulanmasını emreden kanunlar ihtilâfı kurallarını koymak, vâz etmek zorunda mıdır? sorusu hala açıklığa kavuşmuş değildir. Ayrıca, bu zorunluluk manevî, siyasî veya hukukî bir mecburiyet midir?(111).

" Devleti yabancı kanunu tatbika mecbur eden hukukî bir esas var mıdır? Yoksa menfaat düşüncesi ile mi? devlet bunu tatbika tevessül eder"(112). Kısaca, bu sorun temelde devletler özel hukukunun bağlayıcılığının nereden aldığı, yani devletler özel hukuku kuramı ile ilgilidir.

Devletler özel hukuku kuramı incelenirken zorunlu olarak devletler özel hukukunun mahiyetine de değirmek gerekecektir. Devletler özel hukukunun mahiyetinin doğru bir şekilde ortaya konulabilmesi, devletler özel hukukunun konu, amaç ve kaynaklar açısından değerlendirilmesini gerektirir.

Devletler özel hukuku kuramının doğru bir temele oturtulması ve dolayısıyla bağlayıcı bir hukuk sistemi olarak ortaya çıkışı, tarihsel gelişim süreci içinde değişik fikir ve nazariyelerin birbirleriyle âdetâ bir "savaşının" sonucudur(113).

(109) "Millî mahkemeler tarafından yabancı yasanın belli hallerde uygulanması kaçınılmaz bir gerçektir."; GÜGER: DHH, s.3.

(110) Çelikel: MÖH, s.9.

(111) Seviğ, M.R.-V.R.: DHH, 413-414; Seviğ, V.R.: Kanunlar ihtilâfı, s.197.

(112) Seviğ, M.R.-V.R.: DHH, s.413.

(113) Sözü edilen görüş ve nazariyeler için, başka bir deyişle devletler özel hukukunun tarihi gelişimi için bkz. Seviğ, M.R.-V.R.: DHH s.16 vd.; Seviğ, V.R.: Kanunlar ihtilâfı, s.4 vd.; Berki, O.F.; DHH C.II, s.16 vd.; GÜGER: DHH, s.26 vd.; GÜGER: Kuramsal Akımlar, s.397 vd.; Nomer: DHH, s.57 vd.; Çelikel MÖH, s.46; Belgesay, M.R.: Teorik ve Pratik Adliye Hukuku, IV, Devletler Hususi Hukukunda Adliye, I. Kısım, İstanbul 1937, (Adliye), s.5 vd.; Yörük, A.K.: Nazarî ve Amelî Devletler Hususi Hukuku, Kanunlar İhtilâfı, Nazariyeleri ve Esasları, Tesriî Selâhiyet İhtilâfları, B.2, İstanbul 1950, s.1 vd.; İleri, S.N.: Yasaların Çatışması, İhtilâfı Kavanin, İstanbul 1934, s.132 vd.;

Bu genel nitelikteki açıklamalardan da anlaşılacağı gibi yabancı hukukun uygulanma sebebi, aslında başlı başına bir tez konusu oluşturabilecek problemleri (devletler özel hukukunun mahiyeti ve kuramsal gelişimi (tarihçesi)) açıklığa kavuşturmayı gerekli kılmaktadır. Bu durum karşısında, bir master tezinin boyutları gözönünde bulundurulduğunda, bu problemleri ayrıntılı bir şekilde burada inceleme imkânsızlığı rahatlıkla anlaşılabilir. Bu nedenle, burada yabancı hukukun uygulanmasını mücemele(=nezaket) anlayışına dayandıran görüş incelendikten sonra, devletler özel hukukunun mahiyet ve kuramına genel olarak değinilip devletler özel hukukun işlevsel zorlayıcılığı, bağımsızlığı, kendine özgü adaleti ve metodu hakkında bilgi verilecektir.

E. YABANCI HUKUKUN UYGULANMASINI COMITAS GENTIUM (MİLLETLERARASI NEZAKET) ESASINA BAĞLAYAN GÖRÜŞ

1. Comitas Gentium (Mücemele) Anlayışı

Devletler özel hukukunun kuramsal tarihçesi içerisinde, Hollandalı Statücüler(114), yabancı hukukun uygulanma sebebini comitas gentium (=milletlerarası nezaket) esası ile açıklamak istemişlerdir (115). Ulric Huber tarafından savunulan ve temelde milli çıkar kavramından hareket eden bu anlayış tarzına göre, devletler özel hukukunun akıldan istirhaç edilen bir bağlayıcılığı olamaz, hukuk düzenleri ülkeseldir ve her devletin hukuku kendi ülkesinde münhasıran uygulama alanı bulur. Devlete, başka bir devletin hukukunu uygulamasını emreden bir üst kural konulamaz, üst kural devlet egemenliğinin kendisidir. Ancak, kanun koyucular yabancı hukuklara kendi ülkelerinde etki tanıyabilirler. Bu ise, bir üst otoritenin (normun) devleti bağlamasının sonucu değil, devletlerin devletlerarası ilişkilerde birbirlerine göstermek zorunda oldukları nezaketin (mücemenin) sonucudur. Zira devletlerin birbirlerine ve bunların vatandaşlarına iyi davranmasında menfaatleri vardır. O halde, devletin ülkesinde diğer bir devletin hukukunun uygulanmasına rıza göstermesi, bir lütuf eseri olarak görülmektedir(116).

2. Anlayışa Yöneltiler Eleştiriler

a) Hemen belirtelim ki, comitas gentium (=milletlerarası nezaket) kavramı ile alelade bir nezaket kastediliyorsa, bu kavram hukukî bir kavram olmaktan çok uzaktır ve keyfiliğe sebebiyet vererek hukukî alanda bir istikrarsızlığa müncer olur(117)

Pillet, A (Çev. Fişek, H) : Kara Avrupası Hukukunda Kanunlar İhtilâfı Nazariyesi, AÜHF, 1950, C. XII, S. 1-2, s. 250 vd.

- (114) Hollanda Okulu için bkz. Seviğ, M. R. V. R.; 29-31; Seviğ, V. R.; Kanunlar İhtilâfı, s. 8-10; Berki, O. F.; DHH, II, s. 22-23; Göğür: DHH, s. 31-32; Nomer: DHH, s. 59-60; Çelikel; MÖH, s. 49.
- (115) Seviğ, M. R. V. R.; DHH, s. 19-20; Seviğ, V. R.; Kanunlar ihtilâfı, s. 9, 197-198; Nomer; Yabancı Kanun, s. 28-29 ve dn. 65; Berki, O. F.; DHH, C. II, s. 21, Göğür: DHH, s. 3; Göğür; Devletler Hususî Hukukunda Çağdas Akımlar, Ankara 1970 (Çağdas Akımlar), s. 156; Çelikel; MÖH, s. 49 İleri : s. 152-153.
- (116) Kanun koyucunun comitası ve hükmin comitasından bahsetmekte mümkündür; Seviğ M. R. V. R.; DHH, s. 20.
- (117) Balgassay: Adliya, s. 7.

Bu kavramla kastedilen, alelde bir nezaket olmayıp milletlerarası toplum hayatının devamı ve gereği olarak devletlerin birbirlerine göstermesi gerekli bir nezaket, saygı ise, hukuki bir nitelik taşıyabilir. Zira, bu anlamda nezaket, pratik ihtiyaçların zorunlu kıldığı bir nezakettir(118). Ancak, bu anlamıyla dahî comitas gentium, yabancı hukukun uygulanma sebebini, bir başka deyişle devletler özel hukukunun hukukiliğini, mecburiliğini açıklamaktan uzaktır (119). Çünkü, sırf millî çıkar açısından hareket eden, milletlerarası ticaretin gereklerini, diğer devletlerin egemenliklerini ve kişisel hakların istikrarına nazara almayan bir sistem hukukilik-ten uzaklaşır(120).

b) Ayrıca, comitas gentium, yabancı hukukun uygulanma sebebi olarak görülebilseydi, birbirleriyle savaş halinde bulunan veya dostluk bağlarını koparmış olan ülkelerde yabancı hukukun tatbik edilememesi gerekirdi(121).

Yabancı hukukun uygulanmasını comitas gentium anlayışı ile açıklamak isteyen yazarlar(122) devletin yabancı yasaları uygulamak mecburiyetini reddetmektedirler.

C. YABANCI HUKUKUN UYGULANMASININ HUKUKİ ESASI

Yabancı hukukun uygulanmasını comitas gentium (=mücamele) anlayışına dayandıran görüşün, kendisine karşı yöneltilen eleştirilerden de anlaşılacağı gibi yabancı hukukun uygulanma sebebini, başka bir deyimle devletin kanunlar ihtilâfı kurallarını vâz etmek mecburiyetini açıklamak yönünden hukukilikten uzak olduğu söylenebilir(123). Yabancı hukukun uygulanma sebebini hukuki bir temele bağlayabilmek için, devletler özel hukukunun bağlayıcılığını nereden aldığını, mecburiyetini, iç hukuktan mı? milletlerarası hukuktan mı? kaynaklandığını, iç hukuktan ise iç kamu hukukundan mı? yoksa iç özel hukuktan mı? kaynaklandığını tespit etmek gereklidir. Bu husus bizi devletler özel hukukunun mahiyeti ve kuramını incelemeye götürür.

- (118) Aynı manada Seviğ, V.R.: Kanunlar İhtilâfı, s.9, 197-198, Göger: Çağdaş Akımlar, s.156.
 (119) Seviğ, M.R.-V.R.: DHH, s.20; Seviğ, V.R.: Kanunlar İhtilâfı, s.9, 197-198; Berki, O.F.: DHH, C. II, s.23; Göger: Çağdaş Akımlar, s.156-157; Nomer: Yabancı Kanun, s.29; Çelikel: MÖH, s.9.
 (120) Seviğ, M.R.-V.R.: DHH, s.20; karşı Seviğ, V.R.: Kanunlar İhtilâfı, s.9, 197-198.
 (121) Nomer: Yabancı Kanun, s.29 ve ayrıca s.29 dn.65'de anılan yazarlar.
 (122) Bu yazarlar için bkz. Seviğ, M.R.: Devletler Hususi Hukuku, Giriş Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku, İstanbul 1983, (DHH 1983), s.21 dn.19.
 (123) Bu sebeple özellikle Hollanda okulu ve onu izleyen Anglo-Amerikan okulunda revaç gören comitas usulü, bu gün Anglo-Amerikan yazarlarınca dahi terkedilmiş bulunmaktadır: Seviğ, M.R.-V.R.: DHH 1983, s.22; Anglo Amerikan hukukunun Hollanda Ekolünü günün hislerine uydurduğu söylenebilir. Çünkü, yabancı kanunun uygulanması Anglo-Amerikanlar için artık bir menfaat meselesi olmaktan çıkmış, iç hukuktan doğan bir mecburiyet niteliği kazanmıştır: Seviğ, M.R.-V.R.: DHH 1983, s.34.

1. Devletler Özel Hukukunun Mahiyeti

Devletler özel hukukunun mahiyeti (124) denince, devletler özel hukukunun hukuk sistemi içindeki yeri (125), bir başka deyişle bağlanması gereken hukuk kolunun tayin ve tespiti anlaşılır(126). Devletler özel hukuku acaba iç hukuk (dahili hukuk)tan mıdır? Milletlerarası hukuktan mıdır? yoksa kamu hukukundan mıdır? Hemen belirtelim ki, devletler özel hukukunun mahiyeti tartışmalı bir konudur(127) ve tartışma çok eski tarihlere kadar inmektedir. Tartışmanın temeli de, devletler özel hukukunun milletlerarası nitelik taşıyıp taşımadığı noktasında toplanmaktadır.

a) İç Hukuk-Milletlerarası Hukuk Ayrımı Yöründü

Bir görüşe göre, devletler özel hukukundüzenleme konusu özel hukuka ilişkilidir. Bu sebeple, devletler özel hukukunun beynelmilel (milletlerarası) bir mahiyeti yoktur; devletler özel hukuku tamamen dahili (iç) hukuka giren bir hukuk dalıdır(128). Bu görüş taraftarlarına göre "kanun ihtilâfları ile ilgili kaideler beynelmilel mahiyeti haiz değildir, bunlar hususî menfaatlerden ve şahsî davalardan ibarettir."(129) Devletler özel hukuku, devletler umumi hukuku gibi devletlerin üstünde olmayıp iç hukuktandır(130). "...halen realiteye/uygun olan Devletler Hususî Hukukunun milletlerarası bir mahiyeti haiz olmadığı, tamamen dahili hukuka giren bir hukuk olduğu hakkındaki fikirdir...Zira, kanunlar ihtilâfına dair bütün kaideler umumi ve müşterek olmaktan uzaktır. Müşterek kaideler mevcut ise de bunlar da bile devletler diledikleri gibi hareket etmek serbestisine maliktirler. Şu halde, bu sahada arzu ettikleri şekilde hüküm koyabilecekler demektir. Burdan hiç şüphe yok ki, bu hukukun millî hukukun bir şubesi olduğu neticesi çıkar..."(131). "...Devletler kelimesinin ifade ettiği anlam, bu hususî hukukunmünhasıran o devletle ilgisi bulunmayan, yani milletlerarası bir unsur taşıyan hadiselerle müteallik olduğunu açıklamaktan ibarettir".(132).

(124) Bu konuda bkz. Seviğ, M.R.: "Devletler Hususî Hukukunun Mahiyeti" Cemil Bisel'e Armağan İstanbul 1939 (Armağan), s.439 vd.; Göger, E.: "Devletler Hususî Hukukunun Mahiyeti", AÜHFD., 1970, s.3-4 (DHH Mahiyeti), s.173 vd.; Seviğ M.R-V.R.: DHH, s.19 vd.; Berki, O.F.: "Devletler Hususî Hukuku, C.I, "Tabiyet ve Yabancılar Hukuku" Ankara 1970, (DHH), s.3 vd.; Göger: DHH, s.17 vd.; Maury, J. (Çev. Koral, R.) "Devletler Hususî Hukuku ve Muhtevası", İÜHF, 1947, C.XII, s.4, s.1367 vd.

(125) Seviğ, M.R-V.R.: DHH, s.20-21.

(126) Berki, O.F.: DHH, C.I, s.3.

(127) Devletler hususî hukukunun mahiyeti olduğu gibi, devletler özel hukukunun kapsamı da, dolayısıyla bu hukuk dalına verilecek isim de tartışma konusu olmuştur. Bu hukuk dalına verilen çeşitli isimler için bkz. Seviğ, M.R.: Armağan, s.439-440; Bu hukuk dalının konusunu kanunlar ihtilâfı ile sınırlı olarak görenler olduğu gibi (Raape, L. (Çev. Belbez, H.) "Alman Devletler Hususî Hukuku", AÜHFD. 1951, C.VIII, S.1-2, s.550), tabiyet ve yabancılar hukukunda bu hukuk dalına soken yazarlar vardır: Maury: a.gç. s.1398; Altuğ, Y. "Devletler Hususî Hukuku" İstanbul 1973, s.3.

O.F.Berki'ye göre, "Devletler Hususî hukukunun asıl konusu kanun ihtilâflarıdır." Berki, O.F.: DHH, C.I, s.2; aynı görüşte Seviğ, M.R.: Devletler Hususî Hukuku, C.I, B.2, İstanbul 1947, s.5.

(128) Kahn, F. (Çev. Belbez, H.): "Kanunlar İhtilâfı", AÜHFD 1952, C. IX, S.1-2, s.349-350; Belbez, H.: "Devletler Hususî Hukukunda Medeni Haklardan İstifade Ehliliyeti" AÜHFD 1949, C. II, S.1, s.70.

(129) Berki, O.F.: DHH, C.I, s.4.

(130) Raape: a.gç., s.550.

(131) Berki, O.F.: DHH, C.I, s.4-5; aynı manada Raape: a.gç., s.550.

(132) Raape: a.gç., s.550.

Diğer görüşe göre, devletler özel hukuku devletler hukukundandır. Bu görüşe göre, devletler hususi hukuku iç hukukun bir parçası değildir, devletlerin hukuklarından tamamen farklı, devletlerin hukuklarının üstünde bir hukuktur(133). "Kaynak bakımından bazen iç hukuktan olduğu zahabını veren devletler hususi hukuku amacı ve konusu bakımından devletler hukukundandır, çünkü, amacı milletlerarası münasebetleri, devlet egemenliğini, insan haklarını sağlamak, konusuda kanunların yetki alanını sınırlamaktır."(134).

Türk görüşüne göre, "Devletler hususi hukukunun konu ve amaç bakımından tam kaynaklar ile devletin sorumluluğu bakımından da kısmen devletler hukukundan sayılabileceğini müşahade ediyoruz."(135).

Yukarıda özetlemeye çalıştığımız görüşlerden de anlaşılacağı gibi devletler özel hukukunun iç hukuktan mı? yoksa milletlerarası hukuktan mı? sayılması gerektiği konuya bakış açılarına göre değişmektedir. Ancak, devletler özel hukukunun mahiyetini doğru olarak tespit edebilmek, sorunun konu, amaç ve kaynaklar açısından ayrı ayrı incelenmesini gerektirmektedir(136).

Milletlerarası hukuk, bugün sadece devletlerarası ilişkileri veya milletlerarası örgütlerin gerek birbirleriyle gerekse devletlerle olan ilişkilerini sadece kamu hukukuna giren bir şekilde ele alıp incelemektedir(137). Özel hukuk açısından bugün milletlerarası hukuk düzeni, bir özel hukuk kısmı içermediğinden özel hukuk ilişkileri, bu ilişkiler milletlerarası unsur taşısalar bile, milli hukuk düzenleri tarafından ele alınmakta ve çözümlenmektedir(138). Demek ki, milli hukuk düzenleri iki kısımdan oluşmaktadır.

1. Bütün unsurları ile tek bir hukuk düzenine ait olay ve ilişkileri düzenleyen kurallar (iç maddi hukuk kuralları)
2. Yabancı unsur taşıyan olay ve ilişkilerle ilgili kurallar (devletler özel hukuku, kanunlar ihtilâfı kuralları)

O halde, devletler özel hukukunun ana kaynağı milli mevzuatlardır. Ancak, devletler özel hukukunun mahiyetinin doğru tespiti için konuya sadece şekli kaynaklar açısından bakmamak gerekir. Konuya salt şekli kaynaklar açısından bakıldığında, devletler özel hukukunun iç hukuktan (milli hukuktan) olduğu doğru bir tespittir(139).

(133) Seviğ, M.R.; Armağan, s.455; Seviğ, M.R.-V.R.; DHH, s.19; Adliye, s.3; Birsen, K.; Devletler Hususi Hukuku, C.I, Tabiiyet-Yabancılar Hukuku, İstanbul 1936, s.3-4; Altuğ: age. s.5.

(134) Seviğ, M.R.-V.R.; DHH, s.19.

(135) Seviğ, M.R.; DHH 1983, s.29.

(136) Aynı yönde Göger; DHH Mahiyeti, s.177.

(137) Akipek, Ö.İ.; Devletler Hukuku, Birinci Kitap, Başlangıç, Ankara 1963 (Başlangıç) s.20; Çelik, E.F.; Milletlerarası Hukuk, C.I, B.4, İstanbul 1980, s.11 vd.; Meray, S.L.; Devletler Hukukuna Giriş, C.I, B.3, Ankara 1968, s.3.

(138) Yörükoğlu, s.102-103.

(139) Göger, ise bu görüşün doğruluk derecesinin sınırlı olduğunu, zira günümüzde devletler özel hukukunun kapsamının genişlemesine paralel olarak devletler özel hukukunun milletlerarası kaynaklarının ağırlıklarının arttığını, günümüzdeki bu gelişmenin devletler özel hukukunun kaynaklar yönünden iç hukuktan sayılmasını destekler nitelikte olmadığını belirtmektedir; Göger; DHH Mahiyeti, s.183 vd.

Oysa, konuya devletler özel hukukunun düzenlemeyi amaç edindiği ilişkiler açısından bakıldığında, yani işlevsel (fonksiyonel) açıdan bakıldığında devletler özel hukukunun milletlerarası vechesi ortaya çıkmaktadır. Bu yönüyle konu, millî hukuk düzenlerini aşan bir netliğe sahiptir. Zira, burada millî toplum hayatının üzerinde, milletlerarası toplum hayatının düzenlenmesi söz konusudur. Bu gün için, böyle bir düzenlemeye milletlerarası hukuk henüz gelişimini tam sağlayamamış olduğu, herüz oluşturm halinde bulunduğundan için milletlerarası hukukta rastlanmamaktadır. Bu sebeple, milletlerarası hukukta doğan bu düzenleme boşluğunu, millî hukuk düzenleri kapatmaya çalışıyor, devletler bu yüzden kendileri kural koyma yoluna gidiyorlar. Bu devletlerden her biri, Anzilotti'nin tezi gereği; bu noktada âdeta milletlerarası toplumun hesabına vekaleten olmadan tasarrufta bulunuyorlar(140). Böylelikle millî devlet kendi ülkesi ile ilgili ilişkilere çözüm getirdiği gibi milletlerarası toplum hayatına ait sorunlara da sanki bir milletlerarası hukuk koyucusu gibi davranarak çözüm getirmekte ve "fonksiyon (görev) ikileşmesi" denen olayla karşılaşmaktayız(141).

Bu sebeple, bir hukuk dalının mahiyetini tayin ederken salt şekli kaynaklardan hareket etmek hatalıdır. Zira, şekli esasa, tekniği fonksiyona üstün kılan anlayışın doğruluğu şüphelidir(142). Göger'e göre "Kaldı ki, bir hukuk dalının mahiyetini tayinde konu ve amaçlar, kaynaklardan daha önemli bir yer işgal etmelidir."(143).

Sonuç olarak, devletler özel hukukunun şekli kaynaklar açısından millî, işlevsel yönden (konu ve amaç) milletlerarası hukuktan olduğunu belirtmek gerekir.

b) Özel Hukuk-Kamu Hukuku Ayrımı Yönünden

Devletler özel hukukunun özel hukuka mı oksa kamu hukukuna mı girdiği hususu da tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, devletler özel hukukunun konusu, devletlerin özel hukuka ilişkin meseleleri düzenlemek açısından karşı karşıya gelen yasama yetkilerinin sınırlarına tayin etmek, amacı ise egemenlikler arası çatışmaları çözmek olduğundan, devletler özel hukuku kamu hukukunun bir koludur(144). Bu görüşe kamucu görüş denmektedir.

Diğer bir fikre göre, devletler hususî hukuku özel hukuktandır(145). Devletler özel hukuku doktrininde özelci görüş olarak isimlendirilen bu görüşe göre, devletler özel hukukunun konusu bireylerarası eşit menfaat ilişkilerine uygulanacak kurallardır. Bir başka deyişle yabancı unsur taşınması sebebiyle, tüm unsurlarıyla tek bir hukuk düzeninin uygulama planına giren ilişkilerden farklı olarak ayrı bir adalet anlayışına

(140) Anzilotti'nin bu görüşü için bkz. Maury;agg.,s.1392; ayrıca Seviğ,M.R.-V.R:DHH, s.415.

(141) Bu konuda bkz. Seviğ M.R-V.R:DHH 1983,s.27 dn.3;Seviğ,V.R:Kamunlarİhtilâfı,s.3.

(142) Maury;agg,s.1389.

(143) Göger:DHH Mahiyeti, s.187.

(144) Bkz.Maury;agg.,s.1395'de anılan yazarlar; bu fikirde:Be lgesay:Adliye,s.3.

(145) Bkz.Benkı,O.F.:DHH,C.I,s.5 dn.12'de anılan yazarlar .

göre değerlendirilmesi gerekli toplumsal olguların düzenlenmesi devletler özel hukukunun konusunu oluşturmaktadır. Bu görüş, Alman hukukçusu F.K.von Savigny tarafından haberi verilen ve asıl olarak I ve II dünya savaşlarından sonra taraftar toplayan bir görüştür.(146). Berki'ye göre, "devletler hususi hukuku hususi hukuk münasebetlerine hangi devlet kanununun uygulanacağını tayin eden, hususi hukuk ihtilâfları ile meşgul olan bir hukukolu olması sebebiyle hususi hukuktandır"(147).

Devletler özel hukukunun yerini kamu veya özel hukuk içinde gören anlayışların mevcudiyeti ve bir sonuca varılamamasının ilk sebebi, günümüzde kamu-özel hukuk ayrımının yetersiz kalmış olmasında aranabilir(148). Zira, Roma hukukundan gelen bu ayrım, yaşam ilişkilerinin karmaşıklığı ve devletin fonksiyonlarının artmış olması sebebiyle değerini yitirmiştir. İkinci sebep ise, devletler özel hukukunun konusunun tam ve net bir şekilde tespit edilememiş olmasında aranabilir. Bu sebeple, her iki görüşü mutlak surette birbirinden ayarmakta güçlük çekilmektedir. Öyleki, devletler özel hukuku doktrininde kamucu görüşü savunupta sonuçta devletler özel hukukunu özel hukuka dahil edenler olduğu gibi (149) özenci görüşü savunup, kendisini kamucu görüş yanlısı ilân edenlerde olmuştur(150).

Ancak, hemen belirtelimki, her ikigörüştten birini tercih etme zorunluluğu yoktur(151). Buna rağmen, devletler özel hukukunun özel hukuktan olduğu görüşü daha hakim gözükmektedir(152).

Devletler özel hukukunu, iç hukukun kamu hukuku bölümüne dahil sayan görüş bir sakıncayı da beraberinde getirmektedir. Zira, "Bu takdirde ülkesellik esasına geniş yer verilmiş olacak ve milletlerarası hayatın özelliklerini göz önünde bulundurmak güç olacaktır."(153).

- (146) Savigny'nin görüşleri için bkz. Yörük, age, s.59 vd.; Belgesay:Adliye, s.9 vd.; Seviğ, M.R-V.R.: DHH, s.345 vd; İleri; age., s.158 vd.; Göger;DHH, s.33 vd.; Göger;Kuramsal Akımlar, s.403 vd.
- (147) Berki, O.F.:DHH,C.I,s.5.
- (148) Aynı manada Göger;DHH Mahiyeti, s.182.
- (149) Örneğin, E.Partın.Yakara göre, "devletler özel hukuku, hususi hukukun milletlerarası bir satır üzerine yansımalarıdır":Bkz.Maury;agç.,s.1396.
- (150) Örneğin, R.Ago'ya göre "Kanunlar ihtilâfının mevzu, bazı unsurları bakımından millî sosyal hayatın dışına çıkan münasebet ve durumların tanzimidir. Ancak, bu münasebet ve durumlar hususi hukuk alanına dahildirler. Devletler Hususi hukuku milletlerarası hayat münasebetlerine tatbik edilen özel bir hukuktur..."bkz.Maury.s agç,s.1395.
- (151) Bu hukuk dalının ne münhasıran kamu hukukuna, ne de hususi hukuka girdiği her iki hukuka da giren muhtelif bir mahiyet arzettiği de savunulmuştur:bkz.Maury.sagç., s.1396.
- Gerçekten de, bugün kanunlar ihtilâfı hukukunun sadece özel hukuk ihtilâfları ile ilgilendiğini söylemek doğru olmayabilir.Zira, kanunlar ihtilâfı kuralları kamu hukukuna giren (örn.kambiyo mevzuatı, iş hukuku ilişkileri, yargılama vb.) hukuki ilişkilerde de yetkili kanuna göstermektedir:Göger;DHH,s.4,20; Göger;DHH Mahiyeti, s.182,
- (152) Bu konuda, zamanımız akımlarına uygun değişik bir fikir için bkz. Göger;DHH Mahiyeti, s.179 vd; ayrıca Göger;DHH,s.18-20.
- (153) Göger;DHH Mahiyeti, s.179 dn.16'daki görüş.

Devletler özel hukukunun konusunu egemenliklerin sınırlandırılması olarak ören anlayış, devletlerin kanunlar ihtilâfı kurallarıyla kendi hukuk nizamlarının sınırlarını çizdiğini (auto-limitation) (154), vaz ettikleri daha doğrusu vaz etmeleri gerektiren yanlı kanunlar ihtilâfı kurallarıyla sadece kendi hukuklarının uygulanacağı halleri belirlemek suretiyle, tatbik edilemeyecekleri durumları da lumsuz şekilde belirlediklerini, böylece kendi hukuk nizamlarını da kendi kendilerine sınırladıklarını iddia etmiştir(155).

Nomer'e göre (156), "Kanunlar ihtilâfı kaideleriyle, bir hukuk nizamının kendi kendisini sınırladığı iddiası kabul edilemez. Aksi halde, yabancı hukukun uygulanması emredildiğinde, yabancı hukukun otomatik olarak mahallî hukuk haline getirildiğini de kabul etmek zörrureti ortaya çıkar."(157).

Ayrıca, devletler egemenlik yönünden eşit sayıldığına göre, belli bir devletin tek yanlı ihtilâf kurallarıyla da olsa kendi hukuk nizamının yetki sınırlarını çizip, uygulanmayacağı durumları tespit edip, menfi açıdan bu konuda başka devletleri yetkili görerek yabancı kanun koyucunun yetki alanına tayin edebilmesi bir tezat oluşturur(158). Zira, devletin tek taraflı olarak böyle bir yetki taksimatı yapmak yetkisi yoktur(159). Bu kabul edilse bile, istisnaen de olsa belli bir hukukî ilişki hakkında her ikidevletin kendini yetkili sayması veyayetkisiz addetmesi mümkündür. Bu durumda çıkacak zıddiyeti veya boşluğu gidermek zorunluluğu doğacaktır(160).

Bu gün için, devletler özel hukukunun konusunu, devletlerin yasama yetkilerinin sınırlarını tayin ederek egemenlikler arası çatışmayı çözmek olarak gören anlayışın doğru olabilmesi, devletler özel hukukunun yetki çatışmalarını çözmeye yönelik kurallar içermesine bağlıdır. Bir kere her devlet, kamu hukuku yönünden kendi devletsel menfaatlerini ilgilendirdiği ölçü de hukukî düzenleme yapmaya yetkilidir. Özel hukuk yönünden ise bir sınırlama olamaz. Çünkü, özel hukuk ilişkileri zaten devleti ilgilendirmezler. O halde, devlet her türlü özel hukuk kurallarını vaz edebilir. Bu açıdan, devletler özel hukukuçerçevesinde, yetki kullanımını kısıtlayan bir kural koymak mümkün değildir.

(154) Seviğ, M.R.-Kanunlar ihtilâfı, s.197.

(155) Seviğ, M.R.-V.R.: DHH, s.414; Seviğ, V.R.: Kanunlar ihtilâfı, s.3; Nomer: Yabancı Kanun s.31-32.

(156) Nomer: Yabancı Kanun, s.31.

(157) Karş. Seviğ, V.R.: Kanunlar ihtilâfı, s.197, 3-4.

(158) Seviğ, M.R.-V.R.: DHH, s.414.

(159) Nomer: Yabancı Kanun, s.32.

(160) Seviğ, M.R.-V.R.: DHH, s.414; ayrıca yazarlar, Anzilotti'nin fikrine iştirakle kanunlar ihtilâfı kaidelerinin tek yanlı olamayacağını, gerçekçi bir devletler özel hukukunun karşılıklılık esasına münafi ve iki taraflı kanunlar ihtilâfı kurallarıyla hem milli hemde yabancı kanunların hâkim açısından haiz olacağı yetki alanlarını çizmesi gerektiğini belirterek, egemenliğin ikili fonksiyonuna bunun uygun düşeceğini kabul etmekte idiler; Seviğ, M.R.-V.R.: DHH, s.415; Seviğ, V.R.: Kanunlar İhtilâfı, s.3-4.

Böyle oluncada devletler özel hukukunun egemenliklerarası çatışmayı düzenlediği söylenemez. Zira, yetkiyi sınırlayan bir kural yoktur. Bu sebeple devletler özel hukuku iç hukukun bir koludur. Ancak,devletlerin özel hukuk münasebetlerini düzenlerken kendilerini sınırlayan bir kural yok ise de, özel hukuk ilişkilerinin "âdil bir çözüme" kavuşturulmasında devletin bir menfaati olduğu açıktır. Bu nedenle, her devlet kendi devletler özel hukuka düzenlemelerini evrensel bir kapsam içinde yapar ve mekansal yönden sınırlamaya riayet etmezler ve etmeleri de gerekmez.

2. Devletler Özel Hukukunun Kuramsal Gelişimi

Bağımsız bir devletler özel hukukunun oluşumu, tarihsel gelişim süreci içinde birçok fikir ve nazariyelerin sonucudur. Bu görüşleri tek tek incelemek konumuzu oluşturmadağı gibi (161), buna gerek de duymuyoruz. Ancak, bugörüş ve nazariyeleri ortak noktalarına göre ana hatları ile inceleyip, temel fikri dayanaklarını vermeden de geçemeyeceğiz. Bunları başlıca beş grupta inceleyebiliriz (162).

a) Evrenselci Görüş

Devletler özel hukukunun tarihi gelişim süreci içinde, özellikle Statüci Görüşler (163) tarafından savunulmuş evrenselci görüş, Roma hukukunu evrensel geçerliliğe sahip bir temel norm olarak görüyor ve bütün tikel hukuk düzenlerini buna dayandırmak istiyordu. Evrenselci görüş içinde, Fransız ve İtalyan statücipleri, eşyanın tabiatında mündemice bazı kurallardan hareketle devletler özel hukukunun bağlayıcılığını savunurken, Hollandalı Statüci'ler egemenlik kavramından hareketle pratik bir zaruretin icabı ve milletlerarası toplum hayatının dostane ilişkiler içinde idamesi mecburiyetinin sonucu olarak (mücamele-comitas gentium) (164), devletler özel hukukunun bağlayıcılık kazanacağını, dolayısıyla yabancı hukukun uygulanma mecburiyetinin doğacağını ileri sürüyorlardı.

b) Tikelci (infiracı) Görüş

Devletler özel hukukunun bağlayıcılığını açıklamak yönünden Evrenselci görüşe karşı ikinci yaklaşım, Tikelci görüş adını almaktadır. Tikelci görüş, devletlerin kanunlar ihtilâfı sistemlerini oluştururken ne üst bir manevî otoritenin ne de pozitif bir hukuk düzeninin devletleri bağladığını kabul eder. Her devlet millî yapısı içinde hukukunu gerçekleştirir. Tikelci görüşün ilk habercisi sayılan V. Wächter'e göre (165), devletlerin hukuk düzenlerini oluştururken onların üstünde uyacakları

(161) Bu görüşler ve sahipleri hakkında bkz. yuk. s. 273 dn. 113'de zikredilen eserler.

(162) Hemen belirtelimki, böyle bir gruplandırmaya devletler özel hukuku eserlerinde açıkça rastlanmamaktadır. (Kısmen GÜGER: Kuramsal Akımlar, s. 397 vd.) Bu gruplanmanın yapılmasında hocamız Doç. Dr. Tugrul Arat'ın A.Ü. Hukuk Fakültesinde vermiş olduğu devletler özel hukuku derslerinde tutmuş olduğumuz notlarından büyük ölçüde yararlanmıştıdır.

(163) Statüci görüşler hakkında bkz. Pilet: sagç., s. 250 vd.; Seviğ, M. R. V. R.: DHH, s. 323 vd.; Seviğ, V. R.: Kanunlar İhtilâfı, s. 5 vd.; Berki, O. F.: DHH, C. II, s. 18. vd.; Nomer: DHH, s. 57 vd.; Çelikel: MÜH, s. 5; GÜGER: DHH, s. 26 vd.; Belgesay: Adliye, s. 5 vd.; Yörük: age., 19 vd.; İlerisage., 138 vd.

(164) Bu konuda bkz. yuk. s. 28 vj.

(165) V. Wächter nazariyesi hakkında bkz. GÜGER: DHH, s. 32; Berki, O. F.: DHH, II, s. 25; Seviğ, M. R.-V. R.: DHH, s. 344-345; Yörük: age., s. 56, 58; İlerisage., s. 162-163; Pilet: sagç., s. 260. vd.

İkeleri belirleyen bir üst otorite yoktur. Her devletin devletler özel hukuku sistemi kendi kanun koyucusunun iradesi doğrultusunda oluşur. Dolayısıyla yabancı hukukun uygulanması her devletin kendi pozitif hukukunun karar vereceği bir sorundur. Bu konuda devletleri bağlayan bir üst hukuk yoktur. 19.Yüzyıl başlarında kanunlaştırmanın da etkisiyle dikkatli çelmeye başlayan bu anlayışın ana ilkelere evrenselci görüşü yakarak ortaya koyan V. Wächter'dir. Ancak V. Wächter evrenselci görüşü yakmakla beraber bir kanunlar ihtilâfı sistemi kuramamış, devletler özel hukuku kuramaya ulaşmamıştır.

c) Savigny Nazariyesi

V. Wächter'den sonra evrenselci görüş önemini yitirmiştir. Burdan sonra alternatif çözümler aramaya başlanmıştır. Bu arınış içinde Savigny geliştirdiği kendisine özgü metodu devletler özel hukuku alanında dikkatleri üzerinde toplamıştır.

F. Karl von Savigny'e göre (166) kanunlar ihtilâfı meselelerinin çözümünde millî hukuk ile yabancı hukuk eşit olarak görülmelidir. Y_azara göre, bireylerin ve milletlerin menfaatleri yanında her geçen gün etkilerini artıran milletlerarası omianın, milletlerarası unumlu ilişkilerin karşılıklı denk işlem görmesinde, her ülkede aynı çözüme kavuşturulmasında menfaati vardır. Ancak o takdirde hukukun düzen ve istikrar fonksiyonları söz edilebilir. Bu nedenle, ihtilâfı hangi ülke mahkemesi önüne gelirse gelsin aynı muameleye tabi tutulmalıdır, ilişki istikrar ve güven içinde varlığını sürdürmelidir. Bunun için kanunlar ihtilâfı meselelerinin çözümünde kanunların mahiyetinden hareketle uygulama alanlarını tespit etmek çabası yerine, hukukî ilişkilerden hareket edip, her hukukî ilişkinin özelliklerine göre, tabi olması gerekli en uygun hukuk düzeni , tespit edilmelidir. Her hukukî ilişki en belirgin özelliğine göre (hukukî ilişkinin miktarı) belli bir hukuk düzenine bağlanmalıdır(167). Böylece hukukî ilişkiler tipolojisi doğmuştur.

Savigny, evrenselci görüşü red ediyor. Zira, her ülkenin kendisine özgü bir hukuku olacağını kabul etmektedir. Savigny, tam anlamıyla tikelci de sayılmaz. Çünkü, görüşünde milletlerarası hukuktan bir hareketlenmeye rastlanıyor. Metodunu milletlerarası hukuktan elde ediyor. Üte yandan Savigny, hukukî ilişkileri bulesine tasnif etmiştir ki, evrenselci bir görüşün ortaya koymuştur(168).

Savigny metoduna bugün hâlâ geçerli olduğunu söylemek yanlış olmaz sanırs.

(166) Savigny nazariyesi hakkında bkz. Cügeri:DH, s.33-35; Cügeri:Kurumsal Akınlar, s.403-406;B₁rtki,O.F.:DH,C.II,s.26-28;Seviş,N.R-V.R :DH1,s.345-349,Soviş,V.R.: Kanunlar İhtilâfı, s.10-12; Nemoz:DH1,s.62-63;Çelikeli:DH1,s.52; Dolgenay:Adliye, s.9-11; Yörüktage.,s.53-64;İlerisage.,s.150-161,Filletsage,s.260-264.

(167) Clarke, Savigny'in getirdiği hukukî ilişkinin miktarı(site) kavramı yerine

"ağırlık noktası" V.İng. 100, "göyin mahiyeti" kavramına önem vermiştir:Cügeri:DH1,s.33

(168) Aynı konuda Seviş,N.R-V.R.:DH1,s.345.

d) Yeni Evrenselci Görüş

Evrenselci ve tikelci yaklaşımlar, Savigny'den sonra evrenselci görüşün üstünlüğü ile yeniden canlanmaya başlamıştır. Bu akıma, yeni evrenselci görüş diyebiliriz. Zira, bu görüş farklı bir evrensel geçerliliğe sahip hukuk sistemini ortaya koymaktadır.

Bu görüş, devletlerin kendi hukuk düzenlerini gerçekleştirirken uymaları gereken bazı pozitif ilkelirin varlığına işaret etmekte ve bu ilkelere devletler hukukunda aranması gerektiğini ileri sürmektedir. Tımden gelimci bir yaklaşım izleyen bu görüş, devletler özel hukukunun bağlayıcılığını bir üst manevi otoriteye değil, pozitif bir temele, devletler hukukunda elde edilecek ilkelere bağlamak istemiştir. Bu görüşe göre, milletlerarası hukuk prensiplerine uygun olmayan milli devletler özel hukukları milletlerarası hukuka aykırı olacağından geçerlilikleri de tartışma konusu haline gelecektir.

Bu görüşün başlıca temsilcileri Mancini (168a) ve A.Pillet (169)dir.

e) Beynelmihalci Görüş

Evrenselci ve tikelci görüşlerden sonra, özellikle I.Dünya savaşından sonra günümüzde de geçerli olan beynelmihalci görüş ortaya çıkmıştır(170).

Beynelmihalci görüş, tikelci görüşün bir verisini kabul eder. Kanunlar ihtilâfı kuralları, iç hukukun bir parçasıdır ve devletleri kanunlar ihtilâfı sistemlerini oluştururken bağlayan bir üst otorite veya hukuk yoktur. Beynelmihalci görüş bundan hareketle devletler özel hukukunun işlevi (fonksiyonu) üzerinde durmuştur. Devletler özel hukukunun işlevini R.Ago'nun görüşlerini gözönünde tutarak tespit etmiştir.

Devletler hukuku doğrudan doğruya millî hukukları etkileyen bir niteliğe sahip değildir. Yani pozitif yönden, devletleri bağlayacak bir üst hukuk yoktur. Ancak, pozitif bir otoritenin olmaması, bir üst hukuk düzeninin olmaması, devletler özel hukuku sahasında devletlerin keyfi iradelerinin mutlak egemenliği anlamına gelmez.

Kanunlar ihtilâfı problemleri, millî hukukları aşan, milletlerarası toplum hayatına ilişkin bireyler arası eşit menfaat ilişkileridir. Devletler serbest olmalarına rağmen kendi millî hukuk düzenleri içinde kanunlar ihtilâfı hukukuna yer vermek zorunluluğunu duymuşlardır. Devletler özel hukukunun işlevi, devletlerin politik anlayışları icabı bir düzenleme yapmalarını engeller. Zira politik anlayışlarla yapılan düzenlemeler uygulama aşamasında bir sonuç vermemişlerdir. Ö halde, devletler kanunlar ihtilâfı kurallarının oluşumu, sistemleştirilmesi ve yorumlanmasında devletler özel hukukunun işlevi gereği, düzenlemeyi amaç edindiği milletlerarası toplum hayatının gereği olan ilkelere uymak zorundadırlar.

(168a) Mancini Nazariyesi hakkında bkz. Göger: DHH, s. 35-36; Seviğ, V.R.: Kanunlar İhtilâfı, s. 12-13; Berki O.F.: DHH, C. II, s. 28-30; Nomer: DHH, s. 64; Çelikel: MÜH, s. 53; Seviğ, M.R.-V.R.: DHH, s. 348-351; Belgesayı: Adliye, s. 7-9; Yürük: age., s. 64-73; İleris: age., s. 153 vd.

(169) A.Pillet Nazariyesi için bkz. Pillet: age., s. 270-281; Göger: DHH, s. 36-37; Seviğ M.R.-V.R.: DHH, s. 351-355; Seviğ, V.R.: Kanunlar İhtilâfı, s. 13-14; Berki, O.F.: DHH, C. II, s. 32-34; Nomer: DHH, s. 65; Çelikel: MÜH, s. 53; Belgesayı: Adliye, s. 11-15; Yürük: age., s. 74-92; İleris: age., s. 164-172.

(170) Bu hususta bkz. Göger: Kuramsal Akımlar, s. 403 vd.

Sonuç itibariyle bu görüş, devletler özel hukukunun şekli kaynaklar açısından millî, işlevsel yönden milletlerarası hukuktan olduğunu kabul etmiştir.

3. Devletler Özel Hukukunun Zorlayıcılığı ve Bağımsızlığı

Devletler özel hukukunun mahiyeti konusundaki görüşlerin, kuramsal tarihçesi ile bir paralellik arzettiği rahatlıkla görülebilir.

Bu gün hakim olan görüşe uygun olarak, devletler özel hukukunun konusu, yabancı unsurlu bireyler arası eşit menfaat ilişkileri, işlevi yabancı unsur taşımaya sebebiyle bu ilişkilerin tabi olacağı kendine özgü çözümleri düzenlemek, nihai amacı ise, milletlerarası toplum hayatının sadece bireyler arası eşit menfaat ilişkileri kısmını âdil bir düzene kavuşturmadır.

Bu konu ve amaçtan hareket eden devletler özel hukuku, yürürlük alanı ve şekli kaynaklar itibariyle millî hukukun bir parçasıdır. İç maddî hukukun yanında yabancı unsurlu ilişkilere uygulanacak hukuk düzenini tayin ve tespit eden hukuktur. Ancak, devletler özel hukuku işlevsel yönden (=fonksiyonel açıdan); milletlerarası unsurlu olay ve ilişkileri, bu sebeple milletlerarası toplum hayatının bir veçhesini oluşturan ilişkileri düzenlemek açısından milletlerarası hukuk'tandır.

Bu tespitten çıkarılacak iki sonuç vardır: İlki, devletler özel hukuku işlevsel yönden zorlayıcı bir hukuk sistemidir. İkincisi ise, devletler özel hukukunun bağımsız bir hukuk disiplini olduğudur.

a) Devletler Özel Hukukunun İşlevsel Zorlayıcılığı

Devletler özel hukuku, yürürlük alanı ve şekli kaynaklar açısından iç hukuktan olması nedeniyle, devletleri devletler özel hukuku düzenlemelerini gerçekleştiren, bağlayan bir üst otorite veya üst hukuk sisteminin olmadığını belirttik. Ancak, devletler özel hukuku işlevsel yönden milletlerarası hukuktur. Zira, milletlerarası toplum hayatının bir veçhesini, milletlerarası unsur taşıdıkları için milletlerarası nitelik taşıyan ilişkileri düzenlemektedir. Bu sebeple, düzenlemesi gerekli toplum hayatının gerek ve ihtiyaçlarını göz önünde bulundurmak zorundadır. Bu durum hukukun düzen fonksiyonunun bir sonucudur. Her devlet, bugün az veya çok, tam veya na tamam devletler özel hukukuna yer vermiştir. Madem ki, yer vermişlerdir, o zaman o hukukun işlevlerine uygun davranmak zorundadırlar. Bu sebeple devlet, her olay ve ilişkide kendi hukukunu uygulamada ısrar edemez. Bu zorunluluk pozitif bir zorunluluk olmayıp, devletler özel hukukunun, işlevsel mahiyetinden doğar. Devletler, kanunlar ihtilâfına ilişkin düzenlemelerini yerine getirirken, bu hukukun işlevlerini de göz önünde bulundurmak, milletlerarası toplum hayatının ihtiyaç ve gereksinimlerine uygun davranmak zorundadırlar.

b) Devletler Özel Hukukunun Bağımsızlığı

Bugün devletler özel hukukunun bağımsız bir hukuk disiplini olarak varlığı aşikardır. Konusu, yabancı unsurlu özel hukuk ilişkileridir. Bu nedenle, devletler özel hukuku, diğer hukuk dallarının uygulama alanına giren ilişkilerden, yabancı unsur

taşınması sebebiyle özellik arzeden ilişkileri düzenlemeyi amaç edirmesi sebebiyle ayrılmaktadır.

Bireylerarası eşit menfaat ilişkilerinden yabancı unsur taşıyanların düzenlenmesi farklı bir hukuki düzenlemeye ihtiyaç gösterirler. Bu sebeptendir ki, devletler özel hukuku da bu tür ilişkileri düzenlerken, iç maddî hukuk kurallarının hareket ettiği değerlerden (iç maddî hukuk adaleti) farklı başka bazı değerlerden ve menfaatlerden hareket eder. Ayrıca, devletler özel hukukunun bu ilişkileri düzenlerken kullandığı olduğu metod da farklıdır. Böylece, devletler özel hukuku hem kullandığı olduğu metod (yöntem) hemde hareket ettiği adalet anlayışı yönünden iç maddî hukuka nazaran bağımsız ve ayrı bir hukuk sistemi olarak ortaya çıkar. Zira, devletler özel hukukunun kendine özgü adaletinden ve kendine özgü metodundan bahsedilmektedir.

Devletler özel hukuku iç maddî hukuka nazaran bağımsız olduğu gibi milletlerarası hukuka nazaranda bağımsız bir hukukdalıdır.

Sonuç olarak, devletler özel hukukunun bağımsızlığı, kendine özgü değerlere ve menfaatlara (adalet anlayışına) ve kendine özgü bir metoda sahip olması anlamına

aa) Devletler Özel Hukuku Adaleti

İç maddî hukuk kuralları, uygulama alanına giren ilişkileri, doğrudan doğruya ele alıp esastan düzenlerler; ilişkiye maddî bir çözüm getirirler. Bu düzenleme esnasında her devlet bellibir adalet anlayışı ve hukuk görüşü altında hareket eder. Bu adalet anlayışı, ilişkinin esasına yönelik menfaatleri ve değerleri dengeleyen bir adalet anlayışdır. Buna iç maddî hukuk adaleti denmektedir(171).

Devletler özel hukuku kuralları daha doğrusu kanunlar ihtilâfı kuralları uygulama alanına giren ilişkileri esastan düzenlemeyip bu ilişkilere uygulanacak hukuk düzenini gösterirler(172). Zira yabancı unsurlu ilişkiler, tüm unsurları ile tek bir hukuk düzenine ait ilişkilere farklıdır. Yabancı unsur, ilişkiyi birden ziyade hukuk düzeni ile ilişki haline sokar. İşte, bir toplumsal olgünün, yabancı unsur (veya milletlerarası unsur) taşınması sebebiyle ve bu milletlerarası unsurun varlığı nedeniyle irtibat içinde bulunduğu muhtelif hukuk düzenlerinden hangisine tabi olmasının en uygun olacağını gösteren adalet, devletler özel hukuku adaletidir. Burada, ilişkiye uygulanacak en uygun hukuk düzeninin tespitine yarayacak adalet anlayışı söz konusudur. Bu adalet anlayışı, yabancı unsurlu bir ilişkiye irtibat içinde bulunduğu hukuk düzenlerinden hangisi uygulanırsa, dolayısıyla hangi maddî hukuk adaletine öncelik tanırırsa, ihtilâfa daha âdil bir çözüm getirilmiş olur? sorusuna cevap veren adalet anlayışdır(173).

(171) Maddî hukuk adaleti için bkz. Nomer:DHH, s.20-22; Tekinalp;MÖH, s.26.

(172) Bu Kuralların Özellikleri hakkındabkz. Çelikel; MÖH, s.11 vd; Nomer:DHH, s.9-10; Tekinalp; MÖH, 19 vd.

(173) Bu konuda bkz. Nomer:DHH, s.17; Tekinalp;MÖH,s.23.

Yabancı unsur, ilişkiyi birden ziyade hukuk düzeni ile ilişki içine koyar. İşte, yabancı unsurlu bir toplumsal olgu ile, bu birden çok hukuk nizamı arasında olabilecek her bir irtibatın temsil ettiği bir menfaat vardır. Bu menfaatler devletler özel hukukuna ait menfaatlardır(174). Taraf menfaati, işlem menfaati gibi. Bunlar devletler özel hukuku adaletinin içeriğini teşkil ederler. Bu menfaatler değerlendirilerek, bu değerlendirme sonucunda devletler özel hukuku adaletine göre bir tercih yapılır. Bir başka deyişle devletler özel hukuku adaleti, bu menfaatler arasında bir denge kurmak suretiyle, muhtelif hukuk nizamları arasında ilişkiye uygulamak yönünden bir seçim yapma imkânını bize verir (175).

bb) İhtilâfçı Metod (Kanonlar İhtilâfı Kuralları)

Devletler özel hukukunun yabancı unsurlu ilişkileri düzenlerken, kullandığı metod ihtilâfçı metoddur. Yani devletler özel hukuku adaletine göre hukuk seçimi, bu yöntemle belirlenir ve devletler özel hukuku adaleti de ancak ihtilâfçı yöntem içinde bir anlam kazanır(176).

İhtilâfçı metod, devletler özel hukukunun en önde gelen temel metodudur. Bu metoda göre; yabancı unsur taşıyan olay ve ilişkilere uygulanacak hukuk, söz konusu ilişkiyi ilgili hukuk düzenlerinden birine tâbi kılmak suretiyle tespit edilir. Bu tespit, ilişki veya olayın irtibatı dolayısıyla tâbi olması gerekli en uygun hukuk düzeninin seçimi suretiyle gerçekleşir. Bu metoda göre, yabancı unsurlu bir toplumsal olgu, irtibat içinde bulunduğu hukuk düzenlerinden hangisi ile daha sıkı ilişki içinde ise, o hukuka gönderme yapılmak suretiyle; o hukukun maddî hükümlerine öncelik tanınır ve o hukukun uygulama alanına sokularak çözüme kavuşturulmaktadır(177).

Kanonlar ihtilâfı metodu veya ihtilâfçı metod, en uygun hukuku seçme işlemini kanonlar ihtilâfı kuralları denen hukuk kuralları aracılığıyla yapar. Hâkim hukuk sisteminde yer alan bu kurallar aracılığıyla, yabancı unsurlu olay ve ilişkide uygulanacak hukuku tespit eder. Böylece ilişkiye uygulanacak yetkili hukuk bulunur. Bu hukuk yabancı bir hukuk veya millî hukuk olabilir.

4. Sonuç: Yabancı Hukukun Kanonlar İhtilâfı Kurallarının emri Gereği Uygulanması.

Bu raya kadar, yabancı hukukun uygulama sebebinin bir çok hukuki problemi inceleyerek açıklamaya çalıştık. Yabancı hukukun uygulama sebebine gerçek ve doyurucu bir açıklama getirmek için bu açıklamalar zarurî idi. Bu açıklamalar altında, devletler özel hukukunun mücemele esasına dayanmadığı, hukukî bir takım düsturları bulunduğunu, yani devletleri yabancı hukuku uygulamaya iten hukukî bir esasın bulunduğunu gördük.

(174) Devletler Hüsusî Hukukuna ait Menfaatler için bkz. Nomer:DHH, 17-20, Çelikel; MÖH, s.33-39; Tekinalp; MÖH, s.24-27.

(175) Nomer; DHH, s.17; Tekinalp; s. 23-24.

(176) Bu metodun devletler özel hukukuna Savigny tarafından kazandırdığı kabul edilmiştir. Bu konuyla ilgili olarak bkz. yuk.s.36 dn. 165'da anılan eserler.

(177) Bkz. Nomer:DHH, s.6-7; Tekinalp; MÖH, s.19.

Bütün bunlardan sonra, yabancı hukukun uygulanmasını gerektiren sebep kanunlar ihtilâfı kurallarıdır diyebiliriz (178). Kanunlar ihtilâfı kuralları devletler özel hukuku adaletine göre, yabancı unsurlu bir ihtilâfa uygulanması gerekli en uygun hukuk düzenini gösterirler. Tercih edilen hukuk düzeni, yabancı bir hukuk düzeni ise bu durum, ihtilâfı çözümlenem açısından kendi hukuk düzenimizin uygun görülmediği veya seçilen bu hukuk düzenin daha uygun ve adil görüldüğü anlamına gelir (179). Öyleki bu durumda, yani kendi maddi hukukumuz yerine yabancı hukukun yetkili görülmesi halinde, devletler özel hukuku adaletinin icaplarına yer verilmiş, iç maddi hukuk adaletimiz bir kenara bırakılmış bulunmaktadır. Bu noktada kanun koyucu, ilişkinin milletlerarası bir niteliğe sahip olması nedeniyle, yabancı bir hukukun uygulanması halinde daha âdil ve daha uygun bir çözüme kavuşacağı, yada kendi hukukunun uygulanmasının ilişkiyi çözüme kavuşturmak açısından uygun ve adil olmayacağı noktai nazarından hareket etmiştir.

İşte yabancı unsurlu bir olay ve ilişkide, kanunlar ihtilâfı kurallarıyla yabancı bir hukukun tatbikinin emredilmesi, bu olay ve ilişkinin taşıdığı özellikler nedeniyle, ilişki içinde bulunduğu hukuk düzenlerinden, devletler özel hukukunun adalet anlayışına göre, ilişkiye uygulamak açısından en uygun hukuk düzeni olarak bu yabancı hukukun yetkili görüldüğü anlamına gelir. Yapılacak iş, kanunlar ihtilâfı kurallarının emrini yerine getirmek ve o yabancı hukuku uygulamaktan ibarettir.

IV. YABANCI HUKUKUN UYGULANMA SIFATI

A. GENEL OLARAK

Yabancı hukukun uygulanma sıfatı, devletin egemenliği ile yabancı hukukun uygulanması olayının karşılıklı ilişkilerinin yarattığı problemlerden biridir(180). Yabancı hukukun uygulanma sebebi açıklığa kavuştuktan sonra, bu uygulamanın nasıl gerçekleştiği meselesinin de halledilmesi gerekir.

Yabancı kanunun (hukukun) uygulanma sıfatı nedir ? yabancı kanun ne sıfatla uygulanmaktadır? Acaba yabancı hukuk dolaylı bir hukuk kaynağı olarak kullanılıp böylece hâkimtarafından somut bir hukuk kuralı mı? yaratılmaktadır(181). Yoksa, yabancı hukuk, yabancı hakkın yaratıcısı sıfatı ile mi? uygulanmaktadır, yoksa, millî mevzuatta (mahallî hukuka) dahil edilmiş kanun sıfatını mı? almaktadır.

Yabancı hukukun uygulanma sıfatı konusunda, yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı gibi çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bunun nedeni, ülkesel egemenlik esasına yabancı bir egemenliğin eseri olan yabancı kanunun uygulanmasının aykırı düşebileceği endişesidir(182).

(178) Seviğ, M.R.-V.R.: DHH, s. 418, 430; Seviğ, M.R.: Türkiye Cumhuriyeti Kanunlar İhtilâfı Kaidelerinin Sentezi, İstanbul 1941 (Sentez), s. 25.

(179) Nomer: Yabancı Kanun, s. 29-31; Nomer. E.: "Anayasa ve Yabancı Kanun", O.F. Berki'ye Armağan, Ankara 1977 (Armağan), s. 550-551.

(180) Seviğ, M.R.-V.R.: DHH, s. 413; Seviğ, V.R.: Kanunlar İhtilâfı, s. 200.

(181) Bu görüş için bkz. Ökçünsage., s. 61 vd.

(182) Seviğ, M.R.-V.R.: DHH, s. 415 vd.; Seviğ, V.R.: Kanunlar İhtilâfı, s. 200 vd.; Güğeri: Çağdaş Akımlar, s. 157 vd.; Nomer: Yabancı Kanun, s. 31 vd.; Ökçünsage., s. 61 vd.

Bu görüşleri incelemeyen, bu konuda doğru bir sonuca varmak kanımızca mümkün görülmemektedir.

B. YABANCI HUKUKUN UYGULANMA SIFATINI AÇAKLAYAN GÖRÜŞLER

1. Vested Rights (= Müktesep haklar) Görüşü

Devletler hukukunda devletin egemenliği prensibi esas iken ne sıfatla bir devlet diğer bir devletin kanun koyucusunun emri olan yasaları kendi ülkesinde uygulayabilmektedir? Bu soruya vested rights (=müktesep haklar = kazanılmış haklar) nazariyesi ile cevap verilmek istenmiştir. Kazanılmış haklar nazariyesi devletler hususî hukukunda önemli bir yer işgal etmiştir(183).

Bu görüş, devletler özel hukukunun milletlerarası niteliğini inkar eden Anglo-Amerikan hukukçularınca ortaya konulmuş bir görüştür (184).

Bu anlayışa göre, hak bir olgu, bir olay olarak her yerde tanınmalıdır. Bu tanıma bir olguyu tanımak, onun mevcudiyetini inkar etmemekten ibarettir(185).

İngiliz hukukçusu Dicey ve Amerikan hukukçusu Beale, haktan hareketle bu görüşü ortaya koymuşlardır. Kişi lehine doğmuş bir hak milletlerarası bir nitelik kazanmıştır. Bu sebeple, millitlerarası alanda devletler i b ir eyin kazanılmış hakkına saygı göstermek zorundadırlar. Yasalar ülkesel, haklar enternasyoneldir(186).

Dicey'e göre, İngiliz hâkimlerinin yabancı bir kanunu uyguladıkları söyledikleri zaman "... bu hâkimler hakikati halde yabancı kanunu uygulamayıp ancak, yabancı kanuna uyularak edinilmiş(iktisap edilmiş) bir hakka memleket içinde yer vermiş olurlar." Aynı hukukçuya göre, "herhangi bir medeni memleketin kanununun hükmü altında haklı olarak iktisap edilmiş bir hak İngiliz mahkemesi tarafından tanınır ve mahsus şerati dairesinde icraası cihetine gidilir."(187).

Beale'ye göre (188), " hukukî bakımdan bütün haklar bir kanun tarafından yaratılmaktadır: İlk olarak, bir hak sunî olup tabii bir varlık değildir. İkinci olarak bir hak toplumsal değil, siyasî bir varlıktır. Hiç bir kanunî hak hususî şahsın özel iradesi tarafından yaratılamaz."

(183) Genel olarak kazanılmış haklar nazariyesi için bkz. Seviğ, V.R.: Kanunlar İhtilâfı, s.164 vd.; Seviğ M.R.-V.R.:DHH, s.399 vd.; Berki, O.F.:DHH, C.II, s.98-106; Çelikel; MÖH, s.183 vd.; Yörüks: age., 182 vd.; İleri : age., 236 vd; Çelikel, A. Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Müktesep Hakları Nazariyesi, İÜHF, 1963, C.XXIX, S.1-2, s.249 vd.; Seviğ, V.R.: "Türkiye'nin Kanunlar İhtilâfı Sisteminde Müktesep Haklar Nazariyesinin Tatbik Şartları, (Müktesep Haklar), İÜHF, 1962, C.XXVI: S.1, s.104 vd.

(184) Anglo-Amerikan Vested Rights görüşü için bkz. Seviğ, V.R.: Müktesep Haklar, s.105 vd; Seviğ M.R.-V.R.:DHH, s.415-416; Seviğ, V.R.: Kanunlar İhtilâfı, s.170 vd. 200-202; Göger: Çağdaş Akımlar, s.157; Göger: Kuramsal Akımlar, s.407, 408; Ökçün: age., s.61-62; Nomer: DHH, s.66.

(185) Seviğ, M.R.-V.R.:DHH, s.417; Seviğ, V.R.: Kanunlar İhtilâfı, s.172-201; Göger: Çağdaş Akımlar, s.157.

(186) Göger: Kuramsal Akımlar, s.407.

(187) Dicey'in bu görüşü, Seviğ, V.R.: Kanunlar İhtilâfı, s.171'den nak.

(188) Beale'nin bu görüşü, Seviğ, V.R.: Kanunlar ihtilâfı, s.172'den nak.

Yabancı hakka olay niteliğinin tanınması ona kanun gücü verilmesi anlamına gelmez. Bu hususta Beale " Madem ki, bir hakkın bütün müesssi niyeti kendisine bir kanun tarafından bahşedilmiş bulunuyor ve mademki bir devletin sınırları içerisinde ancak ülkesel kanunun otoritesi vardır, o devletin kanunu karar vermedikçe hiç bir yabancı hak müeyyidelendirilemez"(189).

Kazanılmış haklar nazariyesi, yasaları yabancı ülkelere yaymamakla devlet egemenliğine saygı göstermektedir(190). Bu anlayışa göre, devlet egemenliği tamamen ülkeseldir. Kanunların temelinde devletin egemenlik vasfı bulunur. Bu egemenlik kanunu koyan devletin ülkesi ile sınırlıdır. Millî mahkeme yabancı kanunu uygulamakla, kazanıldığı iddia edilen hakkın tesbiti için yabancı kanunu yardımı çağırması olmaktadır(191).

Bu görüş eleştirilere uğramıştır.

Yapılan eleştirilerden en önemlisi, bu görüşün yabancı hukukun uygulandığı her durumu kapsayacak bir nitelikte olmadığı şeklindedir. Örneğin; bazen hak yabancı bir ülkede doğduğu halde tanınmaz, doğmamış olduğu halde tanınabilmektedir. Ayrıca, aynı memleket içinde iktisap edilmiş olan haklara bazen yabancı hukuk uygulanabilmektedir(192).

İkinci eleştiri A.Pillet tarafından yapılmıştır. A.Pillet'e göre (193), bu tez yanlıştır. "Çünkü, Hollanda mektebinin mülkiyet esasına dayarmakta ve devletin emir kudretini memleketin sınıрыyla mahdut sarmaktadır. Halbuki emir başka, müeyyide başkadır. Bu ikincisi, mahallî hakimiyetin hükmü altında olduğundan, mahallî mahkemelere gelecek her meselede onlar, kendi devletler hususî hukuka ölçüsü ile hareket ederler. İşte, bu sebepten hakkın iktisap edildiği yer kanununun selâhiyetli olup olmadığını araştırmak lazım gelir."(194).

Kara Avrupası Hukuk Sisteminde de kazanılmış haklar nazariyesi savunulmuştur. Hemen belirtelimki, Anglo-Amerikan hukuklarında ve Kara Avrupası Hukuklarında kabul edilen kazanılmış haklar nazariyesi birbirinden ayrılırlar. Şöyleki: Anglo-Amerikan kazanılmış haklar nazariyesi hem devlet otoritesinin hemde bu otoriteye dayanılarak getirilen yasaların ülkesel nitelik taşıdığını kabul etmesine rağmen, Kara Avrupası kazanılmış haklar nazariyesi devlet otoritesinin ülkesel olduğunu kabul etmiş, fakat aynı zamanda aynı otoritenin eseri olan kanunların yabancı mahkemelerce tanınacağı ve uygulanacağını benimsemiştir(195).

(189) Beale'nin bu görüşü, Seviğ, M.R.-V.R.:DHH, s.417'den nak; ayrıca bkz. Göger: Çağdaş Akımlar, s.157.

(190) Göger: Kuramsal Akımlar, s.407-408.

(191) Göger: Çağdaş Akımlar, s.157.

(192) Seviğ, M.R.-V.R.:DHH, s.417, Seviğ, V.R.:Kanunlar İhtilâfı, s.202,204.

(193) A.Pillet'in bu görüşü, Seviğ, M.R.-V.R.: DHH, s.402'den nak; ayrıca bkz. Seviğ, V.R. Kanunlar İhtilâfı, s.2,174 vd.

(194) Bu eleştiriye katılan; Seviğ, M.R.-V.R.:DHH, s.402; ayrıca Göger: Çağdaş Akımlar, s.157,158.

(195) Göger : Çağdaş Akımlar, s.158.

Bu sebeple K₂ra Avrupası kazanılmış haklar mezariyesi taraftarı olan hukukçular, yabancı hukuk kurallarının yabancı kanun (hukuk) sıfatı ile uygulanacağını kabul etmişlerdir(196).

2. Local Law (mahallî Kanun) Görüşü

.Yabancı hukukun uygulanması sıfatını açıklamak yönünden vested rights görüşüne bir tepki olarak doğan bu teoride (197) kanunların ülkeselliği esastan hareket etmektedir(198). Bu teoriye göre, yabancı unsurlu bir olay ve ilişkiyle karşılaşan hüküm daima kendi hukukunu uygular, kendi millî kanunlarını uygulamak durumundadır. W.W.Cook tarafından ortaya atılan bu teori, taraftarlarına göre; mahkeme yabancı unsurlu bir olay ve ilişkiye kendi hukukunu uygularken, yabancı unsur nedeni ile olayla ilişki içinde bulunan devlet veya devletlerin hukuk sisteminde yer alan hukuk kurallarının aynısını veya çok yakın bir benzerini benimseyerek alır(199). Hâkimin yabancı kanuna dayanarak kendi hukukunu meydana getirmesi sosyal zaruretlerin ve pratik ihtiyaçların sonucudur(200). Şu halde; mahkeme yabancı bir hakkı tanımamakta, aksine yabancı hukukta mevcut bir hakkın aynısını veya benzerini mahallî hukukta yaratmaktadır(201).

Yukarıdaki açıklamalarda da anlaşılacağı gibi bu teori, yabancı hukukun uygulanma sıfatı yönünden "kazanılmış hak" kavramını eleştirmiş, fakat en az onun kadar verimsiz "mahkeme mahallinde yaratılmış hak" kavramına ulaşmaktan kendisini alamamıştır(202). Ayrıca, bu görüş devletler özel hukukunun sistematik gelişimine bir katkı sağlayamadığı gibi(203), görüşün kabulü halinde hâkimin yabancı hukuka dayanarak yaratacağı kurallarla hakları koruması hukukî alanda bir istikrarsızlık yaratacaktır(204). Diğer bir sakınca, hâkimin yabancı hukuku kendi millî mevzuatı haline getirmesidir(205). Dolayısıyla pratik açıdan işlemesi güç olan bu görüş hukukun ana kaynağını mahkeme kararlarının oluşturduğu Anglo-Amerikan hukukunda dahi benimsenmemiştir(206).

3. İktibas (Reception-incorporation) Teorisi

Özellikle İtalyan yazarlarınca yabancı hukukun uygulanma sıfatını açıklamak yönünden ortaya atılan iktibas teorisi, iktibasın şekli açısından kendi içindekiye ayrılmaktadır(207).

- (196) Göger : Çağdaş Akımlar, s.159; karşı Seviğ, M.R.-V.R.:DHH, s.416-417.
 (197) Ükçün :age., s.62; Göger: DHH, s.38; Çelikel: MÖH, s.54; Nomer DHH.s.66.
 (198) Göger :DHH, s.38.
 (199) Ükçün: age.,s.62-63; Göger:DHH,s.38.
 (200) Göger:DHH, s.39.
 (201) Ükçün:age.,s.62-63; Göger:DHH, s.39; Çelikel:MÖHs.54; Nomer:DHH, s67.
 (202) Ükçün:age.,s.63;Göger:DHH, s.39.
 (203) Göger: DHH, s.39; Ükçün:age.,s.63.
 (204) Göger:DHH, s.39.
 (205) Göger: DHH, s.39.
 (206) Çelikel:MÖH, s.54.
 (207) Bu konuda bkz.Seviğ, V.R.:Kanunlar İhtilâfı, s.202; Seviğ M.R.-V.R.:DHH,s.417-418 Ükçün:age., s.63-64; ayrıca Nomer:Yabancı Kanun, s.33dn.81'deki açıklamalar.

a) Maddi Anlamda İktibas

Anglo-Amerikan hukukunda Cook ve Lorenzen tarafından savunulan iktibas teorisi (208), maddi anlamda iktibas teorisidir. Bu anlayışa göre, devletlerin kanunlar ihtilâfı sistemi ile yapmış olduğu şey, yabancı kanuna yetki tanımak olmayıp, o yabancı kanun hükümlerine tıpatıp benzeyen yerli (millî) kanunu zımnen vaz etmektir. Bazı İtalyan yazarlarınca benimsenen bu anlamda iktibas ta, yarımaddi anlamda iktibas görüşünde, söz konusu kural yabancı olma niteliğini kaybeder ve Lex fori'nin bir parçası haline gelir (209).

Ancak bu izâh tarzı, yabancı kanun koyucunun kanuna değiştirmesi halinde ne olacağı sorusuna cevap verememektedir. Böyle bir durumda, devletin kanunlar ihtilâfı sisteminin de buna göre düzenlenmesi mi? gerekecektir. Yoksa, yabancı kanun koyucunun istediği anda değiştirebileceği millileştirilmiş bir yabancı kanunu uyguladığımızı mı? düşüneceğiz. Her iki cevapta yanlış olacaktır(210).

Bundan başka bu anlayış tarzı, kanunlar ihtilâfı kurallarıyla uygulanması emredildiği zaman artık millileştirilmiş olduğu kabul edilen yabancı kanuna karşı kamu düzeni istisnasının ileri sürülmesini açıklayamamaktadır(211).

b) Sekli Anlamda İktibas

Maddi anlamda iktibas görüşüne yapılan eleştirileri nazara alan İtalyan hukukçusu R. Ago, iktibasın maddi anlamda değil, şekli olduğunu ileri sürmüştür(212). Ago'ya göre, iktibas, yabancı kanun hükümlerini açıısından değil, yabancı hukuk düzeninin bir bütün halinde ve gerektiğinde o hukuk düzeninin kanun koyucusu tarafından değişikliğe uğramak şartıyla yapılmaktadır, yani Ago şekli bir iktibasın söz konusu olduğunu ileri sürmüştür(213). Buna göre, yabancı hukuk Lex fori içine alırmakla birlikte, kendi anlam ve değerini muhafaza eder (214).

4. Delegation (Yetkilendirme) Görüşü

Bu nazariye Prof. Maury tarafından ortaya konulmuştur. Bu yazara göre " yabancı kanun bir ülkede yerli kanun koyucunun yabancı kanun koyucusunu yetkilendirilmesi sonucu olarak uygulanır"(215).

Delegation nazariyesi, devletler hususî hukukundeki görev ikileşmesi (dedou blement fonctionnel) olayı ile bağlaşılabilen bir nazariyedir(216). "Çünkü, devlet milletlerarası toplum adına egemenliklerinin ifadesi olan yasama yetkilerinin alanlarına sınırlandırmak dolayısıyla şu veya bu durumda şu veya bu devletin kanun koyucusuna gerekli hükümleri belirtme yetkisini de vermiş olmaktadır. Delegation işte böyle gerçekleşir."(217).

(208) Cook ve Lorenzen'in bu görüşleri için bkz. Seviğ, M.R.-V.R.:DHH, s.418.

(209) Ökçünsage, s.63-64.

(210) Seviğ, M.R.-V.R.:DHH, s.418; Seviğ, V.R.:Kanunlar İhtilâfı, s.202.

(211) Seviğ, M.R.-V.R.:DHH, s.418; Seviğ, V.R.: Kanunlar İhtilâfı, s.202; aynı yönde: Nomors Yabancı Kanun, s.34, dn.66.

(212) Seviğ, M.R.-V.R.: DHH, s.418; Ökçünsage, s.64.

(213) R. Ago'nun bu görüşleri için bkz. Seviğ, V.R.:Kanunlar İhtilâfı, s.202.

(214) Ökçünsage, s.64.

(215) Prof. Maury'nin bu görüşü, Seviğ, V.R.: Kanunlar İhtilâfı, s.203'den nakl.

(216) Seviğ, V.R.: Kanunlar İhtilâfı, s.203, 204.

(217) Seviğ, V.R.: Kanunlar İhtilâfı, s.204.

5. Yabancı Hukukun "Vakıa" Olarak Uygulandığı Görüşü

Yabancı kanun, bir vakıa olarak uygulanır, denilmek suretiyle yabancı hukukun uygulamasıfatı açıklanmak istemiştir.

Bu konuyu, yabancı hukukun mahiyetini incelerken ayrıntılı olarak ele aldığımızdan tekrar açıklama yapmaya gerek görmüyoruz(218).

C. TÜRK HUKUKUNDA YABANCI HUKUKUN UYGULANMA SIFATI

Türk hukukunda, yabancı hukuk kurallarının "yabancı hukuk" olarak uygulandığı kabul edilmektedir. Ancak, bu konuda Ökçün (219), farklı bir görüşü savunmaktadır.

Türk hukukunda Ökçün (220), yabancı kanunun uygulamasıfatının kazanılmış haklar nazariyesi ile izah edilemeyeceğini belirttikten sonra, bu konuda değişik bir fikir ileri sürmüştür. Ökçün, bu görüşünü " yabancı hukukun dolaylı hukuk kaynağı olarak kullanıldığı ve yargıcın bu kaynağı gözönünde bulundurarak somut bir hukuk yarattığı " şeklinde özetle ifade etmiştir. Ökçün'ün fikrinin bu konuda yukarıda incelediğimiz teorilerden farkı, maddi hukuk kaynaklarını hareket noktası olarak almış olmasıdır. Yazara göre (221), "... yabancı unsur taşıyan bir ilişkiyi karara bağlamakla görevli olan yargıç, eğer kullanabilirse önce kendi hukukunu asli kaynak olarak uygular. Böyle bir asli kaynak bulunmadığı takdirde iki yönlü gösterici hukuk kurallarının yardımıyla yabancı hukuka gidilir. Bu gibi hallerde yargıç yabancı hukuku dolaylı hukuk kaynağı olarak kullanır ve kendisi yabancı unsur taşıyan ilişkiye uygulamak üzere somut bir hukuk yaratarak davayı karara bağlar."

Ökçün tarafından ileri sürülen ve devletler özel hukukunda bağlama kaide-lerini bertaraf ederek maddi hukuk kurallarının yaratılmasını savunan görüşlere uygun düşen bu görüş tarzı, hâkimin yükünün artmasına sebebiyet vererek somut hukuk yaratma görevini fiilen imkânsız kılacağı, hukuki güvenliği sarsacağı ve nihayet hâkimin yaratacağı kuralların, kararların milletlerarası ahengine uygun düşmeyeceği nokta-i nazarlarından eleştirilmiştir(222).

Kanaatimizce de, bu fikre katılmak mümkün değildir. Zira, hâkimin hukuk kurallarını yaratması hukuktaki boşlukla sınırlıdır. Hâkim, ancak hakkında bir hukuk kuralı bulunmayan meselede (M.K. md.1) kanun koyucu gibi hareketle hukuk kuralı yaratabilir. Yabancı unsurlu olay ve ilişkilerde kanunlar ihtilâfı kurallarının emri gereği yabancı bir hukukun yetkili görülmesi ve bu hukukun uygulanması gerektiği tesbit ediliyorsa, hukuki bir boşluktan söz edilemez. Çünkü, böylece bir hukuki

(218) Vakıa anlayışına ve bu anlayışa yöneltilen eleştiriler için bkz.yuk.s.11 vd.

(219) Ökçün:age.,s.61 vd.

(220) Ökçün:age.,s.61-62.

(221) Ökçün:age.,s.64.

(222) Göçer: Çağdaş Akımlar, s.159.

düzenlemeye; yabancı bir hukuka kanunlar ihtilâfı kurallarıyla işaret edilmekte ve onun uygulanması emredilmektedir. Yabancı hukukun uygulanması sırasında hâkimin somut bir hukuk yarattığı söylenemez. Zira, hâkimin bu faaliyeti icra edebileceği bos bir hukukî saha mevcut değildir. Hâkim, olaya kendi yarattığı hukuku değil, yabancı hukuku uygulamaktadır. Yabancı da olsa bir hukuk düzeni ihtilâfa uygulanmak açısından kanunlar ihtilâfı kurallarıyla yetkilendirilmiştir. Ancak, bu görüşle, uygulanacak yabancı hukukun muhtevasının; ihtilâfa kabili tatbik hükmünün tesbit edilememesi hâli kastediliyorsa, buimkânsızlık halinde dahi hâkim hukuk yaratmamakta, kanunun emri gereği (MÖHUK.md/2/II.f.) Türk hukukunu uygulamaktadır veya uygulamak zorundadır.

Türk hukukunda Ökçün'ün yukarıda işaret ettiğimiz bu görüşü bir kenara bırakılırsa, yabancı hukukun hukuk olarak uygulandığını söyleyebiliriz.

Bu hususta Seviğ'ler(223), "... sade ve realitelere uygun bir ifadeyle, milletlerarası münasebetleri düzenlemek amacıyla kabul edilmiş olan yerli kanunlar ihtilafı sisteminin emri üzerine yabancı kanun tatbik edilir demek gerekir. Netice olarak yabancı kanunun uygulandığını kabul ediyoruz." demektedirler. Ayrıca, V.R. Seviğ (224), yabancı kanunun egemenliğimiz karşısındaki durumunun bir dereceye kadar eski kanunun millî irade karşısındaki durumuna benzediğini, nasıl ki intikal hükümleri egemen iradeye aykırı görülüyor ve iç hukukta eski kanunun uygulanacağı haller öngörülüyorsa, kanunlar ihtilâfı sisteminin de bazı hallerde yabancı kanunun uygulanmasını emretmesi ve buna istinaden yabancı kanunun uygulanmasının egemenliğe aykırı sonuç vermeyeceğini belirtmektedir.

Berki (225), HUMK.76.md.si hükmünden hareketle, kanun koyucunun bazı hallerde yabancı hukukun uygulanması gerekeceği hallerin bulunduğunu, bu durumda da yabancı hukukun uygulanacağını açık bir şekilde kabul ettiğini bildirmektedir.

Nomer'e göre (226), yabancı hukuk hukukîlik vasfını kendi hukuk nizamından alır. Ancak, yabancı bir norm olarak uygulanma imkânını mahallî hukuk düzeninden elde eder ve yabancı hukuk mahallî hukuk haline gelmeden yabancı hukuk olarak uygulanır. Çünkü " yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının emriyle "yabancı hukuk" olarak nazara alınması ona bir "yürürlük karakteri" tanınması meselesi olmaktadır. Yabancı hukuk hukuk olarak fakat yabancı hukuk olarak kalmakta ve hâkim tarafından kendi kanunlar ihtilâfı kuralları gereğince tatbik edilmesi onu " mahallî" hukuk " yapmamaktadır" (227).

(223) Seviğ, M.R-V.R.; DHH, s.418.

(224) Seviğ, V.R.; Kanunlar İhtilâfı, s.204-205, 200.

(225) Berki, O.F.; DHH,C.II,s.115.

(226) Nomer "Yabancı Kanun, s.32; Nomer:DHH,s.193; Çelikel-Nomer: Örnek Olaylar 1986, s.222.

(227) Nomer: Yabancı Kanun, s.33-34; Nomer:DHH, s.193.

Yabancı hukukun mahiyetini hukuk olarak tespit ve kabul eden Türk Hukukunun, yabancı hukukun uygulamaya sıfatını " yabancı hukuk" olarak kabul etmesi (228) de normal bir sonuçtur.

Kaldığı, Türk doktrinin de yazarlarca varılan böylebir sonuç yabancı hukukun vakıa olduğu intibâını veren MÖHUK.'un yürürlüğe girmesiyle yürürlükten kalkmış bulunan HUMK.'un md. 76/1 ve 2. cümle hükümleri tarafından da desteklenir nitelikte bulurmaktaydı(229). Bugün yabancı hukukun ispatını öngördüğü iddia edilen bu hükümler yürürlük gücünü kaybetmiş olduğuna göre, yetkili yabancı hukukun hâkimce re'sen uygulanacağını söyleyen MÖHUK.'un 2.md.si karşısında, yabancı hukuk kurallarını yabancı hukuk olarak uygulanacağında tereddüt etmemek gerekir.

Bilindiği üzere, bir hukukun yürürlük karakteri öncelikle biçimsel geçerliliğiyle ilgilidir husustur. Bu geçerlilik ise, onun asıl ait olduğu hukuk düzeninde iktisap ettiği bir vasıftır. Hukukun yabancı ülkede uygulanması-kendi hukuk düzeninde yürürlükte olmak şartıyla- onun uygulama alanının genişletilmesidir (şekli geçerliliğe karşılık maddi geçerlilik veya etkililik). İşte, bunun içindir ki, yabancı ülkede uygulanan hukuk bu uygulama sırasında-ve nedeniyle- "mahalli hukuk" addolunmamalıdır. Zira, bu hukuk o mahalde yürürlükte olan bir hukuk değildir, o mahalde yürürlükte olan hukukun gerektiğinde (münferit ihtilâfların çözümünde) uygulanmasını emrettiği "kurallar demetidir".

V. "IURA NOVIT CURIA" İLKESİ VE YABANCI HUKUK

A. "IURA NOVIT CURIA" İLKESİ

"Iura novit curia" düsturu, Türkçe olarak " hâkim hukuku bilir " veya " mahkeme hukuku bilir" şeklinde ifade edilebilir(230). Bu anlamıyla "Iura novit curia" ilkesi, Türk hukukunda HUMK.'un 76.md./1 nci cümlesinde : " Hakim re'sen Türk kanunları mucibince hüküm verir " şeklinde ifadesini bulmuştur, (231). Bu kural gereğince hâkim ihtilâfa uygulanacak hukuk kuralları yönünden tarafların iddia ve nitelendirmeleriyle bağlı değildir, hâkim uygulanacak hukuku kendisi bilmek (veya bilmiyorsa bulmak) zorundadır(232).

(228) Yabancı hukukun " hukuk sıfatıyla " uygulandığını kabul eden diğer yazarlar için bkz. Göger : Çağdaş Akımlar, s.160; Uluocak: Kanunlar İhtilâfı, s.34; Çelikel : MÖH, s.170-171; Çelikel-Nomer: Örnek Olaylar 1986, s.222; Tekinalp: MÖH, s.41; Tuluay: agn., s.29; Sivrihisarlı: agt., s.45.

(229) Berki, O.F.: DHH, C.II, s.115.

(230) Nomer : Yabancı Kanun, s.39 vd; Davran : age., s.49 vd.

(231) Davran : age., s.49-50; Nomer : Yabancı Kanun, s.39 ve dn.101.

(232) Kuru : HUK, C.II, s.1327 vd; Üstündağ: MYH, s.205 vd; Postacıoğlu: age., s.235 vd.

Iura novit curia ilkesi, hâkime hukuku bilmek görevini yüklediğinden, tarafların tatbiki gerekli hukuk kurallarını ispat etmelerine ve hatta belirtmelerine gerek yoktur (233). Bu kural gereğince hâkim hukuku daha açık bir ifadeyle kanunları, bunların metinlerini ve yorumunu bilmek zorundadır. İspat, taraflar açısından sadece iddia ettikleri vakıalar içindir (HEMK.md.75). Hukuk kuralları ve bunların ifade ettikleri anlam hâkimce bilinir. Kısaca, hukuku bilmek mecburiyeti, hukukun varlığı, muhtevası ve anlamının ispata ihtiyaç göstermemesini ifade eder(234).

Kolayca anlaşılabileceği gibi, iura novit curia ilkesi bir varsayım, bir faraziyedir(235). Zira günümüzde bir hâkimin bütün kanunları ihtiva ettikleri anlamlarıyla bilmek bir yana, sadece lâfız olarak ve hatta ismen bilmesi bile imkânsızdır. Ancak, hâkimin hukuku tamamı ile ve hatta mevcut kanunların genel olarak dahibilmemesi bu kuraldan vazgeçilmesini gerektirmez. Çürkü, hâkim elbette kendi hukukunu bilmelidir. Türk hukukunda HUKK.76 md./1.cümlesinde kabul edilen prensip gereğince, hâkim, uygulanacak kanunu ve onun muhtevasını " re'sen hüküm vermek" için bilmek zorundadır. Bu bilgiye ulaşmak için, hâkim hukuk kurallarını araştırmak zorundadır(236).

Ancak, hemen belirtelimki bu araştırma "dava dışı" , "usul dışı" yani özel bir araştırma olacaktır(237). Zira, hâkime fiilen bilmediği hukuk kurallarını bulabilmesi için, usul hukukunda buna özgü ayrı bir imkân tanımadığına göre (örneğin, bilirkişiye müracaat gibi), hâkimin bilmediği hukuk kurallarınının metin ve anlamlarını öğrenmek yolunda yapacağı araştırma, özel bir araştırmadır. Bu araştırma, delil ve ispata ihtiyaç göstermeyen bir araştırmadır. Zira, hakim vermiş olduğu kararda uygulamış olduğu hukuk kurallarını nasıl bildiğini, nereden bulduğunu, nasıl öğrendiğini belirtmek zorunda değildir(238). Zaten biliyor farzedilir.

Demek ki, hâkimin hukuku bilmesi bir karinedir ve bu karine hakim in özel araştırma imkânı ile gerçekleşebilmektedir(239).

(233) Nomer: Yabancı Kanun, s.40,10; Davran : age.,s.50; Alangoya : age., s.6,96; Yılmaz,O.: agm.,s.902; Yavuz : agm.,s.385; Tuluay : agm., s.29; Ertem: agm.,s.743.

(234) Nomer :Yabancı Kanun, s.10,40.

(235) Davran:age.,s.50; Nomer: Yabancı Kanun, s.40; Nomer:DHH,s.199.

(236) Nomer : Yabancı Kanun, s.40; Hakim in bu araştırma zorunluluğunu genelde nizâsız kazada istisnaende nizâlı kazada geçerli olan re'sen araştırma prensibi ile karıştırmamak gerekir. Bu prensip vakıalar yönündendir: Nomer:Yabancı Kanun, s.41.

Ayrıca, hakim in hukuku bilme faraziyesini hukukun da herkes tarafından bilinen, maruf ve meşhur vakıalardan olması anlayışına dayandırmak da mümkün değildir: Nomer:Yabancı Kanun, s.41-42.

(237) Nomer: DH,s.194; Nomer:Yabancı Kanun,s.42; Nomer: Sempozyum,s.47.

(238) Nomer: Yabancı Kanun, s.42-43.

(239) Nomer: Yabancı Kanun, s.43.

B. "IURA NOVIT CURIA " İLKESİNİN YABANCI HUKUK YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ (=GEÇERLİLİĞİ)

Iura novit curia ilkesinin, hâkimin kendi hukuku için bir faraziye, bir karine olduğunu gördük. Bu durum karşısında, hâkimden yabancı hukuku da bilmesini beklemek bir imkânsızlığa münce olur. O halde, yabancı hukukun uygulanması gereken hallerde Roma hukukunda tecelli eden budüsturun bir kıymeti olamaz. Zira, hâkim genellikle yabancı hukuku bilmez(240).

Hâkimin hukuku bildiği faraziyesi ancak, hâkimin kendi hukuku hakkında yapabileceği özel araştırma imkânı ile geçerli olabilmektedir(241). Bu sebeple hâkimden normalde ülké içi hukuku bilmesi istenebilir. Çünkü, o sadece bunun için yetiştirilmiş ve yardımcı bilgilerle donatılmıştır(242).

Iura novit curia ilkesinin, yabancı hukuk açısından geçerli olmaması şüphesiz ki hâkimin bildiği yabancı hukuku kendiliğinden uygulamasına ve yabancı hukuk muhtevasını tesbit etmesi için araştırma yapmasına engel değildir. Hatta, MÖHUK.'un 2.maddesinde hâkime yabancı hukuku bizzat araştırma görevi de yüklenmiş bulunmaktadır.

Gerçekten de, MÖHUK.'un md.2 ile hâkimin yetkili yabancı hukuku re'sen uygulayacağını belirtmesi nedeniyle ilk bakışta iura novit curia ilkesinin yabancı hukuk açısından da geçerli olduğu sanılabilir(243). Bu hükümle, yabancı hukukun hukuk olarak ve re'sen uygulanacağı kabul edilerek, uygulanacak yabancı hukukun muhtevasını tesbit etmek hâkimin görevi olarak kabul edilmiştir. Hatta bu hükümle hâkime, yabancı hukuku arayıp bulmak (tespit etmek) mükellefiyeti yüklenmek suretiyle ve bu konuda hâkime tarafların yardımını isteme yetkisi tanınarak (MÖHUK.md.2/I.f.2.cümle) iura novit curia ilkesinin, âdeta yumuşatılmış bir şekliyle yabancı hukuk için de geçerli sayıldığı söylenebilir(244). Ancak, şurası bir gerçektir ki, bu madde ile hâkime yabancı hukuku bilmek değil, bulmak ödevi yüklenmiştir. Yabancı hukuk, hukuktur ama nede olsa yabancıdır. Dolayısıyla iura novit curia ilkesi yabancı hukuk yönünden geçerli değildir (245). Bu ilkenin yabancı hukuk yönünden aynen geçerli sayılması gerçekçi de olmazdı. Zira, hâkim genellikle yabancı hukuku bilmez.

Iura novit Curia ilkesinin yabancı hukuk yönünden geçerli olmadığı, kanun koyucunun MÖHUK.'un 2.md.si/II. fıkrasında, yabancı hukukun muhtevasının tüm araştırmalara rağmen tespit edilemeyebileceğini, bizzat kendisinin de görmüş olmasından anlaşılabilir.

(240) Davran: age., s.50.

(241) Nomer: Yabancı Kanun, s.43; Nomer: DHH, s.194.

(242) Kegel: IPR, s.227; Raape: IPR, s.122; karşı Döller: IPR, s.107.

(243) Tekinalp: MÖH, s.42.

(244) Karşı. Tekinalp: MÖH, s.42.

(245) Ekz. Nomer: Yabancı Kanun, s.1, 43, 44; Nomer: DHH, s.194, 198; Nomer: Sempozyum, s.32, 47; Davran: age., s.50; Çelikel: MÖH, s.171; Tekinalp: MÖH, s.42; Sivrihisarlı: agt., s.43; Yavuz: agn., s.385; Tulucay: agn., s.29.

Zira, kanun koyucu, MÖHUK. 2.md.sinde yabancı hukukun bilirmesindeki ve hattabulurmasındaki (araştırılıp tespit edilmesindeki) güçlüğü nazara alarak, hâkime ihtilâfın taraflarından yardım isteyebilme yetkisini vermiş, yabancı hukukun bilinip bulurmasındaki imkânsızlığı da görerek bu halde hâkime ihtilâfa Türk hukukunu uygulama yetkisini vermiştir. Öyle ki, kanun koyucu hâkime tarafların yardım etmesine rağmen yabancı hukukun tespit edilemeyebileceğini kabul edip ve ona göre bir çözüm imkânı tanıdığına göre, aura novit curia ilkesinin yabancı hukuk hakkında da aynen iç hukukta olduğu gibi işleyeceğini kabul etmemiş demektir. Çünkü, kanun koyucu dahi yabancı hukukun tespit edilemeyebileceğini ve dolayısıyla yabancı hukuk kuralları hakkında hâkimin bir bilgiye ulaşamayabileceğini kabul etmiştir.

Bu sebeple, yabancı hukukun re'sen uygulanması (MÖHUK.md.2) yolundaki hüküm, hâkimin yabancı hukukun muhtevasını bizzat araştırıp bulması anlamına gelir. Bu araştırma mükellefiyeti dahi tarafların yardımı ve diğer bazı imkânlarla yumuşatılmış bulunmaktadır(246).

İKİNCİ BÖLÜM

YABANCI HUKUKUN TESPİTİ

I. YETKİLİ HUKUKUN TESPİTİ

A. GENEL OLARAK

Özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde yabancı bir hukukun uygulanabilmesi, evvel amirde söz konusu ilişki ve olayda yabancı bir unsurun varlığına bağlıdır. Bir başkadeyişle, somut olayın devletler özel hukukunun uygulama alanına girip girmediğinin tespiti, öncelikle ihtilâfın yabancı unsur taşıyıp taşımadığının tespitine bağlı bir husustur. O halde hâkim, ilk önce önüne gelen ihtilâfın hangi hukuk dalının (devletler özel hukukunun mu? yoksa medenî hukuk, ticaret hukuku, borçlar hukukunun mu?) uygulama alanına girdiğini tespit edecektir. İhtilâfta, yabancı bir unsurun varlığının tespiti, ihtilâfın devletler özel hukukunun uygulama alanına girdiğinin de tespiti anlamına gelir. Demekki, devletler özel hukuku kurallarının uygulanabilmesinin ve dolayısıyla yabancı bir hukukun uygulama zorunluluğunun doğabilmesinin ilk şartı, ihtilâfın (özel hukuka ilişkin bir ihtilâfın) yabancı unsur taşıması ve bunun tespit edilmesidir. Bu noktada, bu tespit ameliyesinin nasıl gerçekleşeceği, yani yabancı unsurun mevcudiyetinin ispatının gerekli olup olmadığı sorunu karşımıza çıkar. Acaba, bir meselede yabancı unsurun varlığını ileri sürmek ve bunu ispatlamak gereklidir? Yoksa, hâkim mi? bunu re'sen araştırıp tespit etmelidir. Tüm unsurlarıyla tek bir hukuk düzenine ait olan bir ihtilâfı hâkim, kendi iç maddî hukukunu uygulayarak çözümler. Yabancı unsur söz konusu ise, ihtilâfın çözümü devletler özel hukukunda aranacaktır. Devletler özel hukuku kuralları, ancak yabancılık unsuru taşıyan işlem ve ilişkilerde uygulama alanı bulur (MÖHUK.md.1).

Yabancı unsur taşıyan ve bu sebeple de devletler özel hukukunun uygulama alanına giren bir ihtilâfta uygulanması gereken kanunlar ihtilâfı kurallarının hangisi olduğunun tespiti ise, ikinci aşamadır. Bu bizzat ihtilâf kurallarının uygulanması meselesidir. İhtilâf kuralları yabancı unsurlu olay ve ilişkilerde hangi hukukun uygulanacağına gösterirler. Burada ortaya çıkan sorun ise, ihtilâfa uygulanması uygun düşen ihtilâf kuralının bulunup uygulanmasının tarafların talebine mi? bağlı olduğu veya hâkimin bu kuralı bizzat bulup uygulamak zorunda mı? olduğudur.

Görüldüğü üzere kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanması için ihtilâfın öncelikle yabancı unsur taşıması, yani devletler özel hukukunun uygulama alanına girdiğinin tespiti gerekir. Ancak, hemen belirtelim ki, uygulama sırasında yukarıda sözünü ettiğimiz bu iki ameliyenin birbirinden ayrılması oldukça zordur. Çünkü, aslında ihtilâfın yabancı unsur taşıyıp taşımadığının, dolayısıyla devletler özel hukukunun

uygulama alanına girip girmediğinin tespiti (ilk aşama) ve eğer devletler özel hukukunun uygulama alanına giriyorsa, hangi ihtilâf kuralının uygulanacağını tespiti (ikinci aşama) gibi iki aşamada gerçekleşen bu ameliye, uygulama sırasında birbirinden ayırt edilmeyecek şekilde birbiri içine geçmiş ve genellikle aynı anda ulaşılabilen bir sonuç olarak karşımıza çıkar. Zira, ihtilâf kuralları ancak yabancı unsurlu olay ve ilişkilerde uygulama alanı bulabileceklerinden, ilgili ihtilâf kuralının tespiti ihtilâfta yabancı unsurun varlığını zorunlu olarak ortaya koyar. Bu sebeple de kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanması denince, yabancı unsurlu bir ihtilâfta ilgili ihtilâf kuralının bulunarak uygulanması anlaşılır.

İhtilâfta yabancı bir unsurun varlığı tespit edilip uygulanacak ihtilâf kuralı da tayin edildikten sonra bu kurala göre ihtilâfa uygulanacak hukuk düzeninin belirlenmesi gerekir. İhtilâf kuralları bağlama noktaları aracılığıyla yetkili hukuku gösterirler. Yetkili hukukun bulunması bağlama noktasının hangi hukuk düzeni içinde gerçekleştiğini tespitine bağlıdır. Bunun için bağlama noktalarının araştırılması zarureti vardır. Bu araştırma sonunda, bağlama noktasının hangi hukuk düzeninde gerçekleştiği tespit edilirse, o hukuk düzeni ihtilâfa uygulamak açısından yetkili hukuk düzeni olacaktır. Bu hukuk düzeninin ise, mutlaka yabancı bir hukuk düzeni olması gerekmez. Çünkü, yabancı unsurlu bir ihtilâfta devletler hususi hukuku kuralları (gösterici hukuk kuralları) uygulanır isede, bu behemahal yabancı bir hukukun uygulanacağı anlamına gelmez. İhtilâf kurallarına göre yetkili hukuk milli hukuk (hâkimin hukuku) olabileceği gibi yabancı hukuk da olabilir. İhtilâf kurallarına göre yetkili hukuk millî hukuk veya mahallî hukuk (hâkimin hukuku) olarak tespit edilmişse, bu hukukun ilgilihükümlerinin (maddi hükümlerin) bulunarak uygulanacağında tereddüt edilemez. (HUKK.md.76)(1).

Yetkili hukuk mahallî hukuk olmayıpta yabancı bir hukuk ise, bu takdirde hangi yabancı hukukun yetkili olduğunun belirlenmesi gerekir. Bunun belirlenebilmesi için bağlama noktalarının araştırılması; gerçekleşip gerçekleşmediklerinin ve eğer gerçekleşmiş iseler, hangi hukuk düzeninde gerçekleştiklerinin tespiti gerekir. Dolayısıyla burada karşımıza bağlama noktalarının araştırılması, bu araştırmanın nasıl gerçekleşeceği, bir başka deyişle bağlama noktalarının gerçekleştiğinin ve belli bir hukuk düzeni içinde gerçekleştiğinin hâkim tarafından tespit edileceği (hâkim tarafından re'sen mi? araştırılacağı veya taraflarca mı? ispat edileceği) meselesi çıkmaktadır.

(1) Ancak, hemen belirtelim ki bu durum yabancı unsur taşımayan ve dolayısıyla tüm unsurlarıyla tek bir hukuk düzenine ait olan ihtilâflarda mahallî (millî) hukukun uygulanmasından farklıdır. Zira, burada ilişki yabancı unsur taşımakta ve dolayısıyla birden ziyade hukuk düzeni ile ilişki içinde bulunmakta olmasına rağmen gösterici hukuk kurallarının uygulanmasından sonra, yetkilihukukun mahallî hukuk (Lex fori) olduğu tespit edilmektedir. Oysa, ilk meselede daha gösterici hukuk kuralları uygulamadan ve uygulanması gerekmeden mahallîhukuk uygulamaktadır.

Demek ki; yabancı hukukun uygulanması gerekip gerekmediğinin tespiti, yani yabancı hukukun tatbiki gereği kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanması ve bağlama noktalarının araştırılması sonucunda varılan bir meseledir. İncelemesi ve araştırılması gereken mesele hangi şartlar altında yabancı bir hukukun uygulanmasını emreden kanunlar ihtilâfı kurallarının emrinin yerine getirileceğidir. Bir başka deyimle kim? yani hâkim mi? yoksa taraflar mı? yabancı hukukun uygulanması gerektiğini; daha doğrusu uygulanacak hukuk düzeninin hangisi olduğunu, tespit edecektir(2).

Konuyu kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanması ve bağlama noktalarının araştırılması yönünden ayrı ayrı incelemekte yarar görüyoruz. Ancak, daha önce yabancı hukuklardaki duruma ve önerilen bazı çözüm tarzlarına kısaca değinmek istiyoruz.

B. MUHTELİF ÇÖZÜMLER

1. Kanunlar İhtilâfı Kurallarının Uygulanması Yönünden

a) Yabancı Hukuklarda Durum

aa) Alman ve Avusturya Hukuku

Alman hukukunda, kanunlar ihtilâfı kurallarının hâkimce re'sen uygulanacağı, bu sebeple tarafların yabancı bir hukukun uygulanmasını ileri sürmelerine gerek olmadığı kabul edilmektedir. Yani, Alman hâkimi bir ihtilâfta yabancı hukukun mu? yoksa Alman hukukunun mu? uygulanacağını kendisi tayin eder, tarafların yetkili hukuku belirtmelerine gerek yoktur(3).

Avusturya hukukunda da durum aynıdır(4).

bb) İskandinav Hukuku

İskandinav hukukunda, konuya ilişkin kanunî bir düzenleme olmamasına rağmen, doktrin ve tatbikatta tarafların tasarrufuna tâbi olmayan (evlenme, velayet, vesayet gibi davalarda) meselelerde, yabancı hukukun re'sen hâkim tarafından uygulanacağı kabul edilmektedir. Bu durum yabancı hukukun mu? yoksa mahallî hukukun mu? uygulanacağını da mahkemelerce re'sen tetkik edileceği anlamına gelmektedir. Tarafların tasarrufuna tâbi olan davalarda hâkim doktrin, yabancı hukukun uygulanıp uygulanmayacağını mahkemelerce re'sen tetkik edilmesi yönündedir. Fakat, özellikle tatbikatta yabancı hukuk bir vakıa gibi görüldüğünden, ancak talep üzerine uygulanacağı genellikle kabul edilmektedir(5).

cc) İsviçre Hukuku

İsviçre hukukunda, hâkimin Alman hukukunda olduğu gibi hangi kanunun yetkili olduğunu re'sen araştırmak zorunda olduğu bildirilmektedir(6).

(2) Nomer: Yabancı Kanun, s.48.

(3) Kegel: IPR, s.227; Dölle: IPR, s.107; Rappé: IPR, s.120-121; Wolff, M. Internationales Privatrecht (IPR), Berlin 1933, s.53; Ayrıca bkz. Nomer: Yabancı Kanun, s.54 dn.134'de anılan eserler.

(4) Nomer :Yabancı Kanun, s.54 ve dn.133'de anılan yazarlar. Güçer :DHH, s.131.

(5) Nomer :Yabancı Kanun, s.55-56.

(6) Seviç, V.R. :Kanunlar İhtilâfı, s.207.

Ancak, konunun İsviçre hukukundaki çözümü için Kantonlara ait usul kanunlarına baimak gerekir. Bazı usul kanunları, yabancı hukukun re'sen hâkim tarafından uygulanacağını ve hatta tespit edilmesi gerektiğini kabul ederlerken, diğer bazı Kanton usul kanunları yabancı hukukun uygulanmasını tamamen tarafların ispatına bırakmışlardır(7).

dd) İtalyan Hukuku

İtalyan hukukunda, 1959 yılına kadar yabancı hukukun uygulanması için tarafların talebi zorunlu idi. Bu tarihten sonra, doktrinde daha önce savunulan yabancı hukukun tarafların talebine bağlı olmadan uygulanması yolundaki görüşe, uygulama anında katıldığı görülmektedir(8).

ee) Sovyet ve Yugoslavya Hukuku

Sovyet hukukunda yabancı hukukun uygulanması tarafların talebine bağlı değildir. Bu itibarla, Sovyet mahkemeleri yabancı hukuku mahkeme için bağlayıcı olan kanunlar ihtilâfı kuralları gereğince uygular, tarafların talep ve itirazlarını yabancı hukuka dayandırmalarına lüzum yoktur. Yugoslavya hukukunda da görülmüşe göre durum aynıdır(9).

ff) İngiliz-Amerikan Hukuku

İngiliz ve Amerikan hukuklarında, yabancı hukukun bir vakia olduğu yolundaki hakim anlayışa uygun olarak yabancı hukuk tarafların iddia ve ispatına bağlı bir vakia gibi görülmekte ve ancak taraflarca ileri sürülürse nazara alınabilmektedir. Yabancı hukuk kuralı üzerinde taraflar arasında (dava dilekçesi veya cevap dilekçesinde dayanıldığı takdirde) bir ihtilâf yaratılması halinde durum incelenebilir. Uygulanması için de ispatlanmış olması gerekir(10).

gg) Fransız Hukuku

Fransız hukukunda özellikle temyiz mahkemesi kararlarından(11) çıkarılan sonuca göre, mahkeme hangi kanunla yetkili olduğu hususunda re'sen araştırma yapmak zorunda değildir, ancak, hak sahibidir(12). Fakat, doktrinde yargıcın yetkili kanunu re'sen araştırmak zorunluluğuna işaret edilmektedir(13).

hh) Diğer Bazı Hukuk Sistemleri

İspanyol, Portekiz, ve Latin Amerika devletleri hukuklarında, yabancı hukukun tatbiki ilgili tarafın talebine bağlı bulunmaktadır(14).

Millî hukuklardaki bu görünüme karşın, Bustamente Cod'unda (Codigo Bustamente) yetkili yabancı kanunun re'sen hâkim tarafından tespiti görüşüne

(7) Nomer : Yabancı Kanun, s. 63-64.

(8) Nomer : Yabancı Kanun, s. 63.

(9) Nomer : Yabancı Kanun, s. 57.

(10) Nomer : Yabancı Kanun, s. 57-58.

(12) Kararlar için bkz. Nomer: Yabancı Kanun, s. 61-62; Uluocak: Kanunlar İhtilâfı, s. 32-33 ve dn. 113; Seviğ, V.R.: Kanunlar İhtilâfı, s. 207.

(13) Seviğ, Fransız hukukundaki bu durumda Fransız kanunlar ihtilâfı kurallarının uzun bir süre hep tek yanlı (yani daima hangi hallerde Fransız kanununun uygulanacağını belirtmekle yetinen) nitelikte kalmış olmasının etkiâi olduğunu bildirmektedir: Seviğ, V.R.: Kanunlar İhtilâfı, s. 207.

yer vermiştir(15). Gerçekten de devletler hususi hukuku alanında iki büyük cod olan Busamente Cod ile Montevide Sözleşmelerin de yabancı hukukun hâkim tarafından re'sen uygulanacağı kabul edilmiştir(16).

b) Muhtelif Öneriler

Tarafların yabancı hukukun tatbiki gerektiğini ileri sürmeleri gerekli midir? Yoksa yabancı unsur taşıyan bir davada hâkim re'sen kanunlar ihtilâfı kurallarını uygulayarak uygulanacak hukuk düzenini tespit etmelidir? Yukarıda da aktardığımız gibi milletlerarası alanda her iki sistemde rastlamakta, her iki sisteminde mahzurlarına dikkat çekilmektedir(17).

Her iki sisteminde yarattığı mahzurlar sebebiyle bu konuda bazı öneriler yapılmıştır(18).

Bir öneriye göre, hâkime bu konuda bir takdir hakkı verilmelidir. Buna göre; mahkeme kendi hukukunun uygulanmasını ihtimaldahiinde görüyorsa susmalı, ancak olayın çözümünde yabancı hukukun uygulanmasını muhtemel görüyorsa müdahaleedip, tarafların uygulanacak yabancı hukuk hakkında tavır almaları ve onları gerekli delilleri ibraz etmeleri hususunda ikaz etmelidir(19).

İkinci öneri ise; yabancı hukukun tespiti için yapılacak masrafları ve sarfedilecek zamanı dikkate alarak, hâkime sadece ihtilâf konusunun bu araştırma için yapılacak masraflar ve kaybedilecek zaman ile açıklısbetsizlik teşkil etmeyeceği büyük kıymetli ihtilâflarda veya prensib niteliği taşıyan kararlara yol açabilecek davalarda yabancı hukukun uygulanması mükellefiyetinin yüklenmesi gerektiği örneğindedir. Diğer davalar yönünden hâkime yabancı hukuku biliyorsa böyle bir mükellefiyet yüklenmelidir(20).

Her iki teklifte eleştirilmiştir(21).

Yabancı hukukun uygulanmasında hâkime takdir hakkı veren sistem, büyük ölçüde hâkimin yabancı hukuku uygulayıp uygulamama yolundaki isteğine bağlıdır. Böylelikle, bu sistem bu konuda hâkime bağlı olan mahzurları ortadan kaldırmaktadır(22).

İkinci teklifin kabulü ise, genel hukuk prensiblerine uygun düşmez. Hukukun bir kurallar bütünü olarak taksim edilmezliği (bölünmezliği) önemli çok olan ve az olan davalarda da kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanmasını gerektirir(23).

(15) Göger : DHH, s.131.

(16) Nomer : Yabancı Kanun, s.65.

(17) Bu hususta bkz. Nomer;Yabancı Kanun, s.66 vd.

(18) Bkz.Nomer; Yabancı Kanun, s.68-69.

(19) Bkz.Nomer; Yabancı Kanun, s.68.

(20) Bkz.Nomer; Yabancı Kanun, s.68-69.

(21) Eleştiriler için bkz. Nomer; Yabancı Kanun, s.68-69.

(22) Nomer; Yabancı Kanun, s. 68.

(23) Nomer; Yabancı Kanun, s.69.

2. Bağlama Noktalarının Araştırılması Yönünden

a) Yabancı Hukuklarda Durum

aa) Alman Hukuku

Alman hukukunda bağlama noktalarının araştırılması yönünden, genellikle usule hakim olan duruşma prensibine uygun olarak, bağlama noktalarını oluşturan vakıaların taraflarca ispatı gerektiği kabul edilmektedir. Ancak, Alman hakimi, tahkikat prensibinin (untersuchungsmaxime) istisnaen geçerli olduğu davalarda bağlama noktasını teşkil eden vakıaları re'sen araştırmak zorundadır.(24).

bb) Avusturya Hukuku

Avusturya hukukunda ise, bağlamanoktalarının araştırılması yönünden tahkikat prensibi ile davayı tarafların tasarrufuna bırakan prensib arasındaki ayrım ortaya konulmakla beraber doktrin ve tatbikatın bu konuda karışık ve şaşırıcı olduğu söylenmektedir(25).

cc) Sovyet Hukuku

Sovyet hukukunda tahkikat prensibi tam hakim olduğundan, bağlama noktaları bakımından hâkimin faaliyeti tarafların ileri sürdükleri delillerle bağlı değildir. Hâkim, tarafların ibraz ettiği delilleri yetersiz görürse, ilâve delilleri bizzat kendisi tespit etmek zorundadır(26).

dd) Diğer Bazı Hukuk Sistemleri

Yabancı hukukun uygulanması gerekip gerekmediğini, tarafların bu konudaki taleplerine bağlı kılan hukuk sistemlerinde, bağlama noktalarının araştırılmasının genellikle hakime ait bir vazife olmadığı kabul edilmektedir. Örneğin, İngiliz-Amerikan ve Fransız hukuk sistemlerinde olduğu gibi (27).

Yukarıda örnek olarak incelediğimiz hukuk sistemlerinden de anlaşılacağı gibi, bağlamanoktalarının araştırılmasında hâkim ve tarafların görevlerini belirlemek genellikle yargılamaya esas alınan prensibler açısından cevaplandırılmaktadır(28).

Buna göre, yargılama hukuklarında Re'sen Araştırma (= Untersuchungsmaxime)(29) prensibinin kabul edildiği hukuklarda (Örneğin, Sovyet hukuku) hâkim taraflardan bağımsız olarak re'sen lüzumlu vakıaları araştırmak ve tetkik etmek mecburiyetinde olduğundan, bağlama noktalarını da re'sen araştırmak ve incelemek zorundadır (30). Bu hukuk sistemlerinde hâkim bağlama noktalarını tespit etmek

(24) Nömer : Yabancı Kanun, s. 54-55.

(25) Nömer : Yabancı Kanun, s. 55.

(26) Nömer : Yabancı Kanun, s. 57.

(27) Bu hukuk sistemleri ve daha başka hukuk sistemlerinde durum için bkz. Nömer : Yabancı Kanun, s. 54 vd.

(28) Nömer : Yabancı Kanun, s. 51, 65 vd.

(29) Re'sen araştırma prensibi hakkında bkz. Kurus HMD, C. II, s. 1324 vd.

(30) Nömer : Yabancı Kanun, s. 51, 66.

için onları açıklattırabilir ve hatta hâkim in faaliyeti Sovyet hukukunda olduğu gibi tarafların ibraz ettikleri delillerle sınırlı olmayıp, hâkim bu konuda gerekli diğer delilleri bizzat tespit etmek mecburiyetindedir(31).

Buna karşılık, kural olarak duruma prensibinin (=münakaşa esası= taraflarca hazırlama-verhandlungsmaxime)(32), kabul edildiği hukuklarda, ilgili vakıaların iddia ve ispatı ve delillendirilmesi taraflara ait bir vazife olduğundan, tarafların bağlama noktalarını ispat etmeleri gerekir(33). Örneğin Alman hukukunda durum böyledir(34). Ancak, bu hukuk sistemlerinde, istisnaen bazı davalar yönünden re'sen araştırma (tahkikat) ilkesinin kabul edildiği hallerde, hâkim ilgili vakıalara da re'sen nazara almak zorunda olduğundan, bağlama noktalarını teşkil eden vakıaları da re'sen araştırmak zorundadır(35).

b) Zitelmann'ın Görüşü

Zitelmann, bağlama noktalarının araştırılması yönünden farklı bir görüş ileri sürmektedir. Yazara göre, yabancı hukukun ve hangi yabancı hukukun uygulanması gerektiği meselesinin hâkim tarafından tesbit edilecek hukuki bir sorun olduğu, bu sebeple de bu sorunun çözümünün bağlı bulunduğu vakıaların (dolayısıyla bağlama noktalarının) da hakimce re'sen araştırılması gerekir(36).

C. TÜRK HUKUKUNDA DURUM

1. Kanunlar İhtilâfı Kurallarının Uygulanması

Kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanabilmesi için evveleminde ilişkinin yabancı unsur taşınması gerektiğini belirtmiştik. Yabancı unsur veya milletler arası unsur; bir toplumsal olguyu (toplumsal olgu; insan davranışı, bir ilişki, bir olay veya bir hukuki durum olabilir) birden çok hukuk düzeni ile ilişki içine koğan unsurdur(37). Bir başka deyişle, bir olgunun muhtelif unsurlarından biri veya bir kaç olguyu birden çok hukuk düzeni ile ilişki içine sokuyorsa, bu unsur milletlerarası unsurdur(38).

(31) Nomer : Yabancı Kanun, s.66.

(32) Taraflarca hazırlama ilkesi için bkz. KuruluşMU, C.II, s.1322 vd.

(33) Nomer : Yabancı Kanun, s.66.

(34) Bkz. Nomer : Yabancı Kanun, s.54-55,66.

(35) Bağlama noktalarının araştırılmasının usule hâkim olan ilkeler açısından değerlendirilmesi hakkında geniş bilgi için bkz. Nomer:Yabancı Kanun, s.65-69.

(36) Zitelmann'ın bu görüşü ve eleştirisi için bkz. Nomer:Yabancı Kanun, s.53,54 ve dn.132.

(37) Yabancı unsur için bkz.Çelikel; MÖH,s.7-8; Tekinalp;MÖH,s.18; Nomer :DHH,s.6-7, Göger :DHH, s.1-3; Berki,O.F:DHH, C.II,s.1-2.

(38) Yabancı unsur ve milletlerarası unsur terimleri genellikle aynı anlamda kullanılmaktadır. Yabancı unsur terimi, hâkim açısından, muayyen bir hukuk sistemi açısından devletler özel hukuku meselelerine bakıldığında önem taşır. Milletlerarası unsur tespit için, hâkimin hukuku dahil tüm millî hukuk sistemlerine objektif olarak (tepeden) bakmak gerekir. Olaya Türk hakimi açısından baktığımızda milletlerarası unsur yabancı unsur adını alır. Bu anlamda yabancı unsur, ilişkiyi hâkimin hukuku yanında başka bir veya birkaç hukuk düzeni ile ilişki içine koyan unsurdur, diyebiliriz.

Olguyu etkileyen unsur bizzat olgudan kaynaklanabileceği gibi, olgunun dışından gelen ve olguyu etkileyen yabancı unsurlarda vardır. İhtilâfın yabancı bir yargı merci önüne götürülmesi olguyu dışarıdan etkileyen bir unsurdur(39). Buna dıştan yabancı unsur denir. Böylece tüm unsurları ile tek bir hukuka tâbi ihtilâf, davanın başka bir ülkede açılmış olması nedeniyle yabancı unsurlu hale gelmiş olur.

Yabancı unsur, söz konusu olgunun haiz olduğu özelliklere ve tâbi bulunduğu şartlara göre muhtelif olabilir. Bunları esas itibariyle iki grupta toplayabiliriz. Kişi yönünden yabancı unsur (40) ve toprak(ülke) yönünden yabancı unsur (41). Kişi yönünden yabancı unsur, kişinin bir hali (ahvali şahsiyesi), bir durumu dolaşısıyla, yabancı bir hukuk düzeni ile ilişki içinde bulunması halinde kendini gösterir. Örneğin; tâbiyet, yine salt bir hukuki kavram olarak ikametgâh gibi. Toprak yönünden yabancı unsur, bir olgunun onunla ilgili kişilerin^a veya onun diğer unsurlarından bir veya bir kaçının yabancı bir hukuk düzeninin "ülkesel yürürlük alanı" içinde bulunmasından veya meydana gelmesinden, kısaca "yerleşmesinden" dolayı ortaya çıkmaktadır. Örneğin; hukuki ilişkinin taraflarından birinin yabancı bir ülkede olması, işlemin yabancı bir ülkede yapılmış olması, bunun ifa yeri ve ilişkiye konu malların yabancı bir ülkede olması gibi.

İşte, yukarıda sözünü ettiğimiz ve örnekler verdiğimiz yabancı unsurların, hukuki veya maddi bir takım vakıaların ihtilâfta varlığı tespit edilmelidir ki, daha doğrusu ihtilâfın devletler özel hukuku alanına girdiğinin tespiti gerekir ki, ihtilâf kuralları uygulanabilsin. Bu tespit ameliyesi nasıl olacaktır? Bu soruyu usule hâkim olan prensipler açısından cevaplandırmak gerekir.

Türk hukukunda HUMK.md.75 uyarınca, vakıaların tespiti yönünden kural taraf- larca hazırlama (verhandlungsmaxime) ilkesidir. Bu ilke uyarınca, iddia ve savunma- nın dayandığı vakıaların ve bunların delillerinin (dava malzemesinin) taraflarca mahkemeye bildirilmiş olması gerekir, Hâkim incelemesini taraflarca kendisine bil- dirilmiş dava malzemesi üzerinde yapar(41). Hâkim, kural olarak taraflarca ileri sürülmemeyen vakıaları re'sen nazara alamayacağı gibi ve onları hatırlatabilecek hallerde dahi bulunamaz. Bu sonuç HUMK.md.75/f.I'den çıkmaktadır. Ancak, bu ilke mutlak ol- mayıp istisnaları da mevcuttur(42). Bazı hallerde hâkim dava malzemesinin hazırlan- masında tarafların yanında görevli kılınıyordu. Buna re'sen harekete geçme ilkesi denmektedir. Bu ilke taraflarca hazırlama ilkesinin istisnasıdır. Bu ilkenin uygu- landığı durumlarda hâkim tarafların ileri sürmedikleri vakıaları da re'sen tespit için araştırabilir(43).

(39) Çelikel; MÖH, s.5.

(40) Bu hususta bkz. Çelikel;MÖH, s.7-8; Tekinalp, MÖH, s.18.

(41) Göğür : DHH, s.3; Berki,O.F.:DHH, C.II,s.2.

(41) Kuru : HMu,C.II,s.1322.

(42) Kuru : HMu,C.II,s.1324.

(43) Kuru : HMu,C.II,s.1324-1325.

Çekişmeli yargıda istisnaen (HUMK.md.75/I) kendiliğinden araştırma ilkesi uygulanır. Bu ilkenin uygulandığı davalar tarafların dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri davalardır. (Evlenme, boşanma, ayrılık, babalık gibi) Çekişmesiz yargıda da tamamen (kural olarak) kendiliğinden araştırma ilkesi uygulanır(44).

Bu ilkelerin ışığı altında, kural olarak ihtilâfî devletler özel hukuku uygulama alanına sokan yabancı unsurların (hukuki veya maddi bazı vakıaların) mahkemeye taraflarca getirilmesi gerekir somucuna varabiliriz. Eğer yabancı unsurdan hâkim bihaber bırakılırsa, ihtilâfî kendi iç hukukunu uygulayarak çözümlenecektir. Taraflarca veya ilgili tarafça, yargılama sırasında veya dava veya cevap dilekçesinde yabancı unsurun varlığına işaret edilmiş ise, bu konuda hâkimin dikkati çekilmiş demektir. Mahkeme önüne getirilmiş bir ihtilâfın taraflarından/veya her ikisinin yabancı oldukları veya dayanılan olay ve ilişkinin yada işlemin yabancı bir ülkede gerçekleştiği, sözleşmenin yabancı bir ülkede yapıldığı, taraflardan birinin yabancı bir ülkede bulunduğu, yada işlemin konusu oluşturan malların yabancı bir ülkede olduğu gibi hususlar dava malzemesinden anlaşılıyorsa, taraflar üzerine düşeni yapmış, yabancı unsurun varlığını, dolayısıyla ihtilâfın yabancı unsurlu olduğunu ortaya koymuş demektir. Yabancı bir hukukun uygulanmasında menfaati olan taraf veya tarafların öncelikle bu hususu ortaya koyacaklarından şüphe edilemez. O halde, yabancı unsurun varlığının ispatı gerekir(45).

Tarafların tasarrufuna tâbi olmayan davalar yönünden ise, hâkimin re'sen araştırma görevi olduğundan (evlenme, boşanma, ayrılık, babalık, velayet, vesayet gibi) ilişkinin yabancı unsur taşıyıp taşımadığı dolayısıyla devletler özel hukukunun uygulama alanına girip girmediğinin tespiti hâkime ait bir görevdir.

HUMK.76/1.cümlesinde, hakim iddia ve ispat edilmiş vakıaların hukuken nitelendirip, ilgili hukuk kuralına bizzat tespit edip uygulamakla görevli olduğundan, yabancı unsurlu ve dolayısıyla devletler özel hukukunun konusunu oluşturan ihtilâflarda ilgili ihtilâf kuralını bulup uygulamak hakime ait bir görevdir.

Demek oluyor ki, ihtilâf kuralları hâkim tarafından re'sen uygulanır. Bu kural hem kanunî, hemde yazılı olmayan ihtilâf kuralları yönünden geçerlidir.

a) Kanunlar İhtilâfî Kurallarının Re'sen Uygulanması

HUMK.'un 76.md/1.cümlesi uyarınca " hakim Türk kanunları mucibince re'sen hüküm verir " denilmektedir. Bu hükme göre Türk hukuk kuralları hâkim tarafından re'sen (kendiliğinden) uygulanır. Uygulanacak hukuk kurallarının taraflarca ileri sürülmesine ve ispat edilmesine gerek yoktur.

(44) Kuru : HUK, C.II, s.1325 vd.

(45) Umar, B; Hususi Hukukta İspat Yükü, İstanbul 1968 (İspat), s.13.

Devletler özel hukukunun Türk hukukunun bir parçası olduğunda, kanunlar ihtilâfı kurallarının da Türk kanunlarından olduğunda tereddüt edilemeyeceğine göre, devletler özel hukuku kurallarının, daha teknik bir ifade ile kanunlar ihtilâfı kurallarının da hâkim tarafından re'sen uygulanması kaçınılmaz bir sonuçtur (HMK md.76/1.c. ve Anayasa md.138/f.I).

O halde, Türk hukukunda tarafların yada ilgili tarafın yabancı unsurlu bir ihtilâfta hangi kanunun uygulanacağını ileri sürmesine, özellikle yabancı bir hukukun uygulanmasına istinat etmelerine gerek yoktur; hâkim uygulanacak yetkili hukuku, kanunlar ihtilâfı kuralları aracılığıyla ke-disi tayin ve tespit eder. Ayrıca, tarafların uygulanacak hukuk düzeninde anlaşmalarının, uygulanacak hukuk düzenini Türk hukuku ile aynı olmasının veya tarafların Türk hukukunun uygulanmasını istemelerinin hiç bir önemi yoktur. Bir başka deyişle, "bir ihtilâf kaidesinin uygulanmasında hâkim tarafların bu hususa ilişkin iddia ve itirazlarıyla mukayyet olmayıp tâbi bulunduğu devlet kanunlarının hükümlerine uymak mecburiyetindedir" (46).

Kanunlar ihtilâfı kurallarının re'sen uygulanması yönünden yukarıda sözünü ettiğimiz esaslar Türk Devletler Özel Hukuku doktrini (47) ve Türk Mahkeme tatbikatında (48) eskiden beri tereddütsüz olarak kabul edilmekteydi. B₁ esaslar bugün

(46) Berki, O.F.: Kanun İhtilâfları, s.45.

(47) Berki, O.F.: DHH, C.II, s.115-116; Berki, O.F.: Kanun İhtilâfları, s.44-45; Seviğ, M.R.-V.R.: DHH, s.435; Seviğ, M.R.: Sentez, s.25; Seviğ, M.R.: Kanunlar İhtilâfı, s.206; Seviğ, V.R.: "Yabancı Kanun Hakkında Yargıtay Denetimi", Yargıtay 100. Yıl Dönümü Armağanı, İstanbul 1968 (Denetim), s.228; Uluocak : Kanunlar İhtilâfı, s.31; Nomer : Yabancı Kanun, s.49; Göğer : DHH, s.137; Göğer : İçtihatlar, s.30; Altuğ : age., s.154; Fişek : age., s.38; Metya, N.: Devletler Hususi Hukuku Ders Notları, Ankara 1939 (DHH), s.100-101; Metya, N.: "Kanun İhtilâflarında Hâkimlerin Vazifeleri", Ankara, 1936 (Hâkimlerin Vazifeleri), s.9; Sakmar ve Arkadaşları : Pratik, s.267-268;

Usul hukukçuları için bkz.Kuru : HMU, C.II, s.1331, 1173; Üstündağ : Kanun Yolları 1977, s.43 ve dn.6d; Üstündağ : Tasarı, s.177; aynı manada Postacıoğlu : age., s.235-236; Önen : age., s.60, 146; Bilge-Önen : age., 295-296; Ansay : age., s.149; Umar : İspat, s.13; Umar, B. + Yılmaz, E.: İspat Yüklü, B.2, İstanbul 1982, s.20; Sivrihisarlı : agt., s.49; Gürdoğan : ägm., s.269; Farklı manaya gelecek şekilde Karafakih : age., s.76,

(48) Türk mahkeme tatbikatındaki durum için bkz.Y.2HD'nin 9.11.1948 T.ve E.7492/K.5343, 10.4.1945 T.ve E.5095/K.1988, 10.11.1960 T.ve E.5305/K.5390, 18.11.1958 T.ve E.5646/K.5414, 16.11.1958 T.ve E.5134/K.5199, 16.4.1957 T.ve E.1521/K.2265, 1.1.1944 T. ve 460, 16.1.1951 T.ve E.8432/K.405, 15.11.1947 T.ve E.4537/K.5879, 9.11.1951 T.ve E.6788/K.7101, 24.5.1945 T.ve E.2530/K.2793 ve 31.3.1944 T.ve E.6883/K.145 sayılı kararları (Berki, O.F.+Ergüney, H.: Yabancılar Hukuku ve Kanun İhtilâflarıyla İlgili Yargıtay Kararlarının Tahli ve İzahları, Ankara 1963, s.64 vd., 66 vd., 68 vd., 91 vd., 93 vd., 98, 105 vd., 116 vd., 120, 121 vd., 124 vd., 143 vd.); Y.2HD'nin 11.5.1967 tarihli kararı (Yazıcı-Atasoy : Sahıs, Aile ve Miras Hukuku ile İlgili Yargıtay Tatbikatı, 1952-1970, Ankara 1970, s.242 no:349); Y.2HD'nin 24.12.1963 T.ve E.678/K.7191 sayılı kararı (İKİD, C.IV, s.2814-2815); Y.2HD'nin 10.5.1971 T. ve E.2898/K.3049 sayılı kararı (RKD, Y.6, S.6-7, s.195); Y.2HD'nin bu esastan ayrılan 29.9.1964 T.ve 4525 sayılı kararı ve bu kararın eleştirisi için bkz.Berki, O.F.: DHH, s.116; ayrıca Göğer, E.: Devletler Hususi Hukuku (Kanunlar İhtilâfı), Ankara 1971, s.132; Uluocak : Kanunlar İhtilâfı, s.31; Nomer : Yabancı Kanun, s.49 ve dn.116.

22 Kasım 1982 yılında yürürlüğe giren MÖHUK.'un 2.md.si 1.fakrasında açıkça vurulmuşlardır:

"Hâkim Türk kanunlar ihtilâfı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygular."

Bu hükmün ilk bölümü ile âdeta malumu ilân eder mahiyettedir(49). Çünkü, az önce belirttiğimiz gibi, MÖHUK.'dan öncede budurum, yani kanunlar ihtilâfı kurallarının re'sen uygulanması gerek doktrin ve gerekse tatbikatta tereddütsüz kabul edilmekteydi(50). O halde, yabancı hukukun uygulanıp uygulanmayacağına tespiti, devletler özel hukuku kurallarına göre hâkim tarafından saptanacaktır. Bu hâkimin resmi görevidir(51). Aynı zamanda, iura novit curia ilkesinin doğal bir sonucudur(52).

V.R.Seviğ'e göre (53) "Zaten şunu unutmamak gerekir ki, kanunlar çatışması kuralları, taraflara diledikleri kanunu seçme imkanı açıkça vermedikleri sürece kamu düzeni kurallarıdır. Kamu düzeni kurallarını da yargıç re'sen gözönünde bulundurur."

Kanaatinizce, kanunlar ihtilâfı kurallarının re'sen uygulanmasını sağlamak için böyle bir gerekçe ileri sürmek gerekli olmadığı gibi, doğru da değildir. Gerek-sizdir; çünkü, HUKK.'un 76.md.si hâkimin Türk kanunlarını re'sen nazara alıp uygulayacağını hükme bağlamıştır. O halde, hâkimin bir kanun hükmünü, Türk kanunları cümlesinden olan Türk kanunlar ihtilâfı kurallarını görmezlikten gelerek veya gözardı ederek hüküm kurması mümkün değildir. Böyle bir görüş doğru da değildir. Çünkü, böyle bir ifade bize emredici kurallar ile kamu düzeni kurallarını karıştırır gözük-mektedir. Oysa, her emredici kuralın altında kamu düzeni düşüncesinin yattığı söy-lenemez. Bazen genel ahlâk ve adap, bazan zayıfın korunması gibi düşünceler emredici hukuk kurallarına hakimdir.

(49) Bu sebeple, bu maddede yer alan "Hâkim Türk Kanunlar ihtilâfı kurallarını re'sen uygular." tabirinin lüzumsuzluğu da dile getirilmiştir: Bkz.Sayman :Sempozyum, s.50-51.

(50) Türk doktrini yönünden bu husus O.F.Berki'nin şu kuvvetli gerekçesiyle desteklenmiş bulunmaktaydı: "Yabancı hukukun ne vakit tatbik olunması icap ettiğini hâkim, Türk Devletler Hususi Hukuku hükümlerine dayanarak tayin ve tespit edilecektir. Yoksa, taraflar, hadiseye yabancı kanunun tatbiki icap edeceğini dermeyer etmek mecburiyetinde değildirler. O hâkimin vazifesidir... Alakâlıların, kendilerine daha uygun gelen Türk kanunlarının tatbiki hususunu temin etmek maksadıyla yabancı kanun hükmünü ispat edemediklerini beyan etmelerinin hukuki bir kıymeti yoktur. Bundan başka taraflara Türk kanunlarının uygulanmasını istiyormusunuz ? şeklinde sorulması hukuken asla tebibiz olunamaz. Burada bahis konusu olan, hangi kanunun tatbik edileceği hususunu tayin değil, uygulanacak kanun hükümlerini ispattan ibarettir. Çünkü, bir hadiseye hangi kanunun tatbik edilmesi lazım geldiği tarafların iradesine tâbi olmayıp, o hususta mevzu Türk Devletler Hususi Hukuku hükümlerine bağlı bir keyfiyettir." : Berki, O.F.: Kanun İhtilâfları, s.44.

(51) Berki, O.F.: Kanun İhtilâfları, s.44.

(52) Nömer : Yabancı Kanun, s.49.

(53) Seviğ, V.R.: Denetim, s.227; Seviğ, V.R.: Kanunlar İhtilâfı, s.207-208.

Sonuç olarak, Türk hukukunda eskiden olduğu gibi MÖHUK.'un kabulünden sonra tarafların veya ilgili tarafın yabancı bir kanunun uygulanması gerektiğini ileri sürmesine gerek yoktur. Hâkim kendi iç hukukunun bir parçası olan devletler özel hukuku kurallarını da re'sen uygulamakla görevlidir. Bu suretle hâkim yabancı unsurlu ihtilâfa uygulamak açısından yetkili olan hukuk düzenini bizzat kendisi tespit etmek durumundadır. Bu konuda, taraflar değil hâkim görevlidir. Hâkim, uygulanacak hukuk düzenini tarafların iddia ve savunmalarıyla veya belli bir hukuk düzeninin uygulanması yönünde anlaşmalarıyla (istisnasırade muhtariyeti) bağlı olmaksızın kanunlar ihtilâfı kurallarına göre tespit etmek zorundadır. Bu hususta hâkime HUMK.76.md./1 cümesi ile verilen görev, bugün için MÖHUK.'un 2.maddesi, 1. fıkrasıyla tekrar tekrar vurgulanmış bulunmaktadır(54).

b) Hukukun Diğer Kaynaklarından Elde Edilen İhtilâf Kurallarının Re'sen Uygulanması

Hangi hallerde yabancı bir hukukun uygulanacağını Devletler özel hukuku kuralları tayin eder. Ancak, devletler özel hukuku kuralları genellikle yasalarda yer almalarına rağmen, bundan yani kanunî(yasal) ihtilâf kurallarından ibaret değildir. Kanunî nitelikteki ihtilâf kurallarının yanında, milletlerarası anlaşmalarda yer alan veya içtihatla teessüs eden yada örf ve âdetten veya teamülden doğan ihtilâf kuralları da mevcuttur. Acaba, hâkim bu kuralları da re'sen nazara alıp uygulayacak mıdır?

Kanunî (yasal) nitelikteki ihtilâf kurallarının hâkim tarafından re'sen nazara alınıp uygulanacağını yukarıda açıkladık. Bu açıklamalarımız sırasında hâkimin hukuk kurallarını re'sen uygulayacağını belirtmiştik. Hernekadar HUMK.md. 76/c.1'de "Türk kanunlarının" re'sen uygulanacağına söz edilmiş isede, burada geçen "kanun" terimini hukuk kuralları olarak anlamak gerekir. Nitekim, bu hususta bir anlaşmazlık mevcut değildir(55). Bu durum karşısında, hâkim Türk hukuk kurallarını re'sen uygulayacağını, kanunî ihtilâf kurallarının yanında, hâkimin hukukun diğer kaynaklarından elde edilen ihtilâf kurallarını da re'sen uygulaması gerektiğini belirtmek gerekir. Şimdi, bu konuyu biraz daha yakından inceleyelim.

(54) Bu konuda MÖHUK.'un kabulünden sonra yayınlanan eserler için bkz.Nomer:DHH,s.191; Çelikel :MÖH,s.171; Çelikel-Nomer:Örnek Olaylar 1986,s.222; Tekinalp:MÖH,s.41-42; Kuru : HMU,C. V,s.4483-4484; Üstündağ :Kanun Yolları 1984, s.49-50 ve dn.36; Kuru-Arslan-Yılmaz :age., s.247.

MÖHUK.'un kabulünden sonra verilen Yargıtay kararlarında da aynı esas tekrarlanmıştır.Bkz.Y.2HD'nin 23.6.1983 T. ve E.1983/5550-K.1983/5697 sayılı kararı (YKD,C.X,S.1,s.46-47); Y.1HD'nin 18.4.1986 T.ve E.1986/64-K.1986/2029 sayılı kararı (YKD,C.XII,S.7,s.994-995).

(55) Kuru : HMU,C.II,s.1327 vd.; Üstündağ : MYH,s.205 vd.; Postacıoğlu :age.,s.235 vd.

aa) Milletlerarası Anlaşmada Yer Alan İhtilâf Kurallarının Re'sen Uygulanması

Milletlerarası sözleşmeler devletler özel hukukunun kaynaklarından birisidir. Gerçekten de, devletler özel hukukuna kaynaklık eden milletlerarası sözleşmeler, bazı yabancı unsurlu olay ve ilişkilerde gerek uygulanacak hukuku göstermek gerek bazı yabancı unsurlu olay ve ilişkilere bizzat maddi çözümler getiren kurallar ihtiva ederek, yabancı unsurlu ilişkilerin çözümüne yardımcı olurlar (56).

Burada söz konusu olan milletlerarası sözleşmeler, ihtilâf kuralları ihtiva eden sözleşmelerdir(57). Bu tür sözleşmeler yetkili yabancı hukukun tayini sırasında önem taşırlar(58). Hâkim kanunlar ihtilâfı kuralları yanında milletlerarası sözleşmede kabul edilmiş bulunan ihtilâf kurallarını da re'sen nazara alıp uygulamak durumundadır. Gerçekten de, yabancı unsurlu bir ihtilâfta uygulanacak hukuku gösteren kurallar, bir milletlerarası sözleşmede yer alabilirler. Sözleşmede yer alan bu hükümlerde aynen kanun gibi geçerlidir(59).

Türk hukukunda MÖHUK.'un 1.md.2.fıkrasında "Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır." denilmek suretiyle bu hususa işaret edilmiş ve öncelikle milletlerarası sözleşmelerde yer alan kurallar nazara alınmak suretiyle yetkili hukukun tayin edilmesi gerektiği kabul edilmiştir. O halde, hâkim, yabancı unsurlu bir ihtilâfta kanunda (yasada) bir ihtilâf kuralı mevcut olsa bile, milletlerarası sözleşmede yer alan ihtilâf kurallarına göre yetkili hukuku tayin etmek zorundadır. Yine, yabancı unsurlu bir ihtilâfta kanunî nitelikteki ihtilâf kuralı yoksa milletlerarası bir sözleşmede ihtilâf kuralı olup olmadığını araştırmalı ve buna göre yetkili hukuk düzenini bulmalıdır. Aynı ihtilâfa uygulamak yönünden kanunî, bir ihtilâf kuralı ile milletlerarası sözleşmede yer alan ihtilâf kuralları arasında çatışma olursa, milletlerarası sözleşmede yer alan ihtilâf kuralına göre yetkili hukuku belirlemek zorundadır. Çünkü, MÖHUK.'un 1.md.'de T.C.'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklı tutulmuştur.

bb) İçtihatla Oluşmuş İhtilâf Kurallarının Re'sen Uygulanması

Türk hukukunda içtihadî nitelikteki ihtilâf kurallarının da hâkim tarafından re'sen uygulanması gereğine bazı yazarlarca işaret edilmiştir(60).

(56) Hususta bkz. Çelikel; MÖH, s.41 vd.

(57) Maddi çözüm getiren milletlerarası sözleşmeler ise yetkili hukukun muhtevasının tespiti sırasında önem taşırlar. Bu hususta bkz. a.ş.a., s.121 vd.

(58) Örneğin; 2.10.1973 tarihli " Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Hukuk Hakkında Sözleşme " de nafaka ihtilâflarında, alacaklının mutad meskeninin bulunduğu yer hukukunun uygulanması öngörülmüştür. Türkiye bu sözleşmeye taraftır. (RG.26.8.975, S.15338).

(59) Seviğ, M.R-V.R.; DHH, s.430.

(60) Seviğ, V.R.; Denetim, s.228-229; Sivrihisarlı; agt., s.49-50; özellikle s.50 ve dn.77; ayrıca Nomer, yazılı olmayan ihtilâf kurallarının re'sen uygulanması gerektiğine denetim bakımından işaret etmektedir; Nomer; Yabancı Kanun, s.123.

V.R.Seviğ'e göre (61), hâkim içtihatla oluşmuş bulunan ihtilâf kurallarında re'sen nazara alıp uygulamak zorundadır. Zira, yazara göre, " ... kanunun uygulama hallerini, uygulama şartlarını, kanunun kapsamını tespit eden kurallar içtihat yoluyla ortaya çıkarlar ve bu kurallar o kanunun âdeta tamamlayıcı cüm'î durumundadırlar. Kanunu re'sen uygulamak demek, kanunu bu içtihattan gelme kurallarıyla birlikte uygulamak demektir (62). Bir başka deyişle " ... içtihatla teessüs eden çatışma kuralları kanunla tespit edilmiş kuralların yorumlanması yoluyla biçimlendirilir. Bir kanun maddesini re'sen uygulamak ise onu yorumlanmış olduğu biçimde re'sen uygulamak olduğuna göre, içtihatla kurulmuş olan çatışma kurallarının re'sen uygulanması zorunludur." (63).

Yazar ayrıca (64), " bir görüşe göre de HUMK.'un 76.maddesi hiç bir diğer kanun hükmüne bağlanamayan içtihadî çatışma kurallarının dayanağı olabilir" demektedir, fakat bugörüştün kaynağını belirtmemektedir.

Kanaatimizce, içtihatla oluşturulan prensiplerin hakimi bağlayıcı nitelik taşıdıkları ölçüde, hakim tarafından re'sen nazara alınması ve ona istinaden hüküm kurulması mümkündür ve hatta mecburîdir.

Türk hukukunda İçtihadî Birleştirme Kararları'nın benzer hukukî konularda mahkemeleri bağlayacağı kabul edilmiş bulunmaktadır (Yargıtay Kanunu md.45/f.V). Bu hüküm karşısında bu nitelikteki kararların bir hukuk kaynağı ve doğrusu bir hukuk kuralı sayılacağından şüphe edilemez (65). Yine, HUMK.'un md.76/c.1.'de sözü edilen " Türk Kanunları " ibaresini doğru olarak hukuk kuralları şeklinde anladığımız ve ayrıca Anayasa'ya göre (Anayasa md.138/f.I.) hâkimin hukuka uygun karar vermesi gereğini gözönünde tuttuğumuzda, hâkimin yalnızca kanunları değil, diğer hukuk kurallarını da re'sen uygulaması gerektiği sonucuna varırız ki, içtihatların da re'sen nazara alınacağı ^{bu}sonuca buna bağlı olarak ortaya çıkacaktır. Ayrıca MK.'nun l.md.si 2.fıkrasına göre, hâkimin hukuku uygularken ilmi ve kazal içtihatlardan istifade edeceği hüküm altına alındığına göre, kanunları uygularken onun anlam ve kapsamını tayinde tereddüde düşen hâkimin, bu konuda içtihatları (mahkeme kararlarını) da gözönünde tutarak hareket edebileceğinde tereddüt edilemez.

(61) Seviğ, V.R.: Denetim, s.228-229; Seviğ, V.R.: Kanunlar İhtilâfı, s.207-208.

(62) Seviğ, V.R.: Denetim, s.228-229.

(63) Seviğ, V.R.: Kanunlar İhtilâfı, s.207-208.

(64) Seviğ, V.R.: Kanunlar İhtilâfı, s.208; Seviğ V.R.: Denetim, s.229.

(65) Nitekim bu düşüncelerle Yargıtay Kanunu'nun konuya ilişkin 45.md.si 6.fıkrasında, bu nitelikteki kararların Adalet Bakanlığı tarafından gecikmeksizin tüm adliye mahkemelerine ve Cumhuriyet Savcılıklarına duyurulacağıda hüküm altına alınmıştır. Ayrıca, İçtihadî Birleştirme Kararlarını (Kanunlar gibi) Resmi Gazete'de yayımlanmaları esaslı kabul edilmiştir (Yargıtay Kanunu md.58).

Ancak, MÖHUK.'un kabulünden önceki dönemde, kanunlar ihtilâfı kurallarının ayrıntılı ve derli toplu bir düzenlemeden yoksun olması ve konuya ilişkin olarak EHVK.'ın 2 ve 4.md'leri ile diğer bazı mevzuatın münferit hükümlerinde (66) kanunlar ihtilâfı kurallarının yer alması nedeniyle, isabetli olarak üzerinde durulmuş olan bu konunun MÖHUK.'un bualanda getirdiği ve en azından şimdilik yeterli sayılabilecek yeni düzenlemekarşısında fazlaca pratik bir önemi kalmadığını söyleyebiliriz. Bu konuya temas eden yazarlar (özellikle Seviğ, V.R.) içtihatla teessüs eden ihtilâf kurallarına örnek göstermiyorlar. Bu durum karşısında, belkide MÖHUK.'dan önce bu alanda mevcut dağınık ve yetersiz bir görünüm arz eden düzenleme zamanında, içtihatla oluşturulmuş ihtilâf kurallarıⁿⁱⁿ yeni kanunla yasalaştığı tahmininde bulunabiliriz. MÖHUK.'un devletler özel hukuku alanında getirdiği düzenleme (67) henüz çok yenidir. En azından şimdilik yeterli sayılabilir. Ancak, zamanla hayat ilişkilerinin hukuku zorlaması sonucu kamunf ihtilâf kurallarının (MÖHUK.md.8 vd.) yetersiz kalmasınedeniyle bu alanda boşluk varolduğu neticesine varılması oranında, içtihatlarla oluşacak ihtilâf kurallarının da re'sen nazara alınması gerektiğini söyleyebiliriz.

co) Teşmülî Nitelikteki İhtilâf Kurallarınının Re'sen Uygulaması

Hangi halde biryabancı hukukun uygulanacağını devletler özel hukuku tayin eder. Devletler bu durumunazara alarak kurallar çıkarırlar. Ancak, hâkim karunda yazılı olmayan teşmülî nitelikteki ihtilâf kurallarını nazara alarak yetkili hukuku tayin edebilir(68). Nomer'de (69), genel olarak yargıcın yazılı olmayan ihtilâf kurallarını nazara alıp almadığı hususunda temyiz kontrolüne tâbi olduğunu belirtmek suretiyle bugünkü paylaşmaktadır.

Gerçekten de bugün hâkim yetkili hukuku tayin ederken, kendi devletler özel hukuku kurallarından hareket ettiğine göre (70) ürf ve âdet kuralı veya teşmülî nitelik taşıyan kuralları da uygulamak durumundadır. Çünkü, bu nitelikteki kurallar kendilerine uyulmaları konusunda hukukî bir mecburiyet hasıl olacak seviyeye gelmiş olmaları halidde (71), hukuk kuralı niteliğini kazanmış olmalarından Türk hukukun birparçası sayılırlar. Bu sebeple, hâkim tarafından

(66) Örneğin; TTK.md.117/b.3, 678, 687, 690, 730/b.2, 866/2, 1951 tarihli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu md.88, HUKK.md.76, 296, Ecnebi Anonim ve Sermayesi Eshama Mükasim Şirketler Hakkında 1330 tarihli Kanunu Muvakkat md.10. (Seviğ, V.R.: Denetim, s.229; Tekinalp, G.: Türk "Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Tasarısı" İÜHEM, 1978, C.XLIV, S.1-2, (MÖHUK. Tasarısı), s.93).

(67) Bu konuda yapılan değerlendirmeler için bkz. Tekinalp : MÖHUK. Tasarısı, s.91. vd; Tekinalp : MÖH, s.10 vd; Tuluay : agm., s.22 vd; Seviğ, V.R.: "Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun ve Atıf. Önsorun. Niteleme Sorunları Açısından Hakkın Korunması Amacı", MHB, 1982, Y.2, S.1-2, s.14 vd.

(68) Seviğ, M.R.-V.R.: DHH, s.430; Seviğ, M.R.: Sentez, s.25.

(69) Nomer : Yabancı Kanun, s.123; ayrıca Sivrihisarlı: agt., s.49-50 ve dn.77.

(70) Aksi fikir. Sayman: Sempozyum, s.50-51.

(71) Ürf ve âdet kurallarının nitelik ve unsurları hakkında bkz. Edis, S.: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1979, s.80 vd.

diğer hukuk kuralları gibi re'sen nazara alınıp uygulamaları gerekir. Zira, örf ve âdet kuralları uyulmaları zorunlu oldukları yolunda (hukukî unsur) genel bir inanışın doğması durumunda hukuk kuralı sayılacaklarından, hâkimce re'sen nazara alınıp uygulaması şartıcı bir olay değildir.

Sonuç olarak, hâkim yalnız kanunî (yasal) ihtilâf kurallarını değil, milletlerarası sözleşmede yer alan ihtilâf kurallarını eğer mevcut ise içtihadî nitelikteki ihtilâf kurallarını ve örf ve âdet veya teamülî nitelikteki ihtilâf kurallarını re'sen uygulayarak yetkili kanunu bulacaktır. " Demek oluyor ki, eenebi kanunun tatbiki lazım gelen haller, kanunla, örf ve âdetle, anlaşma ile ve eksik olan hükümler için de Devletler Hususî Hukuku kaideleriyle taayyün eder... Yargıç kanunda derpiş edilmemiş olan haller için teamülde bulunmadığı takdirde Devletler Hususî Hukukundan istiane eder. Yani Devletler Hususî Hukuku prensiblerine bakarak hangi devlet kanununun tatbiki lazım geleceğini tayin eder."(72).

e) İstisnaî İrade Muhtariyeti İlkesi

Hâkim kanunlar ihtilâfî kurallarını re'sen uygulamak suretiyle yetkili hukuku tayin eder. Ancak, " kanunlar ihtilâfî kaidelerinin tarafların iradesine itibar ettiği konularda tatbiki gerekli hukukun taraflarca veya ilgili tarafça söz konusu edilmesi zaruri olabilir. Bu özellikle akit statüsü alanında ortaya çıkabilir. "(73).

Demek ki, hâkimin kanunlar ihtilâfî kurallarını uygulayarak, uygulanacak hukuk düzenini re'sen tespit etmesi kuralının bir istisnası vardır. Bu ise, sözleşmeler alanında taraflara tanınan hukuk seçimi (irade muhtariyeti) imkânından kaynaklanmaktadır. Gerçekten de taraflar aralarında mevcut ve yabancı unsur taşıyan bir sözleşmeye belirli bir hukukun uygulanmasını kararlaştırmışlarsa, bu hususta hâkimi bilgi sahibi kılmazlarsa, hâkim kanunlar ihtilâfî kurallarını uygulayarak (MÖHUK.md.24/II.) hukuk seçimi yapılmamış gibi yetkili hukuku tayin ve tespit edecektir(74)

Genel olarak irade muhtariyeti, tarafların aralarındaki ilişkiye uygulanacak kuralları kendilerinin tayin ve tespit etmesidir. Ancak, burada söz konusu olan irade muhtariyeti, içmaddi hukukta ki irade muhtariyetinden farklıdır. Devletler özel hukukunda irade muhtariyeti (75), yabancı unsurlu olay ve ilişkilerde

(72) Seviğ, M.R.-V.R.: DHH, s.430; Seviğ, M.R.: Sentez, s.25.

(73) Nömer : Yabancı Kanun, s.49; Nömer: DHH, s.195.

(74) Nömer : DHH, s.195; Çelikel-Nömer: Örnek Olaylar 1986, s.178.

(75) Bu hususta bkz. Berki, O.F.: DHH, C.II, s.304 vd; Seviğ, M.R.-V.R.: DHH, s.376-377; Seviğ, V.R.-M.R.: Kanunlar İhtilâfı, s.128; Nömer: DHH, s.312 vd. ; Çelikel; MÖH, s.64-65; Göger : DHH, s.303 vd. Tekinalp : MÖH, s.263 vd. Belgesay : age., s.81 vd; İleri : age., s.207 vd; Metya : Hâkimlerin Vazifeleri, s.8; Tekinalp, G.: "Akadî İlişkilerde Uygulanacak Hukuk-MÖHUK, m.24 ve Eimni Hukuk Seçimi ", MHB, 1985 Y.5, S.1 (Bülten), s.28 vd.

(genellikle sözleşmeler alanında) tarafların aralarındaki ilişkiyi tamamlayıcı ve emredici hükümleriyle birlikte seçtikleri hukukun hakimiyetine bırakmalarıdır. (76). Yabancı unsurlu olay ve ilişkilerde bu kural mutlaktır. Yani hem emredici hemde tamamlayıcı hükümlere şamildir(77). Oysa, iç maddi hukuktaki irade muhtariyeti mutlak değildir, tarafların iradeleri sadece tamamlayıcı (ihtiyari) hükümlere taallük edebilir(78).

Yabancı unsurlu olay ve ilişkilerde taraf iradelerine uygulanacak hukuku belirleme imkânının tanınması, yani irade muhtariyeti (autonomi) ilkesinin kabulü, hukuk seçimi ilkesinin kabulü anlamına gelir. Bu suretle taraflar kendi özeldenfaatlerini en iyi şekilde sağlayacağını düşündükleri ve önceden bilebilecekleri bir hukukun aralarındaki ilişkiye uygulanmasını sağlarlar(79).

Sağladığı faydalar yönünden irade muhtariyeti prensibi, genelleşmiş olarak bir çok hukuklarda bazı istisnalarla eskiden beri kabul edilmiş bulunmaktadır(80). Bu gün bütün modern milletlerarası özel hukuk sistemlerinde bu imkân taraflara yasa ile tanınmış bulunmaktadır(81). Hukuk seçimi açıkça yapılmış olabileceği gibi zımni hatta farazi olarak dayandırılabilir(82).

Türk hukukunda da MÖHUK.md.24/f.I.'de " sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri kanuna tabidir. "denilmek suretiyle irade muhtariyeti ilkesine yer verilmiştir(83). Bu maddeden de anlaşılacağı gibi, Türk hukukunda bu prensip sadece sözleşmeler (akitler) bakımından kabul edilmiştir. Ayrıca, bizim hukukumuzda taraflara zımni hukuk seçimi yetkisi tanınmamıştır(84). Taraflar açık olarak belli bir kanunu seçtiklerini sözleşmede belirtebilecekleri gibi, mahkeme önünde de aralarındaki sözleşmeye bu veya şu kanunun uygulanmasını birlikte talep edebilirler(85). Bunun dışında, iradenin açık olmadığı hallerde hâkim başka bazı emarelerden hareketle böyle bir sonuca varamaz(86). Zira, MÖHUK.md.24/f.I.'de "açık olarak" ibaresi yer almaktadır.

(76) Tekinalp : Bülten, s.28.

(77) Metya : Hâkimlerin Vazifeleri, s.8.

(78) Metya : Hâkimlerin Vazifeleri, s.8; Tekinalp;MÖH,s.264.

(79) Tekinalp;Bülten, s.28.

(80) Çelikel: MÖH,s.64.

(81) Tekinalp: Bülten, s.28.

(82) Bu hususta bkz. Tekinalp: Bülten,s.vd; Tekinalp: MÖH,s.268 vd; Nomer:DHH,s.314 vd.

(83) İrade muhtariyeti ilkesi, MÖHUK.'un kabulünden önce de doktrin ve tatbikatta kabul edilmekteydi.

Doktrin için bkz. yuk.s.67, dn75 de anılan eser ve yazarlar.

"Devletler Hukusî Hukukundaki irade özerkliği (muhtariyeti) ilkesi Türk Hukukunda da kural olarak benimsenmiştir". :Y.11HD.nin 5.4.1979 T.ve E.1979/1512-K.1979/1798 sayılı kararı(YKD,C.VII,S.1,s.57 vd.).

(84) Zımni hukuk seçimi daha önce doktrin ve tatbikatta mümkün görülürken MÖHUK.md.24/1 I ile hukuk seçiminin açık olması gerektiği kabul edilmiştir;Tekinalp;MÖH,s.273; Nomer:DHH,s.314; Çelikel;MÖH,s.65.

(85) Tekinalp;MÖH,s.267.

(86) Karş.Çelikel-Nomer:Örnek Olaylar 1986,s.177.

Türk hukukunda taraflara tanınan hukuk seçimi yetkisi sadece sözleşmeler alanında geçerli olup, ayrıca seçiminde açıkça yapılmış olması veya mahkeme önünde açıkça yapılması gerekir. Bunun dışında hâkim yabancı unsur ve ilişkilerde kanunlar ihtilâfı kurallarını uygulayarak yetkili hukuku tayin eder. Taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuku açıkça belirlemişlerse, bu hukuk uygulanır. Ancak, bu hukukun uygulanabilmesi, tarafların seçilen bu hukuka, kanuna dayanmalarına; bu hukukun uygulanacağını söz konusu etmelerine bağlıdır. Aksi halde, hâkim taraflar arasında bir hukuk seçimi yapıp yapılmadığını bilemeyeceğinden kanunlar ihtilâfı kurallarını uygulayarak (MÖHUK.md.24/f.II'ye göre) yetkili hukuku kendisi tayin eder(87).

B₁ istisna dışında, tarafların yabancı unsurlu bir ilişkide uygulanacak hukuka dayanmalarına, onu söz konusu etmelerine gerek olmadığı gibi, şu veya bu hukukun tatbikini istemeleri veya istememeleri veyahutta Türk hukukunun uygulanmasında anlaşmaya varmaları (88) önemli değildir (89). Hâkim, uygulanacak hukuku kanunlar ihtilâfı kurallarını re'sen uyg ulayarak tayin ve tespit eder.

2. Bağlama Noktalarının Araştırılması

Kanunlar ihtilâfı kuralları yabancı unsurlu bir olay ve ilişkide uygulanacak hukuku gösteren kurallardır. Hâkim yabancı unsur taşıyan bir ihtilâfta uygulanacak hukuku gösteren ilgili kanunlar ihtilâfı kuralını, ilişkiyi vasıflandırmak suretiyle kendisi bizzat tayin ve tespit eder. İlgili ihtilâf kuralı . bu suretle tespit ve tayin edildikten sonra o ihtilâf kuralında ilişkiyi belirli bir hukuk düzenine bağlayan unsur tespit edilmek lazım gelir ki, ilişkiye uygulanacak hukuk düzeni belirlenebilsin. Bağlama noktası adı verilen bu unsur, ilişkiye uygulanacak yetkili hukuk düzenini gösterecektir. Hemen belirtelim ki, bağlama noktaları mutlaka yabancı bir hukukun uygulanmasını temin etmezler; millî hukuku da kabil-i tatbik hale getirebilirler. B₁ sebeple, ilişkiye uygulanacak hukukun hangisi olduğunu bulabilmek için bağlama noktasının gerçekleşip gerçekleşmediğinin, eğer gerçekleşmiş ise, hangi hukuk düzeninde gerçekleştiğinin tespiti gerekir.

Bağlama noktaları bir takım vakıalara dayanırlar. B₁ yüzden bağlama noktalarının tespiti için bu vakıaların tespiti gerekecektir. Ancak, burdan sonra ilişkiye uygulanacak hukuk düzeni bulunabilir. Acaba bu vakıaları kim tesbit edecektir? Burada üzerinde durulacak husus kanunlar ihtilâfı kurallarını re'sen uygulamakla görevli olan hâkimin bu vakıaları da re'sen tespit etmek zorunda olup olmadığıdır(90). Bağlama noktaları da hâkim tarafından re'sen tespit edilecekse

(87) Nomer: Yabancı Kanun, s.49; Nomer :DHH,s.195; Çelikel-Nomer:Örnek Olaylar 1986, s.178.

(88) Y.ZHD.'nin 11.5.1967 tarihli kararı (YAZICI-ATASOY:ag86,s.242,no:349).

(89) Nomer:Yabancı Kanun,s.50; Nomer:DHH,s.195.

(90) Aynı manada Nomer:Yabancı Kanun, s.50; Nomer:DHH,s.195-196.

bunların ilgili taraf veya taraflarca ileri sürülmesi ve ispatlanmasına gerek olmayacaktır. Eğer hâkim bizzat tespit edemeyecekse, veya etmek zorunda değilse, bunların ilgili taraf veya ilgili taraflarca ileri sürülüp ispatlanması gerekecektir(91). Demek ki, sorun bağlamanoktalarının kim tarafından (hâkim mi? yoksa taraflarca mı?) araştırılıp tespit edileceği noktasında toplanmaktadır.

Konuyu önce doktrin ve tatbikat açısından inceledikten sonra bir sonuca varmak yerinde olur kanısındayız.

a) Doktrin

Türk doktrininde durum Nomer tarafından ayrıntılı bir şekilde incelenmiş bulunmaktadır.

Nomer, bağlamanoktalarının araştırılması yönünden yargılamaya hakim olan prensiplere göre bir değerlendirme yaparak sonuca ulaşmaya çalışmaktadır(92). Yazar, Türk Usul Hukukunda HUMK.md.75 ile vakıaların tespiti yönünden kural olarak taraflarca hazırlama ilkesinin kabul edildiğini belirttik (93), buradan hareketle yani, ilgili vakıaların taraflarca dermeyan edilmesi mecburiyeti ve hâkimin taraflarca ileri sürülmemeyen vakıaları re'sen nazara alamayacağı gibi onları hatırlatabilecek hallerde dahi bulunamayacağından (HUMK.md.75/f.I) bahisle, yabancı bir hukukun tatbikinin söz konusu olduğu ihtilâflarda, yabancı hukukun tatbikini temin edebilecek bağlama noktalarının da ilgili tarafça iddia edilip delillendirilmesi, gerektiğini ileri sürmektedir(94). Bu sebeple, bağlama noktasını oluşturan vakıaların gerçekleşip gerçekleşmediğinin bilinmesine ihtiyaç varsa, bunların ispatı gerekir ve ispat yükü yabancı hukukun uygulanmasında menfaati olantarıfa aittir(95). Bu hususta, tarafların tasarrufuna tâbi olan bir davada hâkimin re'sen tespit mükellesi yoktur(96).

Yazar, bu konuda HUMK.md.75/f.II'de sözü edilen hakimin "müphem ve mütenakız" gördüğü hususlarda taraflardan izahat isteyebilme ve iddia ve savunmaları dahilinde tarafları dinleme ve lazım olan delilleri ibraz ve ikame etmelerini isteyebilme yetkisinin (HUMK.md.75/f.III) fazlaca önemsenmemesi gerektiğini; zira, hakimin bu yetki ve görevinin ilgili vakıaların taraflarca ihtilâf dışına çıkarılmasıyla son bulacağını (tarafların tasarrufuna tâbi davalar yönünden) belirtmektedir(97).

(91) Nomer : Yabancı Kanun, s. 50-51; Nomer: DHH, s. 196.

(92) Nomer : Yabancı Kanun, s. 50-54.

(93) Türk hukukunda kural bu olmakla beraber, çekişmeli yargıda istisnaen bu prensip uygulanmaz. Başlıca, dava konusu üzerindeki tarafların serbestçe tasarrufunun söz konusu olmadığı (boşama, ayrılık, evlenme butlanı, babalık gibi) davalarda tarafların yanında hakime de vakıaların araştırılmasında ve tespitinde görev düşer; Kuruluş HUKU, C. II, s. 1324.

(94) Nomer : Yabancı Kanun, s. 51-52; Nomer: DHH, s. 196.

(95) Nomer : DHH, s. 196.

(96) Nomer : Yabancı Kanun, s. 53.

(97) Nomer : Yabancı Kanun, s. 52-53.

Sonuç olarak yazar, " ... tarafların aralarında ittifak ederek ihtilâf dışına çıkardıkları bir bağlama noktasının gerçekte varit olmadığını bilse bile, hâkim için yapılabilecek birşey kalmadığını..." (98), "... Bu sebeple, usul hukuku sistemimizde tarafların bağlama noktalarını iddia ve ihtilâf konusu haricinde bırakarak kanunlar ihtilâfı kaidelerini bertaraf edebilmelerinin de mümkün olduğunu " (99) bildirmektedir.

Tarafların tasarrufuna tâbi olmayan davalarda ise yazar, butür ihtilâflarda tarafların yanında hakimede vakıaların araştırılması yönünden görev düştüğünden bağlama noktalarının hâkimce re'sen araştırılmasının hatalı olmayacağını kabul etmektedir(100).

b) Mahkeme İçtihatları

Türk mahkeme tatbikatında bu soruna açıkça (ismen) değinen bir karara tesadüf edilmemekle birlikte, Yargıtay'ın 24.12.1963 tarihli (101) kararına işaret edilmektedir(102). Bu kararda;

" Tarafların tabiiyetleri ve aralarındaki nikâh akdinin mevcudiyeti ve şekli usulen tespit edildikten sonra yukarıda yazılı esaslar da gözönünde tutulmak suretiyle işin neticelendirilmesi icap ederken, hem Arnavut tabaası olduklarını kabul hemde Medeni Kanunumuza göre hüküm tesisi yolsuz olduğundan hükmün bu sebeple bozulmasına..."

denilmek suretiyle, bağlama noktasını oluşturan vakıanın (vatandaşlık ve evlilik) hakimce re'sen araştırılması istemiştir(103).

c) Görüşümüz

Kanaatimizce, bağlama noktalarının araştırılmasında hâkim veya taraflara düşen görevi belirlemek öncelikle "bağlama noktası" kavramının anlamını belirlemeye ve ihtilâf kuralındaki konumunu açıklığa kavuşturmaya bağlı bir husustur. Bu sebeple öncelikle bağlama noktasının anlamı ve ihtilâf kuralındaki konumu üzerinde durmayı gerekli görüyoruz.

aa) Bağlama Noktasının Anlamı

Yabancı unsurlu olay ve ilişkilerde uygulanacak hukuku gösteren kanunlar ihtilâfı kuralları, uygulanacak hukuk düzenini göstermek işlevini bağlama noktaları aracılığıyla yerine getirirler. Bu suretle bağlama konusunun kapsamına

(98) Nomer : Yabancı Kanun, s.53.

(99) Nomer : Yabancı Kanun, s.52.

(100) Nomer : DHH, s.196.

(101) Y.ZHD.nin 24.12.1963 T.ve E.687/K.7191 sayılı kararı (TKİD, C.IV, S.39, s.2814-2815)

(102) Nomer : Yabancı Kanun, s.52 dn.127.

(103) Ancak, bu kararda dava konusunun boşarma olması nedeniyle (tarafların tasarrufuna tâbi olmayan dava) bağlama noktasının re'sen araştırılmasının hatalı olmayacağı belirtilmiştir; Nomer: Yabancı Kanun, s.52 dn.127.

giren yabancı unsurlu olay veya ilişki belirli bir hukuk düzenine bağlanır(104).

Bağlama konusu, soyut kavramlarla belirlenen genel kategoriler çerçevesinde belirli hukukî ilişki, hukukî işlem tiplerine veya hukukî sorun kategorilerine işaret eder; bunlar kanunlar ihtilâfı kurallarının düzenlemeyi amaç edindikleri ilişki ve işlemlerdir. Örneğin; ehliyet, şekil, miras, haksız fiil, evlenme, boşanma vb. gibi(105).

Bağlama noktası(unsuru) ise(106), bağlama konusuna giren hususun(örneğin miras) belirli bir hukukî düzenleyle olan karakteristik irtibatına işaret eden hukukî bir kavramdır. Bağlama noktası maddi bir vakiya dayanabileceği gibi (örneğin zararın meydana geldiği yer, eşyanın bulunduğu yer, fiilin yapıldığı yer gibi) hukukî bir duruma da (örneğin tâbiyet, ifa yeri gibi) istinat edebilir(107).

Kanunlar ihtilâfı kuralları (108) ile bağlama konusuna giren kategori (miras), bağlama noktası aracılığıyla belirli bir hukuk düzenine bağlanır(109).

bb) Bağlama Noktasının İhtilâf Kurallarındaki Konumu (Yeri)

Yukarıdaki izahattan da anlaşılacağı gibi, bağlama konusu ve bağlama noktası kanunlar ihtilâfı kurallarının (veya bağlama kurallarını) yapısal unsurlarıdır(110).

Bir hukuk kuralı ele alındığında, başlıca üç unsurdan oluştuğu görülür: Bunlardan şart unsuru, hukuk kuralının uygulanma şartlarını gösterir. Buna tipiklik de diyebiliriz. Diğer unsur sonuç (hüküm) unsurudur; ve bu kuralda öngörülen hukukî sonucu gösterir. Üçüncü unsur ise, emir unsurudur.

Kanunlar ihtilâfı kuralları da bu unsurlardan oluşur. Örneğin; MÖHUK.md.8/f.I'de yer alan "hak ve fiil ehliyeti ilgilinin milli hukukuna tabidir" kuralı bir kanunlar ihtilâfı kuralıdır.

Kanunlar ihtilâfı kurallarında normal hukuk kuralının şart unsuruna, tipiklik kısmına bağlama konusu, sonuç kısmına ise bağlama noktası tekabül eder. Burada emir, öncelikle hâkime yönelmiş bir emirdir. Bu yabancı unsurlu bir ihtilâfta yetkili hukukun kanunlar ihtilâfı kuralları uygulanarak tespit edilmesi emridir.

(104) Nomer :DHH, s.95-96; Çelikel : MÖH, s.61; Tekinalp :MÖH, s.19.

(105) Nomer :DHH, s.103; Çelikel :MÖH, s.78; Tekinalp:MÖH, s.19.

(106) Doktrinde bağlama noktası yerine bağlama etkeni (Seviğ, V.R.: Kanunlar İhtilâfı, s.147), bağlama sebebi (Göğür :DHH, s.129), bağlama noktası, bağlama unsuru, bağlama vakıaları, bağlama kavramları (Nomer:DHH, s.111-112) gibi kavramlarda kullanılmaktadır.

(107) Seviğ, V.R.: Kanunlar İhtilâfı, s.147.

(108) Yeri gelmişken belirtelim ki, kanunlar ihtilâfı kuralları yerine, bağlama kuralları terimi de kullanılabilir. Ancak, kanunlar ihtilâfı kuralları, bağlama kurallarında içine alan daha geniş bir kavramdır; Göğür :DHH, s.3.

(109) Bağlama noktası ve bağlama konusu kavramları ve bunların doğurduğu sorunlar açısından bkz. Nomer:DHH, s.102 vd; Çelikel :MÖH, s.61vd; Tekinalp:MÖH, s.19 vd; Seviğ, V.R.: Kanunlar İhtilâfı, s.147 vd.

(110) Nomer :DHH, s.95,102; Çelikel: MÖH, s.61; Tekinalp :MÖH, s.19-20.

Görüldüğü üzere, bağlama noktaları kanunlar ihtilâfı kurallarının yapısal unsurlarıdır. Tabiatıyla da bu kuralların uygulanmasında işlevleri vardır.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, bağlama noktaları bir takım vakıalara dayanabilir. Bunlar maddi vakıalar olabileceği gibi, hukuki kavramlarda olabilir. İşte burada sorun, bu vakıaların nasıl tespit edileceğimeselesidir. Ancak, bu vakıaları, bir ilişki veya olayı yabancı unsurlu ilişki haline sokan vakılardan ayırd etmek gerekir. Bu aşamada, kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanması söz konusu olduğuna göre ilişki yabancı unsurludur. Yani, bir olay ve ilişkinin yabancı unsur taşıdığı belirlenmiş, tespit edilmiştir ki, kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanması söz konusu olmaktadır.

Bu itibarla, Nomer'in (111) bağlama noktasının dayandığı vakıaları "kanunlar ihtilâfı Kurallarının re'sen nazara alınmasını hukuken temin eden vakıalar" olarak vasıflandırması (112), kanımızca bir anlaşamamaya yol açmaktadır. Eğer burada bahsedilen vakıalar, bizâtihi bağlama noktası olarak tespit edilen vakıalar ise, bunlar bu şekilde vasıflandırılmak suretiyle neifade edilmek isteniyor? Bundan maksat kanunlar ihtilâfı kurallarının hukuken uygulanması gereğini doğuran hususa atıf yapmak ise, bu takdirde "yabancı unsurun" varlığı hususudur ve bu ayrı bir husustur.

cc) Sonuç: Bağlama Noktaları/Hâkim Tarafından Re'sen Araştırılması Gerekir

Bağlama noktasının anlamı ve ihtilâf kuralındaki konumunu göz önünde tutulduğunda, kanaatimizce bağlama noktasının hâkim tarafından re'sen araştırılıp tespit edilmesi gerekir.

Daha önce belirttiğimiz gibi doktrinde Nomer tarafından incelenmiş olan ve bağlama noktalarının taraflarca ileri sürülüp isbat edilmesi yolundaki anlayış, görünüşte akli bir izâhı geliştirmesine rağmen, kanaatimizce devletler özel hukukunun gerek ve amaçlarına uygun düşmediği gibi, bağlama noktalarının ihtilâf kurallarındaki konumu düşünüldüğünde teknik açıdan da isabetli sayılamaz.

Bağlama noktaları, kanunlar ihtilâfı kurallarının yapısal unsurlarıdır. Tabiatıyla bu kuralların uygulanmasında işlevleri vardır. Ancak hemen belirtelim ki; bağlama noktaları ihtilâf kurallarının kapsamını gösteren (kategori, kanuni olay, tipiklik) ve uygulanma şartlarını belirleyen bir unsur değildir (113); bağlama noktası ihtilâf kurallarının uygulanmasının tamamlayıcısı olan unsurdur. Bir başka açıdan, bağlama noktası normal hukuk kuralının yapısal unsurlarından "hüküm" veya "hukuki sonuç" kısmına ihtilâf kuralında tekabül eden unsurdur. Burada bir

(111) Nomer :DHH, s.195-196; Nomer: Yabancı Kanun, s.50-51.

(112) Nomer :DHH, s.195-196.

(113) Bu işlevi bağlama konusu görür. Bkz.yuk.s.72 vd.

hükümün uygulanması söz konusudur, yani maddi unsur sorunu, bir başkadeyiyle vakıaların tespiti, bir hukuk kuralının uygulanmasına takaddüm eder, vakıaların tespit ve değerlendirilmesi bitmiştir ki, tamamlanmıştır ki; atılma tekammül etmiş, yani somut olay bir hukuk kuralına atılmış ve sıra hukuki sonucun tayinine gelmiştir. Bu bizâtihi ihtilâf kuralının "uygulanması"dır. Söz konusu uygulama ise, HUMK.md.76 ve MÖHUK.md.2 uyarınca hâkime "re'sen" yerine getirmesi emriyle birlikte mevcut bir görevdir. Hâkim, ileri sürüldüğü gibi buradaki insiyatifi taraflara bırakırsa, söz konusu maddelerde (Örneğin, MÖHUK.md.2'de) tasrih edilmiş görevini yerine getirmekten istinkaf ediyor addedilebilir. Bu sebeple, aslında bağlama noktalarının araştırılıp tespit edilmesi, bir başka ifadeyle, bağlama noktasının somut olayda (tabiatıyla yabancı unsurlu) nerede (hangi hukuk nizamında) tecessüm ettiğinin (ve dolayısıyla yetkili hukukun) tespiti, bizâtihi kanunlar ihtilâfı kuralının uygulanmasından başka bir şey değildir. Bunu yapmak ise, hâkime ait bir görevdir, bu görevin hem yasa hemde teknik açıdan taraflara yüklenebilmesi mümkün değildir.

Hâkim önüne gelen bir ihtilâfta, tarafların önüne getirmiş olduğu dava malzemesini (iddia ve savunma sebepleri ve delillerini) vasıflandırır. Bunu belli hukuksal kategoriler içine sokar. İlişki yabancı unsurlu ise, buna uygun düşen ihtilâf kuralını kendisi re'sen bulur. Bulduğu bu kuralı uygulamak zorundadır. Yani kuralda öngörülen "hukuki sonucu" belirtmelidir. Çünkü, ilişki yabancı unsur taşımakla ve ilgili ihtilâf kuralının bağlama konusuna girmekle (vasıflandırma sonucu), kuralın uygulama şartları gerçekleşmiş demektir. Zira, bu tür aşamalar bitmiştir ki, ilgili ihtilâf kuralının uygulanmasından söz edilmektedir. Somut olaya ilgili ihtilâf kuralı atılınca, bu kural da gösterilen ve bağlama noktasını oluşturan hukuki sonucun taraflarca değil hâkimce re'sen tespit ve tayin edileceğinde tereddüt olmamak gerekir. Bu durumu, tarafların iddia ve ispatına terketmek, hâkimi ilgili ihtilâf kuralını, yani somut olaya uygulanması uygun düşen ihtilâf kuralını sadece re'sen tespit ile görevli, kılıp uygulanmasını ise tarafların insiyatifine bırakmak olurdu. Oysa, hâkim, ilgili ihtilâf kuralını bulmuş olmak için değil, bizâtihi uygulamak ve hukuki sonuca hükmetmek için re'sen bulmaktadır.

Bundan başka, bağlama noktasının araştırılması sorununun usul hukukunda hakim olan prensiplere göre cevaplandırılması (114) doğru değildir. Kısacası, burada iç usul hukukunun esaslarına göre bir sonuca varmaya çalışmak hatalıdır. Zira, önlümüzde her şeyden evvel yabancı unsurlu bir ihtilâf söz konusudur. Yani devletler özel hukukunun uygulama alanına giren, tek bir hukuk düzenine ait ilişki ve olaydan farklı olarak, birden çok hukuk düzeni ile temas halinde bulunan bir ihtilâf söz

(114) Nomer :DHH,s.196; Nomer :Yabancı Kanun, s.51 vd.

konusudur. Bu sebeple iç usul hukukunun esasları ve umdeleri devletler özel hukukuna ait, yani milletlerarası unsurlu ihtilâfların halli söz konusu olduğunda (milletlerarası unsurlu ihtilâfların tâbi olacağı hukukî düzenleme söz konusu olduğunda) aynen veya hatta kıyas yoluyla daima uygulamayabilir. Devletler özel hukuku bağımsız bir alan olmakla, kendi şart ve gereklerine, kendi esas ve umdelerini tâbi tutulmalıdır.

Bu sebeple konuya yargılamaya hakim olan prensibler açısından bakılamayacağı kanaatindeyiz. Bu prensibler yabancı unsur taşımayan ve tek bir hukuk düzenine ait ilişkiler açısından düşünülmüştür. Öyleki, bizim tarafların tasarrufuna tâbi tutmadığımız bir ihtilâf, başkibir hukuk sisteminde tamamen tarafların insiyatifine terk dilmış olabilir, veya bunun tersi varit olabilir. Şimdi yabancı bir unsurlu ilişki birden ziyade hukuk sistemi ile ilişki içinde olduğuna göre, ilişki içine giren hukukların bu konudaki kabulleri farklı ise, hangi ölçü nazara alınacaktır?

Ayrıca bağlama noktasını teşkil eden vakıaların hâkimce re'sen tespit edilip, bunların ilgili tarafça iddia ve ispat edilmesi gerektiğinin kabulü halinde, bağlama noktaları tarafların insiyatifine bırakılmış olacaktır. Bu ise nihaf tahlilinde kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanmasının tarafın (veya tarafların) insiyatifine bırakılmasına müncer olur ki; bu durum HUMK.md.76 ve MÖHUK.md.2/I.karşısındaki hukuken asla kabul edilemez(115).

Bağlama noktalarının teşkil eden vakıaların tarafların iddia ve ispatına terk edilmesihisinde kanunlar ihtilâfı kurallarının bertaraf edilmelerine ve böylece tarafların tatbiki gerekli hukuk ve dolayısıyla yabancı hukuk üzerinde tasarruf edebilmelerine imkân verilmiş olacaktır. Kanımızca buna izin vermemek gerekir. Çünkü bu takdirde ihlâl edilen, gözardı edilen, milletlerarası bir unsurlu ihtilâf kategorisine gerektiğinde "yabancı hukukun"(hatta(x) yabancı hukukunun) uygulanmasının daha âdil (Devletler özel hukuku adaletinin icaplarına göre) olacağı noktaî nazarından hareket ederek (veya özye farzederek) y.hukukun uygulanmasını emreden kanun koyucunun iradesi olacaktır.

Tüm bu sebeplerle, kanunlar ihtilâfı kurallarının bir yapısal unsuru olan bağlamanoktalarının ve bunların dayandığı hukukî veya maddi vakıaların hâkimce re'sen araştırılıp tespit edilmesi gerektiği görüşünü taşımaktayız.(116). Bir başka ifadeyle, kanunlar ihtilâfı kurallarının re'sen uygulanması (MÖHUK.md.2) demek; bu kuraldayer alan hukukî sonuca hakimın re'sen hükmetmesi ve somut olayda bağlama noktasının hangi hukuk düzeninde gerçekleştiğini saptayarak yetkili hukuku re'sen bulması anlamını taşır.

(115) Karş. Nomeri:Yabancı Kanun,s.53.

(116) Aksi fikri: Nomeri:Yabancı Kanun, s.53-53;Nomeri:DHH,s.196.

D. YETKİLİ HUKUKUN TESPİTİNDE (TAYİNİNDE) BAĞLAMA NOKTASI AÇISINDAN ÇIKABİLECEK BAZI SORUNLAR

Hâkim, kanunlar ihtilâfı kurallarına göre yetkili hukuku tayin ederken bağlama noktasının kullanmış olduğu vakıalar yüzünden bazı tereddütlerle karşılaşılır.

Bu özellikle yetkili hukukun vatandaşlık (daha doğrusu tâbiyet) bağlama noktasına göre tespit edileceği durumlarda ortaya çıkabilir.

İhtilâf kuralında yetkili hukuk millî hukuk esasına göre tayin edilecekse, öncelikle hâkim yetkilimillî hukuku bulmaya yarayacak tâbiyet bağıni tespit etmek zorundadır. Ancak, ilgili taraf ve tarafların tâbiyetinin bulunmaması örneğin; vatansız (yada mülteci) olması durumunda ne olacaktır? yada, yapılan inceleme sonucunda ilgili tarafın birden ziyade vatandaşlık taşıması durumunda hâkim hangi vatandaşlığa göre yetkili hukuk düzenini tespit edecektir?

Hemen belirtelimki, bu gibi tereddütlerle karşılaşan hâkim, bağlama noktasının tespit edilemediği veya tam tespit edilemediği gerekçesiyle kendi hukukuna döriip, ihtilâfa kendi hukukunu uygulayamaz(117). Zira, hâkimin yetkili hukuk düzenini bulmaya yarayan bir bağlama noktasını behemahal tespit etmek mecburiyeti vardır(118).

Konuyu ikiye ayırarak incelemekte fayda görüyoruz.

1. Birincil Bağlama Noktasının Tespit Edilememesi ve İkincil Bağlama

Yabancı unsurlu olay ve ilişkiler de, kanunları ihtilâfı kurallarını re'sen uygulamak zorunda olan hâkimin (MÖHUK.md.2/I), uygulanacak hukuk düzenini re'sen tayin etmek zorunda olduğunu, bu sebeple de yetkili hukuku bulmaya yarayan bağlama noktalarını da kanımızca, re'sen araştırıp tespit etmek durumunda olduğunu belirtmiştik(119). Hal böyle olunca, re'sen tahkik prensibi çerçevesinde hâkimin bağlama noktalarını behemahal tespit etmek zorunda bulunduğu, birincil bağlama noktasının tespit edilememesi halinde ikincil bağlama (veya üçüncü bir bağlama) noktasının mutlaka tespit edilerek yetkili hukuk düzeninin mutlaka saptamak zorunda olduğunu söyleyebiliriz(120). Aksi hal, hâkimin uygulanacak hukuk kurallarının tayin ve tespitinden ve dolayısıyla devletler özel hukuku kurallarına göre yetki görülen hukuk kurallarının tatbikinden sarfınazar etmesinin anlamına gelir. Bu ise, hâkim ihkâk haktan istinkâf edemeyeceğine göre (Anayasa md.36/II ve HUMK.md.573/VI) kabul edilemez.

(117) Karş. Nomer:Yabancı Kanun, s.105 vd.özellikle,110.

(118) Aksi fikir, Nomer :Yabancı Kanun, s.50-54.

(119) Ekz.yuk.s.71 vd.

(120) Bu nedenle Nomer'in "bağlama noktasının tespit (ispat) edilememesi"nden bahsetmesini (Nomer:Yabancı Kanun;s.104,110) doğru bulmuyoruz.

Hâkim için somut olay bakımından yetkili kanunlar ihtilâfı kurallarına göre tespit edilmesi gerekli bağlama noktasının (daha doğrusu birincil bağlama noktasının) tespit edilememesi halinde de yetkili hukuk düzenini tayin için re'sen ikincil bir bağlama (ikincil bağlama) noktasını aramak, araştırmak ve tespit etmek mükellefiyeti devam eder. Hâkim, bu kez bubağlama noktasını tespit etmek zorundadır. Yoksa, bundan vazgeçerek ihtilâfı Türk hukukuna göre çözümez(121).

Birincil bağlama noktasının tespit edilememesi de ancak, tespit edilememesi mümkün, nitelikte bir bağlama noktasının mevcut olmasını gerektirir. Örneğin; vatandaşlık gibi. Bu durum karşımıza genellikle yetkili hukukun milli hukuka göre tayin edildiği ihtilâf kurallarında çıkabilir. Millî hukuk, kişinin (tâbiyetini) vatandaşlığını taşıdığı devlet hukukudur. Örneğin; ahvali şahsiye ile ilgili sorunlar kural olarak millî kanuna tabidir. Bu gibi meselelerde, birincil bağlama noktası olarak öngörülen vatandaşlığın tespiti mümkün olmayabilir. Zira, kişinin vatandaşlığı olmayabilir. Kişi vatansız olabilir. İşte kişi vatansız ise vatandaşlığı tespit edilemeyecektir. Dolayısıyla bağlama noktasının, ancak sadece birincil olarak öngörülen bu bağlama noktasının tespiti mümkün olmayacaktır(122). Bu durumda, yetkili hukuku tayin için ikincil bir bağlama noktasının aranmasına ihtiyaç duyulur. İkincil bağlama noktası olarak örneğin, ikametgâh veya mutad mesken öngörülmüş olabilir. O halde hâkime düşen görev ilgilinin vatandaşlığı yoksa, ikametgâhının nerede olduğunu tespit ederek yetkili hukuku tayin etmekten ibarettir. Yoksa bağlama noktasının (daha doğrusu birincil bağlamayı) tespit edilemediğinden ^{bahsi} Lex fori'yi uygulayamaz (123).

Yine, birincil bağlama noktasının tespit edilememesinin de kesin ve tam olması azıdır. Yani, hâkim ilgilinin vatandaş olduğu veya vatansız olduğu yolunda bir tereddüt içinde ise, "öncelikle bu tereddütünü yermelidir. İlgilinin Alman vatandaşı veya vatansız olduğu yolunda hâkimde mevcut olabilecek bir tereddütün öncelikle yenilmesi gerekir ki, ikincil bağlama noktasına göre yetkili hukuk tayin edilsin. Aynı belirtelim ki, hâkim için, hele bağlama noktalarının gerçekleşip gerçekleşmediğini re'sen tespit etmek durumunda olan hâkim için, böyle bir tereddütte kalmak söz konusu olmamaktadır. Yani hâkim, ilgilinin vatandaşlığı olup olmadığını, bu konuda gerek vatandaşlığı söz konusu olan devletin vatandaşlık hukukunu gerekse de vatandaşlık hukuku alanında geçerli direktif ilkeleri göz önünde tutarak, (örneğin, tâbiyetin gerçekliği ilkesi gibi) bu tereddütünü yermelidir(124). Kısaca, kişinin vatandaş olduğu veya vatansız olduğu yolunda kesin karara varması olmalıdır (125).

121) Aksi fikir. Nomer: Yabancı Kanun, s.110.

122) Ancak bu anlamda bağlama noktasının tespit edilememesinden bahsedilebilir.

123) Karş. Nomer: Yabancı Kanun, s.110.

124) İşte bu noktada "Yaklaşık kayıtlar" hakime yardımcı olurlar. Yaklaşık kayıtlar için bkz. Kegel : IPR, b.232 vd.

125) Özellikle vatandaşlık tespitlerinde sorun bir "kanaat sorunu" değildir. Bu sebeple ihtimal veya kanaate göre vatandaşlık izafe etmek veya vatandaşlığı yok saymak

Türk hukukunda MÖHUK,md.4/f.I'de, bu halde hâkimin nasıl hareket edeceği österilmiştir. Bu madde, birincil bağlama noktasının tespit edilememesi halinde, hâkimin izleyeceği yolu göstermektedir. Söz konusu maddeye göre vatandaşlık esasına göre yetkili hukukun tayin edildiği hallerde, kanunda aksi öngörülmedikçe; kişinin vatandaşlığı yoksa, ikametgâh bulunmadığı takdirde mutad mesken, o da yoksa dava tarihinde bulunduğu devlet hukuku uygulanacaktır. Bu madde vatansızlar yönünden uygulanır(126). O halde, hâkim vatandaşlık bağlama noktasını tespit edemezse, kişinin ikametgâhını, yoksa mutad meskenini, o da bulunmadığı takdirde dava tarihinde bulunduğu yeri araştırıp tespit etmek suretiyle, uygulanacak hukuku tayin etmek zorundadır.

Hemen belirtelim ki, ikincil bağlama noktasının (vatandaşlık yoksa ikametgâh gibi) veya bu da yoksa diğer bir bağlama noktasının araştırılıp tespit edilmesi (mutad mesken, dava tarihinde bulunan yer gibi) birincil bağlama noktasının kısmen tespiti değil, başlı başına bağımsız,yeni bir bağlama noktasının tam tespiti anlamına gelir. O halde, bağlama noktasının kısmen tespiti (ispatı) diye bir şey olamaz(126). Ayrıca bağlama noktasının tespit edilmemesinden değil, birincil,ikincil vb.gibi bağlama noktalarının, o da ancak tespit edilemeyecek nitelikte bir bağlama noktasının(örneğin,vatandaşlık gibi) olması şartıyla tespit edilememesinden bahsedilebilir(127). Ancak her halükarda, hakim için yetkili hukuk düzenini gösterecek bir bağlama noktasının tespiti zaruridir. Bazı hallerde Lex fori'nin uygulanması, Lex fori'nin de bir bağlama noktası (fer'i veya yardımcı bağlama) olarak (şelalenin son parçası) öngörülmesi nedenine dayanır. Yoksa, Nomer'in (128) kabul ettiği gibi, bir hukukî ihtilâfta mahallî maddî hukukun tatbikinin asıl, yabancı maddî hukukun tatbikinin istisna olması nedeniyle " asla rücu " edilmesi noktaî nazarına bağlanamaz.

2. Birincil Bağlama Noktasına Göre Birden Fazla Hukukun Yetkili Olması

Hâkim, bağlama noktasını re'sen araştırarak, yetkili hukuku gösterecek bir bağlama noktasını (birincil bağlama yoksa, ikincil veya diğer bir bağlama noktasını) tespit etmek durumundadır. Bu sebeple bağlama noktasının tespit edilememesi söz konusu olamaz.

vatandaşlık hukuku alanında milletlerarası hukuk esaslarına aykırıdır.

(126) Mülteciler hakkında, Türkiye'nin de taraf olduğu 1951 tarihli "Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Sözleşme" nin (RG.5.9.1961,S.10898) 12.md.si uyarınca, ikametgah hukuku , belirli bir ülkede ikametgahları yoksa sakin oldukları yer hukuku, yetkili hukuk olarak öngörülmüştür.

(126) Bu sebeple, Nomer'in (Nomer:Yabancı Kanun, s.105 vd.), hâkimin bağlama noktasının gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda kesin bir kanaate sahip olmadığı durumlarda , bağlama noktasının kısmen ispatlanmış olduğunu kabul ederek, bağlama noktasının kısmen tespiti (ispatı) başlığı altında yaptığı açıklamalara katılmıyoruz.

(127) Karş.Nomer:Yabancı Kanun, s.110,104.

(128) Nomer:Yabancı Kanun, s.110.

Yine, bağlama noktasının kısmen tespiti veya kısmen tespit edilememesi diye bir şey olamaz. Daha öncedebelirttiğimiz gibi, bağlama noktasının (birincil) tespit edilememesi bağlama noktalarının tespit edilemeyeceği anlamına gelmemekte, bağlamayı tespit edebilmek için hâkimin ikincil veya üçüncül bir bağlama noktasını araştırmaya anlamına gelmektedir. Birincil bağlama noktası tespit edilemeyecek bir nitelik taşıyorsa, tespit edilmeyebilir. Ancak, bir bağlama noktası ya tespit edilecek nitelikte ise tespit edilir, yada edilemeyecek nitelikte ise edilemez. Bu nedenle bağlama noktasının kısmen tespit edilememesi diye bir şey söz konusu olamayacaktır. İkincil bağlama noktasının tespiti ise, tespit edilemeyen birincil bağlama noktasının kısmen tespit edilmesi olmayıp, başlı başına bağımsız bir bağlama noktasının tespitidir. Bu esasları yukarıda tespit ettik ve çözümün Türk hukuku açısından MÖHUK.md.4/f.1'e göre gerçekleşeceğini belirledik.

Burada, üzerinde durulacak husus dahadışıktır. Hâkim, vatandaşlık esasına göre yetkili hukukun tayin edilip uygulanması gereken bir ihtilâfta ilgilinin vatandaşlığı bulunduğunu kesin olarak tespit etmekle beraber, birden ziyade vatandaşlığı bulunduğu sonucuna varmışsa, hangi vatandaşlığa göre yetkili hukuku uygulayacaktır? Hâkim, kişinin aynı zamanda hem A hemde B devletinin vatandaşı olduğunu tespit etmiş olabilir. Millî hukukun uygulanması gereken hallerde, acaba hangi hukuk uygulanacaktır? Zira, ihtilâfa uygulamak açısından hem A hemde B devlet hukukları yetkili gözükmektedir. Günümüzde çifte vatandaşlık taşıma imkânı mevcut olduğuna göre (129) böyle bir ihtimalin doğması tamamen bir varsayım değildir.

Bu durum Türk hukukunda MÖHUK.md.4/f.I.b-c'de düzenlenerek çözüme kavuşturulmuştur:

"Birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanlar hakkında, bunların aynı zamanda Türk Vatandaşı olmaları halinde Türk hukuku, Birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olup, aynı zamanda Türk Vatandaşı olmayanlar hakkında, daha sıkı ilişki içinde buldukları devlet hukuku uygulanır."

Bu hükümle, birden ziyade vatandaşlıktan birisi Türk Vatandaşlığı değilse, "daha sıkı ilişki" içinde bulunulan devlet hukuku yetkili sayılmak suretiyle "Tâbiyetin gerçekliği ilkesi" (130)'ne Türk hukukunda da yer verilmiş bulunmaktadır. Kavramın kullandığı sıkı ilişki kavramı izâfidir; ancak izâfilik "daha" kelimesi ile belirli hale gelmiştir. Kişi ile söz konusu devletlerden biri arasında vatandaşlık bağının yanında, daha sıkı ilişki olduğunu gösteren bir çok husus olabilir. Örneğin; ikametgâhı, mutad meskeni, işyeri, askerlik yaptığı yer, aile bağları bu anlamda değerlendirilebilir (131). O halde "yaklaşık kıymetler" (değerler) adıyla anılan

(129) Türk hukukunda çifte vatandaşlık imkanı kabul edilmiştir. Ekz. Türk Vatandaşlığı Kararı md.22/III.

(130) Bu konuda geniş bilgi için bkz. Unat, İ.: Noctebohaz Kararı ve Tâbiyetin Gerçekliği İlkesi, Ankara 1960, s.16 vd.

(131) Ekz. Unat sage., s.32 vd.

görüş (132) daha sıkı ilişkinin dışında değil, içinde rol oynayan bir sistem önermektedir. Ancak, bu noktada gözönünde bulundurulabilir.

Sonuç olarak; hâkim daha sıkı ilişkinin olduğu devlet ve bu devletin hukukunda karar kılacak ve yetkili hukuku tayin edecektir. Dikkat edilirse, burada yeni bir bağlama noktasının tespiti de söz konusu olmayıp, bağlama noktasının esas aldığı vatandaşlıkların birden ziyade olması sebebiyle, birinin diğerine çeşitli sebep ve gerekçelerle tercihi ve onda karar kılınması söz konusudur.

II. YETKİLİ YABANCI HUKUKUN MUHTEVASININ TESPİTİ

A. GENEL OLARAK

Kanunlar ihtilâfı kuralları gereğince, yabancı unsurlu bir olay ve ilişkide yabancı bir hukukun uygulanması gerekiyorsa, bir başkadeyişle kanunlar ihtilâfı kurallarının düzenlediği toplumsal olguyu belirli bir hukuk düzenine bağlayan bağlama noktaları, dahadoğrusu bunlarındayandığı hukuki durum veya vakıalar, yabancı bir hukuk düzeni içerisinde gerçekte işe, bu hukukun uygulanabilmesi için muhtevanın tespiti sorunu ile karşı karşıya geliriz. Eğer kanunlar ihtilâfı kuralları gereğince ilişkiye uygulanacak hukuk mahallî bir hukuk işe, bu hukukun ilgili hükümlerini tespit edip uygulamak doğrudan doğruya hâkime ait bir vazifedir. Örneğin; Türk hakiminin önüne gelen bir ihtilâfta kanunlar ihtilâfı kuralları gereğince Türk hukukunun uygulanması sonucuna varılmışsa, kabili tatbik hükümleri bulup uygulamak da Türk hâkiminin işidir. Zira, hâkim Türk kanunları mucibince re'sen hüküm verir (HUMK.md.76).

Ancak, yabancı unsurlu bir olay ve ilişkiye kanunlar ihtilâfı kuralları gereğince yabancı bir hukuk uygulanacaksa, bu hukukun muhtevasının nasıl tespit edileceği incelenmesi gereken önemli bir sorundur. Hatta, Kegel'e göre, yabancı hukukun muhtevasını tespit imkânı, devletler özel hukukunun "temel bir meselesi" ve " gizli kralı"dır.(133). O halde, uygulanacak (yetkili) yabancı hukukun muhtevasının nasıl tespit edileceğini; yabancı hukukun ilgili hükümlerinin taraflarca mı? ispatı lazım geleceğini yoksa, ispata lüzum olmadan mahkemenin yabancı hukukun muhtevasını re'sen mi? araŝtıracasını yada, bu konuda her ikitarafa da mı? bazı görevler düştüğünü araştırıp ortaya koymak zarureti vardır.

Konuyu Türk hukuku açısından değerlendirmeye geçmeden önce, mukayeseli hukuka kısaca bakmakta yarar görüyoruz.

B. MUHTELİF ÇÖZÜMLER

1. Yabancı Hukuklarda Durum

a) Alman ve Avusturya Hukuku

Alman hukukunda, Alman Usul Kanununun (ZPO § 293) 293. paragrafında

(132) Kegel :IPR, s.232 vd.; Nomer : Yabancı Kanun, s.105, vd.

(133) Kegel'in bu tespiti, Nomer : Yabancı Kanun, s.47'den nak.

hâkime yabancı hukukun muhtevasını tespit etmek yetkisi verilmiştir. Ancak, bu duruma doktrin ve tatbikatta hâkime verilen bir yetki olarak görülmemekte, hâkimin yabancı hukukun muhtevasını tespit etmek görevinin de bulunduğuna işaret edilmektedir(134). Bu madde hükmüne göre, hâkimin yabancı hukuku uygularken yalnız kendisinin bildiği kurallar ve tarafların ispatıyla bağlı kalmayarak isterse diğer kaynaklara başvurabilme yetkisinin bulunduğuna ve ayrıca hâkimin bütün yardımcı kaynaklara başvurma zorunluluğuna dikkat çekilmektedir(135). Ayrıca, yabancı hukukun ispata konu olmayacağı, hâkimin bu hukuku da imkânları ölçüsünde araştırmak zorunda olduğu Alman mahkeme uyg ulamasında da kabul edilmektedir(136).

Avusturya hukukunda da ZPO § 271'den varılan sonuç Alman hukuku ile aynıdır(137).

b) İskandinav Hukuku

İskandinav Hukuk sistemlerinde (İsveç, Norveç, Danimarka) yabancı hukukun muhtevasını tespitte, mahkemeler sadece yetkili kabul edilmekte; yabancı hukukun muhtevasının araştırılması hâkimin resmi görevi olarak görülmektedir(138).

c) İtalyan Hukuku

İtalyan hukukunda İtalyan temyiz mahkemesinin 1959 yılında vermiş olduğu kararlardan sonra (139), hakimin yabancı hukukun muhtevasını re'sen tespit etmek durumunda olduğu, gerekirse tarafları bu konuda işbirliğine çağırabileceği, ancak taraflar buna yanaşmazlarsa, hâkimin bizzat kendisinin yabancı hukukun muhtevasını tespit etmek mükellefiyetinde olduğu kabul edilmektedir(140).

d) Sovyet ve Yugoslavya Hukuku

Sovyet ve Yugoslav hukuklarında hâkimin yabancı hukukun muhtevasını re'sen araştıracağı kabul edilmektedir(141).

Sovyet hukukunda, yabancı hukuk hukuk olarak kabul edilmekte, fura novit curia ilkesi yabancı hukuk için geçerli olmamakla beraber, yabancı hukukun muhtevasını tespit etmek, tamamen mahkemeye ait bir vazife olarak görülmektedir(142).

Yugoslavya hukukunda yabancı hukukun tespiti ispat kurallarına bağlı olmayan ve hâkime ait bir vazife olarak görülmektedir(143).

- (134) Regel : IPR, s.227-228; Dölle : IPR, s.107; Wolff : IPR, s.155; Raape : IPR, s.122.
 (135) Dölle : IPR, s.107.
 (136) Regel : IPR, s.227; ayrıca bkz. Uluocak; Kanunlar İhtilâfı, s.33 dn.112, 114.
 (137) Regel : IPR, s.228; Nomer : Yabancı Kanun, s.76-77.
 (138) Nomer : Yabancı Kanun, s.79-80.
 (139) Kararlar için bkz. Nomer : Yabancı Kanun, s.77 dn.211-213.
 (140) Nomer : Yabancı Kanun, s.77-78; Uluocak; Kanunlar ihtilâfı, s.33 dn.112.
 (141) Nomer : Yabancı Kanun, s.78.
 (142) Nomer : Yabancı Kanun, s.78.
 (143) Nomer : Yabancı Kanun, s.78-79.

e) İsviçre Hukuku

İsviçre hukukunda, bu konudaki çözüm için Kanton'lardaki usul kanunlarına ayrı ayrı bakmak gerekir. Zira, bu konuda İsviçre Federal Hukukunda müferit bazı meseleler için müşterek çözüm getiren hükümler varsada, bunlar genellikle mahkemelerin milletlerarası yetkisiyle ilgilidir(144).

İsviçre hukukunda bazı Kanton Usul Kanunları (Örneğin; Genf, Nevenburg, Waadt ve Tessin) yabancı hukukun ispatını taraflara bırakırken, bazıları da (özellikle; Basel-Stadt, Uri) yabancı hukukun hakim tarafından kendiliginden uygulanacağını ve hatta tespit edileceğini benimsemişlerdir(145).

İsviçre Zurih Kanton Usul Kanununda (md.289) hâkimin içeriğini kesin olarak bildiği yabancı hukuku re'sen uygulayacağı kabul edilmekte, diğer hallerde ise, yabancı hukukun muhtevasının ispatı gerekmektedir(146).

İsviçre Neuchatel Kantonu Usul Kanunu'nun, HUMK.76.md.hükümünün mehzazını teşkil eden 70.maddesinde yabancı hukukun ispatından değil, yabancı hukuk hakkında mahkemenin bilgisini sağlamaktan bahsedilmektedir(147).

f) İngiliz-Amerikan-Fransız Hukuku

Yabancı hukukun bir vakia olarak görüldüğü İngiliz, Amerikan ve Fransız hukuklarında(148), yabancı hukukun ispat edilmesi taraflara ait bir kuldettir(149). Ancak hâkim kendi bilgi ve imkânları dahilinde tarafların bu yükümlüne katkıda bulunabilir(150).

g) Diğer Bazı Hukuk Sistemleri

Romanya hukukunda hâkimin yabancı hukukun muhtevasını re'sen tespit edeceği kabul edilmektedir(151).

İspanyol hukukunda yabancı hukukun ihtilâf dışına çıkarılmamış muhtevasının ispatı lazım gelir. Yabancı hukuka dayanan taraf, onun varlığını, yürürlüğünü ve muhtevasını ispat etmek zorundadır(152).

(144) Nomer : Yabancı Kanun, s.63-64.

(145) Nomer : Yabancı Kanun, s.65 dn.176-177.

(146) Göğör : DHH, s.131-132.

(147) Umar : İspat, s.14; Umar-Yılmaz : age.,s.21.

(148) Bu hukuk sistemleriyle ilgili geniş bilgi için bkz. Nomer : Yabancı Kanun, s.80-83.

(149) Göğör : DHH, s.131; Nomer : Yabancı Kanun, s.80, 83; Uluocak : Kanunlar İhtilâfı, s. 53.

(150) Uluocak : Kanunlar İhtilâfı, s.133.

(151) Göğör : DHH, s.131.

(152) Nomer : Yabancı Kanun, s.83-84; Latin Amerika Devletleri için bkz. Nomer : Yabancı Kanun, s.84 dn.240.

2. Muhtelif Sistemler

Yabancı hukuk sistemlerindeki durumun kısaca incelemesinden milletlerarası alanda yabancı hukukun muhtevasının tesbiti konusunda başlıca üç sistemin geçerli olduğunu söyleyebiliriz(153).

Bunları şu şekilde sıralayabiliriz:

- a) Yabancı hukukun muhtevasının ispatını taraflara bırakan sistem,
- b) Yabancı hukukun muhtevasını araştırmaya hâkimin resmi görevi olarak kabul eden ve hâkimin bu yükümlülüğünü tarafların yardımıyla yumuşatan sistem,
- c) Yabancı hukukun muhtevasını tarafların ispatına bırakmakla birlikte hâkimin şahsi faaliyetine de yer veren sistem(154).

Burada şunu da belirtelim ki, yabancı hukukun muhtevasını araştırmayı hâkime bir görev olarak yükleyen hukuk sistemlerinde, hâkimin bu görevi baki kalmakla birlikte, hâkim bu hususta tarafların yardımını (işbirliğini) isteme yetkisiyle donatılmıştır(155). İleride ayrıntıyla göreceğimiz gibi, Türk hukukunu bu sisteme örnek gösterebiliriz.

C. TÜRK HUKUKUNDA DURUM

Uygulanacak yabancı hukukun muhtevasının tespitinde hâkime veya taraflara düşen görev, dahadogrusu yabancı hukukun muhtevasının tarafların ispatına bağlı olup olmadığı hususunda hukukçular arasında MÖHUK.'un kabulünden önceki dönemde am biranlaşma yoktu. Türk hukukunda MÖHUK.md.2 ile, yabancı hukukun hukuk olarak ve hakimce re'sen uygulanacağı kanunen de kabul edildikten sonra mevcut kanunf düzenleme karşısında yabancı hukukun muhtevasının taraflarca ispatı lazım geleceğinden artık söz edilemeyecektir. Bu gün için, yabancı hukukun muhtevasını tespit etmek hâkimin resmi görevidir. (MÖHUK.md.2) Hakim, bu hususta tarafların yardımını isteyebilir. MÖHUK.md.2'ye göre, yabancı hukukun muhtevasını araştırmada hâkime düşen araştırma ve taraflara düşen yardım mükellefiyetini incelemeye geçmeden evvel, komuyu MÖHUK.'un kabulünden önceki dönem içinde doktrin ve tatbikat açısından incelemekte ayda görüyoruz.

153) Bkz. Göger : DHH, s.130-132; Nomer : Yabancı Kanun, s.85-86.

154) Buna " muhtelif sistem " de denilmektedir; Göger : DHH, s.131.

155) Göger :DHH, s.130; Nomer : Yabancı Kanun, s.85.

I. MÖHUK.'un Kabulünden Önceki Dönem

a) Doktrin

MÖHUK.'un kabulünden önce bu konuda genellikle HUMK.md.76/2 ve 3. cümlesinde yer alan "... ancak, ecnebi bir hukukun tatbiki lazım gelen hallerde buna istinat eden taraf o kanun hükmünü ispatla mükelleftir. İspat olmazsa Türk kanunları mucâbince hükmolunur." şeklindeki hüküm gözönünde bulundurularak bir sonuca ulaşılmaya çalışılmıştır.

Bu hükülden hareket eden bazı yazarlar, yabancı hukukun uygulanması gereken hallerde bu hukukun muhtevasının yabancı hukuka dayanan tarafta araştırılıp ispat edilmesi gerektiğini savunmuşlardır (156). Bu görüş taraftarlarına göre, yabancı kanunun ispatı zorunludur. Eğer ispat olmazsa, hâkim Türk hukukunu uygulayarak karar vermek durumundadır.

Bu görüşte olan yazarlardan bazıları, ispat işinin hâkimin yabancı hukuk kurallarını bilmesihallerde söz konusu olduğunu (157), diğer bazıları ise burada bir vakianindeğil hukuk kuralının ispatının söz konusu olması nedeniyle dar anlamda bir ispat mükellefiyetinin söz konusu olamayacağını belirtmişlerdir (158).

Bu görüşün doğal sonucu, yabancı hukukun bir olgu (vakia) muamelesine tâbi tutulmasıdır.

- (156) Türk hukukunda genellikle iç usul hukukçuları bu görüşü savunmuşlardır: Başlıca, Üstündağ : Kanun Yolları, 1977, s.31-32; Üstündağ : Yargılama Safhası, s.492,516; Üstündağ : Tasarı, s.177; Postacıoğlu : age., s.235-236; Kurus Hukuk Muhakemeleri Usulü, B.3, Ankara 1974 (HMU 1974), s.348; Önen : age., s.60, 146 dn. 15; Bilge-Önen : age., s.296,491,646; Karafakih : age., s.76,166; Özellikle ispatın konusu olmak bakımından maddi vakia ile yabancı hukuk kuralı arasında bir fark olmadığı anlamında Berkin : age., s.169; Ansay, yabancı hukukun uygulanması lazım geldiğinde hâkimin böyle bir hukuki eserlerden arayıp öğrenmesinin güzel bir şey olacağını, ancak her zaman bu işkân bulmadığı gibi, hâkimden tüm dünya mevzuatını bilmesinin beklenemeyeceğini belirtmektedir: Ansay, age., s.252-253; Yavuz : agm., s.385; aynı manada Fabreguettes, M.F. : Adalet Mantığı ve Hüküm Verme Sanatı, Ankara 1945, s.54; Ertem : agm., s.743.
- (157) Umar, hâkimin bildiği hukuk kurallarını re'sen uygulamakla görevli olduğunu, yabancı hukuk kuralı hâkim tarafından bilirmiyorsa, ispat faaliyetinin ortaya çıkacağı görüşündedir: Umar : İspat, s.14; aynı görüş : Umar-Yılmaz : age., s.21; Yılmaz, E. : Sadeleştirilmiş Metinleriyle Notlu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara 1975/1976, (Kanun), s.55; Mardin, E. : Hukuku Medeniye Dersleri, C.I, Cüz.1, Umumi Zabıta, İstanbul 1928, s.214.
- (158) Başlıca Gürdoğan : agm., c.269; Ansay, yabancı hukuku ispat işinde yemin ve ikrara yer verilmesinin doğru olmadığını, hâkimin bu hususta tarafların ikrarıyla ve itirazıyla bağlı olmaması gerektiğini belirtmektedir: Ansay : age., s.252; Kurus, yine aynı görüşü paylaşılarak hâkimin yabancı hukukun tesbiti için kendisinin de gerekli teğebbüslerde bulunabileceğini (örneğin; elçilik ve konsolosluklardan sorma veya bilirkişi mütalaasına başvurmak gibi) söylemektedir: Kurus HMU, C.II, s.1331; Hatta, hâkimin isterse kendiliğinden yabancı hukuk kuralını araştırabileceğide belirtilmiştir: Umar : İspat, s.14; Umar-Yılmaz : age., s.21; Ertem : agm., s.743.

Bu konuda devletler hususî hukuku doktrininde ileri sürülen görüşleri ise başlıca iki grupta toplayabiliriz.

Yazarlardan bazıları, aralarında bir takım farklar bulunmakla beraber, yabancı hukukun uygulanması gereken hallerde, kural olarak bu hukukun muhtevasının taraflarca ispatı lazımgerekeceğini kabul etmekteydiler(159).

Bu dönemde bazı yazarlar ise, değişik gerekçelerle yabancı hukukun muhtevasının hâkimce re'sen araştırılacağı görüşünü savunmuşlardır(160).

Bu yazarlardan konuyu Türk hukukunda en geniş şekilde incelemiş bulunan Nomer(161), HUMK.76 md/2 ve 3.cümlesinin ifade şekli açısından başarılı olmayıp yanıtıcı olduğunu belirttiğinden sonra, re'sen uygulamak zorunda olduğu kanunlar ihtilâfî kurallarının emri gereğince, yabancı bir hukuku uygulamak zorunda olan hâkimin bu hukukun muhtevasını ancak ilgili tarafın ispatına bağlı olarak tespit edeceğini kabul etmenin mümkün olmadığını, taraflaraya yüklenen bu ispat (yardım) mükellefiyetinin hâkimin yabancı hukukun muhtevasını re'sen araştırmasına engel olmayacağını belirtmiştir. Yazara göre, taraflara yüklenen ispat külfeti, bu hususta

(159) O.F.Berki ; tarafların yabancı kanunun muhtevasını ispat etmek zorunda olduklarını, ancak hâkimin tarafların bu husustaki iddia ve itirazlarıyla bağlı olmadığını, bu sebeple " yabancı kanunun muhtevasını ispat edemediklerini de ispat etmekle mükellef bulduklarını " görüşündedir; Berki, O.F.: DHH, C.II, s.116-117; Berki, O.F.: Kanun İhtilâfları, s.44-45; Katılanlar : Altug; age., s.154; Bişek; age., s.38; Göger : DHH, s.137; Göger : İctihatlar, s.30; Seviğ'ler (M.R.-V.R), müştereken ve tek olarak kaleme aldıkları eserlerinde, HUMK.md.76 maddesinin sisteminin, " tarafları yabancı kanunun muhtevasını ispata çaba harcamaya teşvik eder" mahiyette görmekte beraber, bu sistemin devletler özel hukukunun esaslarına tamamen uymadığını belirtmekte, yabancı kanunun uygulanmasının bir milletlerarası anlaşmaya dayarması halinde, anlaşmada aksi kararlaştırılmadıkça ispatın söz konusu olmayacağını, hâkimin bu kanunun muhtevasını re'sen araştıracağını belirtmişlerdir; Seviğ, M.R.: Sentez, s.26-27; Seviğ, M.R.-V.R.: DHH, s.431-432, 435; Seviğ, V.R.: Kanunlar İhtilâfı, s.209-210; Seviğ, V.R.: Denetim, s.235, 236; Katılan ; Ertem : sgm., s.744; ayrıca, V.R.Seviğ , anlaşmanın yanı sıra hâkimin delillerle bağlı olmadığı (boşarma gibi) davalarda tarafların ispatıyla bağlı olmadığını belirtmiştir; Seviğ, V.R.: Denetim, s.236; Seviğ; Kanunlar İhtilâfı, s.210; Uluocak, hâkimin kapsamını bildiği yabancı hukuku re'sen uygulayacağını, bilgiye sahip değilse, o zaman tarafların yabancı kanunun muhtevasını ispatla yükümlü bulunduğu görüşünü taşımaktadır; Uluocak; Kanunlar İhtilâfı, s.33-34; Metya, yabancı kanunun uygulanması lazım gelen hallerde, hâkimin tarafların gösterdiği, maslahatgüzarlardan yada kendi şahsi tetebbülları ile bilgi sahibi olduğu yabancı kanunu uygulamakla yükümlü olduğunu belirtmiştir; Metya; DHH, s.100; Sakmar, tarafların yabancı kanun hükümlerini prensip olarak ispat etmek zorunda olduklarını, Türk hâkimlerinin yabancı kanun hükümlerini bilmeleriveya re'sen araştırmalarının mümkün olmadığını, ancak, bunun mahkemelerin bu konuda bizzat araştırmayapmalarına engel de teşkil etmediğini söylemektedir; Sakmar ve arkadaşları; Pratik, s.269-270; Sakmar, A.: Devletler Hususi Hukukunda Boşarma, Tez, İstanbul 1978, s.144.

Hiç bir ihtirazi kayıtla sadece yabancı kanunun ispatı gerekeceği yönünde görüş için bkz. Berki, Ş.: Tatbiki Devletler Hususi Hukuku, Ankara, 1949-1950, s.41; Karayalçın, Y.: "Devletler Hususi Hukukunda Atıf" AD, 1945 Y.36, S.10, s.1049-1050.

(160) Özellikle Nomer: Yabancı Kanun, s.70-77; Sivrihisarlı; sgt., s.46-49.

(161) Bkz. Nomer: Yabancı Kanun, s.69 vd.

tarafkların hâkime yardımını temin etmek amacını güder(162). Çağdaş düzenlemeler de de çözümün bu şekilde olduğuna dikkati çeken^{yazar}(163), Türk hukukunda yabancı hukukun muhtevasının araştırılmasının hâkimin resmi görevi olduğunu kabul ederek bu durumu hukuku hâkime re'sen tatbik ettiren hukuk sisteminin zaruri neticesi olarak görmüş-tür(164). " Yabancı hukuk da uygulanacak olsa bu hukuku bilmek hâkimin işidir" prensibinden hareket eden yazar, HUMK.76.md.sinin yabancı hukukun bilirmesindeki güçlüğü ve bazen de imkânsızlığı düşünerek tarafların hâkime yardımını öngördüğünü bildirmiştir(165).

Sivrihisarlı ise, hâkimden yabancı hukuk kurallarını bilmesi beklenemezse de; bundan yabancı hukuk hakkında hâkimin bir araştırmaya girişemeyeceği sonucunun çıkarılamayacağını(166), yabancı hukukun ispatı konusunda her türlü delile başvuru-labileceğini, busebeple hâkimin yabancı hukuku araştırma zorunluluğunu " yabancı hukuk da uygulanacak olsa / bu hukuku bilmek hâkimin işidir " (167) gerekçesine de-gilde "belkide yargıcın bu kuralların temini için yapacağı delil tedarikine ilişkin esaslara " dayandırılabilceği görüşündedir(168). Yazara göre bu konuda bir delil sınırlandırılması yapılmadığı için yargıcın yabancı hukukun muhtevasını tespitinde ki, aktif davranma zorunluluğu, Yargıtay'ın hükmü eksik tahkikat nedeniyle bozma yetki-ki açısından (HUMK.md.76/2'ye aykırılık nedeniyle) ortaya konulabilir(169).

b) Mahkeme İctihatları

Doktrinindeki durumu bu şekilde özetle gözden geçirdikten sonra, mahkeme uygulamasına bakabiliriz.

Hemen belirtelim ki, Türk mahkeme tatbikatı, bu konuda doktrinde yukarıda incelediğimiz durumun aksine kararlı ve istikrarlı bir gelişim göstermektedir. Yabancı hukukun muhtevasının hâkimce re'sen araştırılması gerektiği, Yargıtay'ın muhtelif tarihli kararlarında âdeta vurgulanagelmıştır.

Yargıtay'ın konuya ilişkin bir çok kararı bulunmaktadır. Bu karar-lardan bir kaç istisna (170) dışında, Yargıtay yabancı hukukun muhtevasının hakimce

(162) Nomer : Yabancı Kanun, s.70-72.

(163) Bu hususta bkz. Nomer : Yabancı Kanun, s.75-84.

(164) Nomer : Yabancı Kanun, s.85-86.

(165) Nomer : Yabancı Kanun, s.75; Karş. Sivrihisarlı; agt., s.48.

(166) Sivrihisarlı ; agt., s.45-46.

(167) Nomer : Yabancı Kanun, s.75.

(168) Sivrihisarlı ; agt., s.48.

(169) Sivrihisarlı ; agt., s.49.

(170) Bazı Yargıtay kararları yabancı kanun hükmünün ona istinat edentarafca ispatı gereleceği yolunda bir kabüle musait gürmektedir. Ekz. Y.2HD.nin 9.11.1948 T.ve E.342/K.5343; 17.7.1947 T.ve E.2860/K.4186 ve 20.9.1948 T.ve E.2597/K.3890 sayılı kararları (Berki-Ergüney sage., s.64 vd., 96 vd., 141 vd.). Ancak, bu nevi kararlar-ın sayısı çok az olduğu gibi, kesin bir sonuca varılabilecek nitelikte değildir Nomer : Yabancı Kanun, s.74 dn.201.

ve'sen araştırılması gerektiğini, hakimın tarafların ispatıyla bağlı olmadığını, bazan açıkça vurgulamış , bazanda bu düşüncesini belirtmiştir(171).

Burada, Yargıtay'ın budüşüncesinin özellikle açıklık kazandığı bir kaç kararı üzerinde ilgilikarardan pasajlarda vermek suretiyle durmayı uygun buluyoruz.

Konuya ilişkin 26.5.1949 tarihli bir Yargıtay kararında(172):

" Rumen Medeni Kanununun... başka maddeleri olup olmadığını taraflardan, icap ederse konsolosluktan sorularak varsa onların da tercüme ve musaddak suretleri ibraz ettirilerek ... bir karar verilmek ..." gerekirken,

denilmek suretiyle tarafların yabancı kanunu ispat etmek değil, mahkemeye yardımcı olmaları gerektiği, gerektiği takdirde de bizzat araştırılarak karar verilmesine işaret edilmiş ve hakime bu hususta yollarda gösterilmiştir(173).

Yargıtay'ın konuya ilişkin oldukça önemli bir diğer kararı ise 15.5.1967 tarihli kararıdır (174). Bu kararda yargıtay, gayet net bir şekilde hakimın yabancı hukukun muhtevasını bizzat araştırıp tespit etmek ve uygulamakla yükümlü olduğunu ortaya koymuştur(175):

" Mahkemenin Yugoslav Kanunu ve hükümlerini tespit ve tatbik etmesi icap etmektedir. Temyiz isteğinin bu sebepten kabulüyle hükmün bozulmasına."

Yargıtay'ın 10.11.1960 tarihli bir diğer kararında (176), mahkemenin taraflarca sunulan yabancı kanununla ilgili tercümeleri ile yetirmeyip, bu hususta konsoloslukamüracaatla ilgili kanunun tercümelerini bizzat getirtmek yetki ve görevinin bulunduğunu vurgulamıştır(177). Yargıtay bu kararında mahkemenin ;

" Davaya tatbiki icap eden milli kanunun taraflarca ibraz olunan tercümeleri yekdiğerine uygun olmadığı gibi aynı noterin muhtelif zamanlarda yaptığı tercümelerde birbirinden farklı bulunmuştur... Bu sebeple İran Konsoloslüğunda dava ile ilgili kanun maddelerinin Türkçe tercümesi celttirildikten sonra..."

karar vermesi gerektiğini belirtmiştir.

(171) Bkz.Y.2HD'nin 11.10.1941 T.ve E.3474/K.2858, 18.11.1958 T.ve E.5646/K.5414, 6.11.1958 T.ve E.3134/K.5199, 1.1.1944,T.460, 16.1.1951 T.ve E.8432/K.405 ve 24.5.1945 T.ve E.2530/K.2793 sayılı kararları (Berki-Ergüney: age., s.79 vd., 91 vd., 93 vd., 105 vd., 116 vd., 124.); Y.2 HD.'nin 24.12.1963 T.ve E.678/K.7191 sayılı kararı (İKİD, C.IV,S.39,s.2814-2815);Y2.HD'nin 10.5.1971 T.ve E.2898/K.3049 sayılı kararı (RKD,Y.6,S.6-7,s.195).

(172) Y.2HD'nin 26.5.1949 tarihli kararı (Fişek: age.,s.38).

(173) Kararın değerlendirilmesi için bkz. Nomer : Yabancı Kanun, s.73; Sivrihisarlar: agt.,s.57.

(174) Y.2HD'nin 15.5.1967 tarihli kararı (Yazıcı-Atasoy :age.,s.242,no:349).

(175) Kararın değerlendirilmesi için bkz. Çelikel-Nomer: Örnek Olaylar 1986, s.219 vd.

(176) Y.2HD'nin 10.11.1960 tarihli kararı (Berki-Ergüney: age.,s.68-69).

(177) Aynı manada Nomer: Yabancı Kanun,s.73.

2. MÖHUK. ile Kabul Edilen Sistem

Yabancı hukukun uygulanmasını düzenleyen MÖHUK. un 2. md. 'sinde "Hâkim Türk kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygular. Hakim, yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebilir.

Yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin tüm araştırmalara rağmen tespit edilememesi halinde, Türk hukuku uygulanır" denilmektedir.

Bu hükümle, yabancı hukuk bir hukuk olarak kabul edilerek, yabancı hukukun hâkim tarafından re'sen uygulanacağı, yani uygulanacak yabancı hukukun muhtevasının hakimce re'sen araştırılıp tespit edileceği ve bu araştırma sırasında hâkimin taraflardan yardıma isteyebileceği kabul edilmiş bulunmaktadır. Bu sistem gayet isabetli bir düzenlemedir(178).

MÖHUK. 'nun bu düzenlemesi ile, kanımızca HUMK. md. 76/2 ve 3 cümleleri de zımnen ilga edilerek yürürlükten kalkmış bulunmaktadır. Zira bu hüküm, yabancı hukukun uygulanmasını özel olarak düzenlemektedir. Ayrıca MÖHUK., HUMK. 'na nazaran daha yeni bir kanundur.

MÖHUK. 'nun 2. md. sinin bu düzenlemesi ışığı altında, hâkimin yabancı hukukun muhtevasını araştırma zorunluluğu ve tarafların bu konuda hâkime yardım etme yükümlülüğü üzerinde durmakta fayda görüyoruz.

a) Hâkimin Yabancı Hukukun Muhtevasını Bizzat Araştırmak Zorunda Olması

MÖHUK. md. 2 ile, hâkimin kanunlar ihtilâfı kurallarına göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen (kendiliğinden) uygulayacağı kabul edildiğine göre; re'sen uygulayacağı hukukun muhtevasını tespit etmekte hâkimin aslî görevi olmaktadır. Söz konusu hüküm, bu konuda aksi fikir ileri sürülemeyecek kadar açık ve kesin olarak bu hususu vurgulamıştır. Hâkim uygulanacak yabancı hukukun, somut ihtilâfa kabili tatbik hükümlerini, (muhtevasını) bizzat araştırıp bulmak zorundadır. Bu gün için bu konuda, ne doktrin(179) nede tatbikatta (180) zaten bir tereddüt görülmektedir.

(178) Bgyle bir sistemin hukuk politikası bakımından faydaları hakkında bkz. Nomer: Yabancı Kanun, s. 85-86.

(179) MÖHUK. 'un kabulünden sonra yayınlanan eserlerde fikirlerini tespit edebildiğimiz yazarlar, yeni düzenlemeye değinerek, Türk hukukunda hâkimin yabancı hukukun muhtevasını tespit etmek zorunda olduğunu belirtmişlerdir. Bkz. Nomer: DHH, s. 196-197; Çelikel-Nomer: Örnek Olaylar 1986, s. 222-223; Çelikel: MÖH, s. 170-171; Tekinalp: MÖH, s. 41-42; Tuluay: agm., s. 29-30.

Usul hukukçularından Kuru: HMU, C. V, s. 4483-4484; Kuru-Arslan-Yılmaz: age., s. 247; Daha önceki denemede yabancı hukukun bir vakıa gibi ispata tâbi olduğunu savunan Üstündağ, MÖHUK. md. 2 ile Türk hukukunda artık sistemin değiştiğini söylemektedir; Üstündağ: MYH, s. 207.

(180) Yargıtay daha önceki dönemde olduğu gibi, yeni dönemde de vermiş olduğu kararlarında yabancı hukukun muhtevasının hâkim tarafından re'sen araştırılması gerektiğini söyleye gelmektedir. Yeni dönemde tespit ettiğimiz kararlar için bkz. Y. 2HD'nin 23.6.1983 T. ve E. 5550/K. 5697 sayılı kararı (YKD, C. X, S. 1, s. 46-47); Y. 1HD. 18.4.1986 T. E. 64/K. 2029 sayılı kararı (YKD, C. XII, S. 7, s. 992-995).

Türk hukukunda daha öncede belirttiğimiz gibi, yabancı hukukun hukuk olarak ve hakime re'sen uygulanacağı (MÖHUK.md.2/c.1)'de belirtilmek suretiyle, uygulanacak yabancı hukukun muhtevasını tespit etmek hâkimin görevi olarak kabul edilmiş bulunmaktadır.

Söz konusu hükümlerle daha öncede değindiğimiz gibi (181), hâkime yabancı hukuku arayıp bulmak mükellefiyeti yüklenerek ve bu konuda hâkime taraflara da müracaat etme imkânı tanınarak (MÖHUK.md.2/2.c.) "iura novit curia" ilkesinin yumuşatılmış bir şekliyle yabancı hukuk yönünden de geçerli sayıldığı söylenebilir. Ancak hâkimin yabancı hukuku kendi hukuku gibi bilmesi beklenemez, veya bildiği farz edilemez. Çünkü, hâkim genellikle yabancı hukuku bilmez (182). Zaten, bu maddede hâkime yabancı hukuku bilmek değil, araştırıp bulmak ödevi yüklemiştir. Dolayısıyla, "iura novit curia" faraziyesi yabancı hukuk yönünden geçerli değildir (183). Yabancı hukuk kukuktur, ama ne de olsa yabancıdır. "Iura novit curia" düsturunun yabancı hukuk için aynen geçerli sayılması, doğrudan doğruya bir imkânsızlığa münce olur (184). Bu sebeple, hâkime yabancı hukuku araştırma görevi yanında, bu konuda tarafların hâkime yardımcı olmasını öngören MÖHUK.md.2/I.f.'sı gerçekçi bir düzenlemenin ifadesidir.

Hâkim, yabancı hukukun muhtevasını biliyorsa onu re'sen uygulayacaktır (185). Bilmiyorsa araştırmak zorundadır (MÖHUK.md.2/I.f.) Hâkime bu araştırmasında geniş bir hareket serbestisi tanınmıştır (186). Bu araştırma sırasında, yabancı hukukun uygulanmasından yarar uman tarafın hâkime yardımcı olması doğaldır. İlgili taraf, yabancı hukukun söz konusu hükmünü temin ederek hâkimin bilgisine sunabilir. Ancak, İngiliz hukukunda olduğu gibi tarafların yabancı hukukun muhtevası üzerinde anlaşmaları hâkimi bağlamaz. Hâkim taraflardan ayrı olarak bu hükmü veya taraflarca sunulan hükmün doğruluğunu araştırır ve araştırmak zorundadır (187). Hâkim, yabancı hukukun muhtevasını tespitinde asli görevli olduğuna göre, taraflardan bağımsız olarak ve taraflara rağmen, yabancı hukukun muhtevası üzerinde bir ihtilâf olmasa veya bir ittifak olsa bile araştırmak zorundadır. Ayrıca, yabancı hukukun tespit edilen muhtevasının Türk hukuku ile aynı olması, yabancı hukukun bir kenara bırakılmasına neden olmaz (188).

MÖHUK.'un yürürlüğe girmesinden önce konuyu düzenleyen HUMK. 76 mi/2 ve 3.cümlelerinde "... Ancak ecnebi bir hukukun tatbiki lazım olan hallerde, buna istinad eden taraf o kanun hükmünü ispatla mükelleftir. İspat olmazsa, Türk kanunları mucibince hükmolunur." denilmekteydi.

(181) Bkz. yuk. s. 44.

(182) Davran : age., s. 50.

(183) Nomer : DHH, s. 197; Çelikel : MÖH, s. 196; Ayrıca bkz. yuk. s. 44 vd.

(184) Nomer : Yabancı Kanun, s. 43.

(185) Nomer : DHH, s. 203; Önceki dönemde HUMK. 76.md ile ilgili olarak Uluocak : Kanunlar İhtilâfı, s. 34; Umar : İspat, s. 13; diğerleri için bkz. yuk. s. 80, dn. 157.

(186) Bu konuyla ilgili olarak bkz. a.ş.a. s. 92 vd.

(187) Çelikel : MÖH, s. 171.

(188) Çelikel : MÖH, s. 171.

Türk hukukunda, genellikle bu hükümden hareketle, yabancı hukukun tatbiki gereken hallerde, bu hukuk muhtevasının yabancı hukuka dayanan tarafça iddia ve ispat olunması gerektiği ileri sürülmekteydi(189).

Yine bu dönemde bile, yabancı hukukun muhtevasının tespitinde hâkimin bu muhtevayı re'sen araştırması gerektiği, bu konuda sadece yabancı hukuka dayanan tarafın iddia ve ispatına bağlı olarak yabancı hukukun muhtevasının bu şekliyle kabul edilip uygulanamayacağı da doğru ve haklı bir şekilde savunulmuştur(190).

Gerçekten de, HUMK.76.md.'sinin konuya ilişkin hükümlerinin yazılışı başarılı olmadığı gibi yanıltıcı bir nitelik taşımaktaydı. Bu hüküm bu şekilde anlaşıldığı zaman devletler özel hukukunun amacı ve gereklerine mualif sonuçlara varılabilmek mümkündür(191). Çünkü, taraflar bazı hallerde, (özellikle daha uygun hukukun hükümlerinin kendilerine uygulanmasına sağlamakiçin) isteyerek yabancı hukuku "ispat" etmeyebilecekleri gibi, isteseler bile ispat imkanından yoksun olabilirler. Birinci halde kötüye kullanma, ikincisinde de maddenin gerçek amacına uygun olmayan adaletsiz sonuçlar ortaya çıkabilir(192). Oysa bu hükümün mehzazını teşkil eden İsviçre Neuchâtel Kanton yasanınının 70.md.'sinde ispat yükünden değil, "yabancı hukuk hakkında mahkemenin bilgisini sağlamaktan" söz edilmektedir(193) Tabiatıyla, mahkemenin bilgisini sağlamak ayrı "ispat yükü" ayrı şeylerdir. Bu sebeple, esasen mahkeme bu konuda bilgi sahibi ise, yabancı hukukun somut olaya kabili tatbik hükümlerini re'sen uygulayacağı haklı olarak ileri sürülmüştür(194). Eğer mahkeme, yabancı hukukun ilgili hükümlerini bilmiyorsa, ancak bu halde tarafların bu konuda mahkemenin bilgisini sağlaması (HUMK.md.76.nın deyimiyle "ispat") gerekecektir. Bu halde dahi, MÖHUK.'un kabulünden önce bile yabancı hukuku hukuk olarak kabul ve hâkimine kendi kanunlar ihtilâfı kurallarıyla yabancı bir hukukun uygulama emri veren Türk hukukunda, tarafların bu faaliyetleri, hukuku bizzat araştırmak zorunda olan hâkime bir "yardım" dan öte gidemezdi. Yabancı hukukun muhtevasını, tarafların iddia ve itirazlarıyla bağlı olmadan araştırmakla görevli kılınan hâkimin yanında, tarafların faaliyetinin gerçek anlamda bir ispat faaliyeti olacağını düşünmek anlamsız olurdu. Zira, HUMK.76.md/3. cümlesi, yardım etmemenin, bundan kaçırmanın sonucu Türk hukukunu uygulayarak karar verme olarak göstermiştir. Nitekim, kanunlarında yabancı hukukun muhtevasının tespit edilememesi halinde, hangi hukukun uygulanacağı veya ne yapılacağını açıkça göstermeyen ülkelerde bile, vakıaların ispat edilmemesi halinde olduğu gibi davanın reddi cihetine gidilmediğini, bu hukuk sistemlerini incelerken göreceğiz(195).

(189) Bkz. yuk.s. 84 .

(190) Bkz. yuk.s. 85 .

(191) Bu dönemde, MÖHUK. tasarısının hazırlık çalışmaları sırasında HUMK.76.md.hükümünün muafazasını ve yabancı hukukun ispatını taraflara bırakmanın daha uygun olduğunu savunanlarda olmuştur; bkz. Üstündağ; Sempozyum, s.42 vd. Şener; Sempozyum; s. 44 vd.

(192) Tekinalp; MÖHUK Tasarısı, s.101.

(193) Umar; İspat, s.14, Umar-Yılmaz; age., s.21.

(194) Bkz. yuk.s.80dn.157'de anılan yazarlar; ayrıca Uluocak; Kanunlar İhtilâfı; s.33-34.

(195) Bkz. sşs.s.102vd.

Bütün bu sebeplerle, MÖHUK. md.2 ile artık yürürlük gücü kalmayan HUMK.76. md/2 ve 3.cümlelerinin yürürlükte olduğu dönemde bile varılabilen böyle bir sonuca, bugün varmak haydi haydi doğru olacaktır.

b) Hâkimin Yabancı Hukukun Muhtevasının Tespitinde Tarafların Yardımını İsteyebilmesi.

MÖHUK. md. 2/I.f.2.cümlede " Hâkim, yetkili yabancı hukukun muhtevasını tespitinde tarafların yardımını isteyebilir " denilmektedir.

Hernekadar, hâkim, yetkili yabancı hukuku re'sen uygulamak ve bu uygulama içinde yabancı hukukun muhtevasını bizzat tespit etmek zorunda ise de, kanun koyucu bu hükümle yabancı hukukun bilirmesi ve bulunmasındaki güçlüğü dikkate alarak hâkimin bu görevini hafifletme amacını gütmüştür.

Hâkim uygulanacak yabancı hukukun muhtevasını biliyorsa, ona tarafların yardım etmesine gerek yoktur. Ancak bilmiyorsa, böyle bir yardım ihtiyacı doğabilecektir(196). Bu ihtiyaca uygun olarak hâkim taraflardan yabancı hukukun ilgili hükümlerini tespit için yardım isteyebilir. Ancak , hâkime böyle bir yardımı öncelikle ve herhalde yabancı hukukun uygulamasından yarar bekleyen taraf yapmaya çalışacaktır(197). Bununla beraber, yabancı hukukun muhtevasının tespitinde kanunun taraflara yüklemiş olduğu yardım mükellefiyeti, hâkimin yabancı hukukun muhtevasını re'sen araştırmasına engel teşkil etmez(198) ve üstelik bu yardım mükellefiyeti daha doğrusu külfeti hakimi yabancı hukukun muhtevasını araştırma mecburiyetinden kurtarmaz. Zira, aslı görevli hâkimdir, taraflar adı üstünde yardımcıdır. Hâkimin bu konuda elinden gelen tüm gayreti göstermesi şarttır; oysa tarafların yardım etmemesi, hâkimin yabancı hukuku araştırmasına neden olamaz(199).

Aslında, yabancı hukukun hukuk olarak uygulanması halinde de hâkimlere yabancı hukuku tamamen bilmek mecburiyeti yüklenemeyeceğine göre, yabancı hukukun muhtevasını tespitinde tarafların yardımını temin etmek en normal yoldur. Yabancı hukukun uygulanmasını, menfaatine uygun görmeyen taraftan böyle bir yardımda bulunmayı beklemek iyimserlik olur. O halde, yabancı hukuka talep ve iddialarını dayandıran taraf bu yardımı yapmaya çalışacaktır(200). Bu sebeple taraflara hâkime yardım etme yükümlülüğünü öngören MÖHUK. 'un md.2/I.f.hükümü gerçekçi ve mantıklı bir düzenlemenin ifadesidir.

Taraflar, hâkime ilgili yabancı kanunun onaylı tercümelerini bulmak, ilgili konsolosluk veya elçiliklerden söz konusu hukukun muhtevası hakkında bilgi getirmek, yabancı hukukla iştigal eden enstitü veya bilirkişilere başvurmak suretiyle yardımcı olabilirler(201).

(196) Nomer:DHH, s.197.

(197) Çelikel-Nomer: Örnek Olaylar 1986, s.223.

(198) Çelikel-Nomer: Örnek Olaylar 1986, s.223; Nomer:DHH, s.197.

(199) Tuluay, yeni düzenlemeyi, hâkim ve taraflar arasında işbirliği esasına dayanan

Ancak, kanunun taraflara yüklemiş olduğu yardım külleliyetini, usul hukukundaki ispat külfeti ile karşı tırmamak gerekir. Gerçi kanunda isabetli olarak böyle bir tabir kullanmamıştır. Bilindiği üzere, "ispat yükü, belli bir olayın gerçekleşmiş olup olmadığının anlaşılmasını, yeni olayın ispatsız kalması yüzünden yargıcın aleyhte bir kararıyla karşılaşmak tehlikesidir."(202). Dolayısıyla kendisine ispat yükü düşen taraf (MK.md.7) iddiasına dayanak yaptığı vakıyı ispat edemezse, artık o olaydan kendi lehine bir sonuç çıkarma hakkını kaybeder, ilgili kuralda öngörülen hukuksal sonuç doğmaz(203). İspatsızlığa riskine, yani hâkimin aleyhte bir kararına katılmak zorunda kalır, örneğin davası (daha doğrusu istemi) reddedilir(204). Halbuki, MÖHUK. md.2'de sözü edilen yardım külleliyeti, hâkime yabancı hukukun muhtevasını bulmakta yardım etmekten ibarettir(205). Yabancı hukuku uygulamak zorunda olan hâkim, elindeki tüm imkanları kullanarak, bu arada taraflarında yardımını isteyerek yapmış olduğu tüm araştırmalara rağmen, yabancı hukukun kabili tatbik hükümlerini tespit edememişse, yabancı hukukun uygulanabilmesi onun tatbikinde menfaati olan tarafın bu bilgiyi hâkime sağlamasınabağla kalmaktadır. Taraflar veya ilgili taraf bu bilgiyi temin edemediği veya etmediği (yardımdan kaçındığı) takdirde (hakimde bilmiyorsa), sadece yabancı hukukun uygulanmaması sonucuna katılmak zorunda kalacaktır(206). Bu durumda, yabancı hukukun uygulanmaması nedeniyle Türk hukuku uygulanacağı için (MÖHUK.md.2/f.II) tarafların talep ve istemleri veya davası Türk Hukukunun maddi hükümlerine göre karara bağlanacak, duruma göre bu talepleri yine de kabul edilebilecektir. Yabancı hukukun uygulanması ile elde edebileceği bir sonuca, Türk hukukunun uygulanması halinde de kavuşabilecek, ulaşabilecek taraf veya taraflar için hâlâ hâkime yardımcı olmayı beklemek, tarafların boş yere çöba harcayıp (çünkü nasılsa aynı neticeye kavuşuluyor) zahmete katılmasını beklemek olurki, bu beklenti hayatın realitelerine uygun düşmez.

D. YABANCI HUKUKUN MUHTEVASININ TESPİT USULÜ

(HAKİME YARDIMCI VASİTALAR)

MÖHUK.' un 2.md.'si uyarınca hâkim, uygulanacak hukukun muhtevasını tespit etmek için araştırma yapmak zorundadır. "Iura novit curia" ilkesi yabancı hukuk yönünden geçerli sayılmadığından, hâkimin yabancı hukuku behamahal bildiği söylenemez. Ancak, uygulayacağı hukukun muhtevasını tespit etmek zorunda olduğuna göre, eninde sonunda bir bilgiye ulaşmak zorundadır. Hâkim bu bilgiye şahsi gayretleri sonucu ulaşabileceği gibi, bu husustataarafların yardımını da isteyebileceğini

(202) Umar-Yılmaz sage., s.3.

(203) Umar-Yılmaz:sage., s.1.

(204) Bkz. Umar-Yılmaz:sage., s.2-5.

(205) Aynı marada Nomer:Yabancı Kanun, s.75.

(206) Nomer: DHH, s.199; Nomer: Yabancı Kanun, s.75.

belirtmiştik. Hakim bunun yanında resmi bilgi kaynaklarına müracaat edebilir veya bilirkişiye başvurabilir. Yabancı hukukun bilirmesi ve bulunmasındaki güçlük nazara alındığında, hâkime muhtevayı tespit zımında yapacağı araştırmada bir sınırlama koymamak, ona geniş bir hareket serbestisi tanımak lüzumu kendisini hissettirir. Gerçekten de, hâkime yapacağı bu araştırmada geniş bir hareket serbestisi tanınmış, her hangi bir sınırlama getirilmemiştir. Bu serbesti içinde, yabancı hukukun muhtevasının araştırılıp tespit edilmesinde takip edilecek yol (usul) hâkimin görev anlayışına bırakılmıştır(207).

Mahkemenin, dahadoğrusu hâkimin bilgi sahibi olması gereken husus, bir vakıa olmayıp yabancı da olsa bir hukuk kaidesi olduğundan, hâkim bu konuda kendisine yardım eden tarafların iddia ve savunmaları ile bağlı olmadığı gibi, vakıaların ispatındaki sınırlama ve şekillerle, ne de usul kanununda yer alan ispat vasıtaları ile (delillerle) bağlıdır(208).

Hâkim, tespit usulünde sahip olduğu serbesti gereği, yabancı hukukun muhtevasını tespit için tüm bilgi kaynaklarına başvurmak yetkisine sahip olduğu gibi, aynı zamanda böyle bir zorunluluk altında da bulunmaktadır(209). Zira, hâkim bu hususta elden gelen tüm çaba ve gayreti göstermek zorundadır. Öyleki, hakim " tüm araştırmalara" rağmen yabancı hukukun muhtevasını tespit edememeli, bulamamalıdır(210).

1. Hâkimin Şahsi Bilgisini Kullanması

Yabancı unsurlu bir olay ve ilişkide uygulamak açısından yetkili olan yabancı hukuku hâkimden bilmesi beklenemez ise de, somut olay bakımından hâkim, ihtilâfa uygulanacak yabancı kanunu (hukuk kuralını) biliyor olabilir. Hâkim, davada uygulanacak hukuk hakkındaki bilgisini ye herkes tarafı dan bilinen bir malumat olarak yada dava dışında yapmış olduğu şahsi çalışma ve araştırma sonucu öğrenmiş olabilir(211). Örneğin; iyi derecede yabancı dil bilen bir hâkimin yabancı hukuk hakkında yabancı literatürü inceleyerek bilgi sahibi olması mümkündür. Hâkim, yabancı kanun metinlerini, yabancı ve yerli doktrin ve uygulamayı inceleyerek böyle bir bilgiye ulaşmış olabilir(212). Bu durumda hâkimin kendi şahsi bilgisini değerlendirerek yabancı hukuku re'sen uygulayacağına tereddüt edilmemelidir. Bu anlamda, İtalyan boşanma hukukunun uygulandığı bazı mahkeme kararları(213), boşanmayı tanımayan eski İtalyan Kanununun, hâkimin şahsi bilgisi olarak uygulandığını kabule elverişli olarak yorumlanmıştır(214).

(207) Çelikel-Nomer: Örnek Olaylar 1986, s.223; Nomer:DHH, s.200, Çelikel;MÖH,s.173-174

(208) Nomer: DHH, s.200.

(209) Y.2HD.'nin 26.5.1949 tarihli kararı (Fişek:age.,s.38).

(210) Aynıyörde Nomer-Çelikel:Örnek Olaylar 1986,s.223;Nomer :DHH, s.201.

(211) Nomer:DHH, s.201.

(212) Nomer:Yabancı Kanun, s.88; Nomer:DHH, s.201, dn.209.

(213) Örneğin; Y.2HD.'nin 5.3.1962 T.ve E.865/K.1431,10.4.1945 T.ve E.5095/K.1988, 16.4.1957 T.ve E.1521/K.2265 ve 9.11.1951 T.ve E.6788/K.7102 sayılı kararları (Berki-Ergüney:age.,s.9 vd.,98 vd.,121 vd.)

(214) Nomer:Yabancı Kanun, s.88-89 dn.250.

2. Hâkimin Diğer Bilgi Kaynaklarına Başvurabilmesi

Bu hususta hâkimin önünde çeşitli imkanlar mevcuttur.

a) Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi

Daha önceki dönemlerde, yabancı hukukun muhtevasının ispatındaki güçlük gözünde bulundurularak, bu hususta hâkime ve taraflara yardımcı olmak gayesiyle, milletlerası alanda yapılan girişimler bir sonuç vermemiştir. Bu alanda yapılan çalışmalar da devletlere yabancı kanunların mahkemelerce bilirmesini kolaylaştırmak konusunda bazı ödevler düştüğü belirtilmekle beraber, bunlar pozitif bir yükümlülüğten öte, sadece temenni mahiyetinde kalmıştır(215).

Nihayet bu çalışmalar pozitif semeresini vermiş, yabancı hukuk hakkında adli mercilerce bilgi edinilmesini kolaylaştırmak amacı ile Avrupa Konseyi'ne üye olan devletler arasında 7 Haziran 1968 yılında Londra'da bir sözleşme imzalanmıştır. Bu sözleşme "Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi"-dir(216). Bu sözleşmeye 1975 yılında Türkiye'de taraf olmuştur(217).

Bu sözleşmeye göre (218);

a) Âkit devletler, medeni ve ticaret hukukları ve hukuk usulleri ile yargı örgütleri konusunda, birbirlerine bilgi vermiyi kabul etmişlerdir(md.1)(219).

b) Bu amaçla, her âkit devlet kendi adli mercilerinden gelen bilgi istemlerinin kabul etmek ve bu istemleri yabancı yetkili kabul organına iletmekle görevli bir kabul organı belirleyerek (veya kurarak) bunun isim ve adresini Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine bildirecektir. Bu organ, bir bakanlık dairesi veya devletin diğer bir organı olacaktır(md.2)

c) Bilgi istemi, ancak adli merciler tarafından yapılabilecektir. Ancak âkit devletler kendileri bakımından adli merciler dışındaki mercilerden sadır olacak istemlere de cevap vermek konusunda anlaşabilirler(md.3).

d) Bilgi istemi ancak açılmış davalar nedeniyle yapılabilecek, istemde, davanın niteliği belirtilecek ve hangi hususlar hakkında bilgi istendiği ve istemde bulunan devletin birden fazla hukuk sistemi varsa, hangi hukuk hakkında bilgi istendiği açık olarak belirtilecektir(md.4).

e) İstem, adli merci tarafından (nakil organı yoksa), talepte bulunan devletin kabul organına doğrudan doğruya gönderilecek (md.5), bu durumda cevap doğrudan bu mercie bildirilecektir(md.9).

(215) Bu çalışmalar hakkında bkz. Seviğ, M.R-V.R:DHH,s.431.

(216) RG.26 Ağustos 1975, s.15338.

(217) 20 Mayıs 1975 tarih ve 1899 sayılı Kanun (RG.29 Mayıs 1975,S.152491).

(218) Bu sözleşme, hükümlerinin açıklanması hakkında bkz.Kegel:IPR,s.230-231.

(219) Göger, sözleşme kapsamına girmeyen konularda da mahkemelerin sözleşme hükümlerinin gösterdiği yolu izlemelerinin yerinde olduğunu belirtmektedir;Göger:DHH, s.138.

f) Sözleşmenin 7.md.'si ise cevabın muhtevasını düzenlemektedir.

Buna göre; cevabın amacı, istemin sadır olduğu adli mercie, istemde bulunulan devletin hukuku hakkında objektif ve tarafsız bir şekilde bilgi vermek olmalıdır. Duruma göre, bu cevap ilgiliyasa ve tüzük metinleri ile içtihat kararlarını ihtiva edecektir. İstemde bulunan makamın sağlam bilgi edinebilmesi için gerekli görülecek ölçüde, doktrine ait eserler ve hazırlık çalışmaları gibi tamamlayıcı belgeler eklenecektir. Açıklayıcı yorumlarda cevaba eklenebilir(md.7).

g) Bilgi isteğine mümkün olduğu kadar süratle cevap verilecek(md.12), cevap; istemde bulunan devletin dilinde yazılacaktır(md.14).

h) Cevapla verilen bilgilerin isteğin sadır olduğu adli mercii bağlamayacağı da, sözleşmenin 8.md.'sindekabul edilmiş bulurmaktadır.

Bu şekilde ana hatlarını açıklamaya çalıştığımız Avrupa Sözleşmesi resmi yoldan yapılacak başvurular için bir kaynak oluşturmaktadır.(220). Bu sebeple, davada uygulanacak yabancı hukuk, bu sözleşmeye katılmış olan bir devlet hukuku ise, hâkim Adalet Bakanlığı aracılığıyla ilgili devletin hukuku hakkında bilgi verilmesini istemelidir(221).

b) Konsolosluk veya Temsilciliklere Başvurma

Hâkim, yabancı hukukun tespitinde konsolosluk ve elçiliklere de başvurabilir. Hâkimin bu yetkisi (görevi) MÖHUK.md.2/I.f.ile yabancı hukuku re'sen uygulama ve içeriğini bizzat tespit etmek zorunluluğu açıkça vurgulamadan öncede doktrin(222) vetatbikatta (223) kabul edilmekteydi. O halde, bugünde hâkim yabancı hukuk hakkında, yabancı ülkedeki Türk temsilcilik veya konsolosluğundan yada Türkiye'de bulunan yabancı temsilcilik veya konsolosluklardan bilgi talep edebilir(224).

Türk Mahkeme uygulamasında da genellikle bu yoltakip edilmekte, hukuku uygulanacak yabancı devletin temsilciliğinden ilgili yabancı kanunun metinleri sorulmakta ve bunadan gelen yabancı kanun metinlerinin onaylı tercümeleri ile yetinilip karar verilmektedir(225). Şüphesiz ki, bir çok olayda tercüme kanun metinleri yetersiz kaldığından, bu durum mahkemelerce yanlış kararların verilmesine neden olmaktadır(226). Hukuk kamundan ibaret olmadığına, kanun hukukun kaynaklarından sadece birisi olduğuna göre, yabancı kanunun sadece tasdikli tercümesinin olayı

(220) Aynı yönde Çelikel: MÖH, s.173.

(221) KuruluşMU,C.II,s.1331-1332.

(222) Berki, O.F.:Kanun İhtilâfları, s. 44-45; Seviğ M.R.:Sentez, s.26; Seviğ,M.R+V.R.: DHH, s.431; Güger:DHH, s.137; Güger:İçtihatlar, s.32-33; Nomer:Yabancı Kanun, s.89-90; Uluoak:Kanunlar İhtilâfı, s.34; KuruluşMU,C.II,s.1331; Sivrihisarlı: agt.,s.48.

(223) Özellikle Y.2HD.'nin 26.5.1949 tarihli (Fişek:age.,s.38) ve 10.11.1960 tarihli (Berki-Ergüney:age.,s.68-69) kararları.

(224) Çelikel-Nomer:Örnek Olaylar 1986, s.223; Çelikel MÖH,s.173-174; Nomer:DHH,s.201.

(225) Nomer:Yabancı Kanun, s.89-90; Nomer:DHH, s.201.

(226) Örneğin Y.2HD.'nin 29.11.1951 T.ve E.7621/K.7436,17.7.1947 T.ve E.2860/K.4186 ve 4.1.1951 T.ve E.7973/K.57 sayılı kararları(Berki-Ergüney:age.,s.64,96 vd.,123 vd)

doğru çözümlenmek açısından yeterli olmayacağı açıktır. Bu nedenle, eğer bu yol ile yabancı hukuk hakkında bilgi edinilecekse yabancı kanunun onaylı tercümelemleri yanında, konuya ilişkin doktrin görüşü ve mevcut uygulama hakkında da bilgi almak gereklidir.

c) Bilirkişiye Başvurma

Hâkim yetkili yabancı hukukun muhtevası hakkında HUMK.md. 275 ve müteakip maddelerin göre bilirkişilik kurumundan faydalanmak suretiyle bilgi sahibi olabilir (227). Ancak burada haklı olarak şöyle bir itiraz ileri sürülebilir. Bilindiği üzere, hukukî konularda bilirkişiye müracaat edilemez. (HUMK.md.275/2.cümleden çıkarılan sonuç). Yabancı hukuk, Türk hukukunda hukuk olarak kabul edildiğine göre, acaba hakim yabancı hukuk kuralı hakkında bilirkişiye müracaat edemeyecek midir? Kanımızca bu kural burada işlemez. Çünkü, hâkimin hukuku bildiği faraziyesi yabancı hukuk hakkında geçerli olmadığına göre ve hâkimden uygulanacak yabancı hukuku da bilmesi beklenemeyeceğine göre, ortada çözümü özel bilgiyi gerektiren bir sorun var demektir. Gerçekten de, yabancı hukukun muhtevasını tespit etmek veya bilmek, hâkimlik mesleğinin gerekli kıldığı genel ve hukukî bilgi ile ulaşılabilecek bir sonuç değildir. Hâkimden kendi hukukunu bilmesi beklenir, yabancı hukuku bilmek değil. Ayrıca, bugün için örf ve âdet hukuku kurallarının tespitinde dahi, üstelik bu kurallar hakimin kendi hukukunun bir parçası olduğu halde bilirkişiye müracaat imkân tanındığına göre, yabancı hukuk kuralları için böyle bir istisnaya yer vermek haydi haydi mümkün olmalıdır(228). Zaten, hakimin yabancı hukukun tespitinde bilirkişiye başvurabileceği doktrinde de (229) kabul edilmektedir. Yargıtay'ın da buna imkân tanıdığını söylemek yanlış olmaz(230).

Hâkimin re'sen yabancı hukukun tespitinde bilirkişiye müracaatı halinde, bu bilirkişi (veya bilirkişilerin) hâkimce re'sen seçilmesi gerekecektir. Bu bilirkişi seçiminde hâkimin HUMK.mn 275 vd.maddelerine uygun hareket etmesi, seçilen bilirkişi(veya bilirkişilerin)nin de, bu hükümlere göre faaliyette bulunması ve yabancı hukuk kuralının mevcudiyeti, muhtevası ve yürürlüğü hakkında mahkemeye bilgi vermesi gereklidir(231). Bilirkişinin faaliyeti hâkime yardım niteliği taşır ve hâkim yabancı hukukun muhtevasını bizzat tespit etmekle görevli olduğuna göre, bu bilirkişi mütalası da hâkimi bağlayıcı nitelikte değildir(232).

Burada özenle ve önemle üzerinde durulması gereken nokta, seçilecek bilirkişilerin "nitelikleri"dir.

(227) Nomer: Yabancı Kanun, s.92. Alman hukukunda da hakimin bilirkişiden rapor alma yetkisi kabul edilmektedir; Kegel: IPR, s.227.

(228) Sivrihisarlı: sgt., s.47.

(229) Nomer: Yabancı Kanun, s.92-93; Çelikel-Nomer: Örnek Olaylar 1986, s.223; Göger: DHH, s.137; Göger: İqtihatlar, s.30; Kurş: HMU, C.II, s.1331; Sivrihisarlı: sgt., s.47, 48-49; Nomer: DHH, s.201-202.

(230) Y.2HD. 'nin 11.10.1941 T.ve E.3474/K.2858 sayılı kararı (Berki-Ergüney: age., s.79 vd.)

(231) Nomer: Yabancı Kanun, s.93.

(232) Aynı zamanda : Nomer: DHH, s.201-202.

Bu konuda uzmanlaşmış bulunan resmi ve özel kurumlar bilirkişi olarak görevlendirilebilir. Gerçekten de yabancı hukuk hakkındaki bilginin ihtisas sahibi (uzmanlaşmış) hukukçulardan ve yabancı hukuk ile meşgul olan kurumlardan örneğin; Üniversitelerin milletlerarası özel hukuk veya mukayeseli hukuk kürsülerinden veya Enstitülerinden temin edilmesi(232) çok daha güvenilir ve sağlam bir yoldur(233).

Bir ülkede hukuk tahsili yapmak veya o ülkede akademik bir ünvan almak, o devletin hukuku hatta kanunları hakkında yeterli bilgiye sahip olmak anlamına gelmez. Bu sebeple, bilirkişinin hukuku uygulanacak devletin hukuk kuralları ve bu kuralların uygulanışı hakkında tam bir bilgi sahibi olan (ihtisaslaşmış-uzman) kişilerden seçilmesi gerekir(234).

Ayrıca, bilirkişiye müracaat halinde, konu ile ilgili yabancı hukuk kuralları hakkında bilgi istemek yerine, yabancı unsurlu dava dosyasının ihtisas sahibi hukukçuya veya yukarıda değindiğimiz kurumlara gönderilmek suretiyle doğrudan doğruya ihtilâfa dair hukukî ve bilimsel görüş alınmasının, yabancı hukukun tespiti ile ilgili birçok problemleri de halletmesi yönünden daha uygun olacağı belirtilmektedir(235).

3. Tarafların Hâkime Yardım Etmeleri

MÖHUK. 2.md/I.f.2.cümlesine göre; "Hâkim yabancı hukukun muhtevasını tespitte tarafların yardımını isteyebilir" Görüldüğü üzere, kanun, hâkime yardımcı olmak üzere tarafları göstermektedir. Burada taraflardan maksat ilgili taraftır. İlgili taraf ise, yabancı hukukun muhtevasının tespit edilememesi halinde, beklediği hakka kavuşamayacak kişidir. Bu duruma göre ilgili taraf, davacı veya davalı olabilir. Çekişmesiz yargıda talep sahibi, eğer mevcutsa talep muhatabı olabilir(236).

Hemen belirtelim ki, yabancı hukukun uygulanmasından yarar uman tarafın, hâkimin bu konuda herhangi bir yardım talebi olmasa bile, kendiliğinden, yabancı hukukun muhtevasının tespit edilmesinde hâkime yardımcı olması doğaldır. Burada taraf, yabancı hukuk kuralının varlığı ve muhtevası hakkında hâkimâ ikna etmek yolunda çaba sarfeder. Bu yardımı hâkimde istemiş olabilir. Her iki durumda da, yani gerek kendiliğinden gerekse hâkimin talebi üzerine tarafların yapacağı bu faaliyet, yabancı hukukun muhtevasını tespitte hakim asli görevli olduğu için, serbest, usul hukukunun ispat kuralları ile sınırlı olmayan, kendine özgü bir delil gösterme faaliyetidir.

(232) Almanya'da Hamburg'da kurulan MaxPlanck Enstitüsü mahkemelere bu alanda yardımcı olmakta, enstitünün 1965'den beri yaptığı çalışmalar sonucu, neredeyse "Devletlerarası ve Yabancı Özel Hukuk" ortaya çıkmaktadır. Yabancı hukukun muhtevasının tespitinde Almanya'da uzun zamandan beri ülke içi bu enstitü vasıtasıyla ve kural olarak belgelerin önplanda olduğu, eksiksiz bir rapor sunan tecrübeli ve olgun bir enfürmasyon tercih edilmektedir;Kegel:IPR, s.230-231.

(233) Nomer:DHH, s.201; Çelikel:MÖH, s.174.

(234) Göger:DHH, s.131.

(235) Nomer:DHH, s.201.

(236) Bunun da bkz. Nomer:Yabancı Kanun, s.48 dn.115.

(237) Nomer:DHH, s.200; aynı manada Sivrihisarlı:agt., s.46-47.

Zira, muhtevası tespit edilecek ve hâkimin ikna edileceği husus, yabancı bir hukuk kuralı olduğu için tespit usulünde bir serbestlik söz konusudur. Ayrıca, hâkim tarafların buyardımı sonucu ortaya koydukları, bilgisine sundukları hukuk kurallarına ancak bu kuralların doğruluğuna, yani ilgiliyabancı hukuk düzeninin kuralları olduğuna kendisi de inandığı takdirde hükme esas alabilir(238). Yani hâkim, bu konuda tarafların iddia ve itirazları ile bağlı olmadığı için (239), yabancı hukukun muhtevasının tespitinde gerek hâkim gerek taraflar usul hukukunun ispat araçlarıyla sınırlı tutulmamışlardır(240)

Bu sebeple, taraflarda hukuku uygulanacakdevletin konsolosluk veya temsilciliklerine müracaatla yabancı kanun metnin tasdiklibir suretini (certificat de coutume) alarak, bunun tercümesi ile birlikte mahkemeye sunabilir(241). Ancak, istisnaen kanun metni yeterli olabilirse de çoğunlukla bu konuda metinle birlikte ilgili kanun hükmünün geçerli olduğu memleketteki hukukçularınca uygulanış şeklinin de mahkemeye sunulması gerekir(242).

İlgili taraf, yabancı hukukun ilgili hükümlerini tespit için bilirkişiye'de başvurabilir(243). Bu konuda ihtisas sahibi bir hukukçunun veya kurumun mütalaasını getirebilir. Bilirkişiye başvuru kendiliğinden olabileceği gibi, hâkim tarafından ilgili tarafın görevlendirilmesi üzerine de gerçekleşebilir. Genellikle, mahkemelerin ilgili tarafı veya tarafları, yabancı hukuk alanında uzmanlaşmış bir hukukçudan veya kurumdan yabancı hukuk hakkında bilgi getirmek hususunda teşvik edip görevlendirmeleri amaca daha uygun düşer(244).

Mahkeme, (hâkim) yabancı hukukun muhtevası hakkında taraflarca sunulan bu bilgilerin doğruluğu hakkında bir kanaate varmışsa, hükmüne esas alabilir(245). Çünkü, hakim yabancı hukukun muhtevasını araştırmak hususunda asli görevlidir. Tarafların faaliyeti hakimeyapılan bir yardım mahiyetindedir. Bu sebeple hâkim, tarafların bu konuda sunduğu delil ve belgelerle, iddia ve itirazlarla veya kabullerlebağlı değildir. Bunları doğru bulursa, doğru görürse kabul edip uygulayabilir. Ayrıca,

(238) Çelikel;MÖH,s.173; Nomer:DHH, s.200.

(239) Ansay:age.,s.252; Berki, O.F.:Kanun İhtilâfları, s.45; Çelikel;MÖH,s.173.

(240) Nomer: DHH, s.200; Çelikel-Nomer: Örnek Olaylar 1986,s.222.

(241) Seviğ,M.R.:Sentez, s.21; Seviğ,M.R.-V.R.:DHH,s.431; Seviğ,V.R.:Denetim,s.23; Seviğ,V.R.:Kanunlar İhtilâfı,s.209; Uluocak:Kanunlar İhtilâfı,s.34; Göger:DHH,s.137;Metya:DHH,s.100; Kuru:HMU,C.II,s.1331; Ansay:age.,s.252; Yavuz:age.,s.385; Çelikel-Nomer:Örnek Olaylar 1986,s.223.

(242) Seviğ,M.R.:Sentez,s.21; Seviğ,M.R.-V.R.:DHH,s.431; Berki, O.F.:Kanun İhtilâfları, s.45; Ertem:age.,s.743; Yavuz:age.,s.223.

(243) Nomer:Yabancı Kanun, s.91-92;Çelikel-Nomer:Örnek olaylar 1986,s.223; Göger:DHH, s.131-133; Göger:İçtihatlar,s.30; Kuru:HMU,C.II,s.1331; Sivrihisarlı agt., s.47,48-49.

(244) Aynı yönde Nomer:DHH,s.202.

(245) Bu nedenle, yargılamaya taraflardan birinin yokluğunda devam edilmesihallerde hâkim yabancı hukukun muhtevası konusunda diğer tarafın iddia ve ispatı ile bağlı olmaz. Zira, yabancı hukuk bir vakıa değildir;Nomer:DHH,s.198-199.

gerek kendiliklerinden gerekse hâkimin talebi üzerine, yabancı hukukun muhtevasını tespit hususunda faaliyete girişen ilgili taraf veya taraflar, giriştikleri bu araştırma faaliyeti nedeniyle, yabancı hukukun muhtevasını ispat yükümlülüğü altına girmiş olmazlar.

III. YABANCI HUKUKUN MUHTEVASININ TESPİT EDİLEMEMESİ

Yabancı hukukun uygulanabilmesi için, onun muhtevasının tespiti gerekir. Yabancı hukukun ihtilâfa uygulanacak kuralları tespit edilemezse, uygulaması da mümkün olmayacaktır.

Yabancı hukukun muhtevasını, tarafların da yardımıyla hakim bizzat araştırır. Ancak, bütün çabalara rağmen yabancı hukukun muhtevasının tespit edilememesi de mümkündür. Yabancı hukukun muhtevasının tespit edilememesi ya kısmi olabilir yada, yabancı hukukun muhtevası hiç tespit edilemez(246).

Bu yüzden meseleyi ikiye ayırarak incelemek gerekmektedir.

A. YABANCI HUKUKUN MUHTEVASININ KISMEN TESPİTİ (KISMEN TESPİT EDİLEMEMESİ)

Yabancı hukukun muhtevasının kısmen tespiti veya kısmen tespit edilememesi halinde, nasıl bir yoz izleneceğinde haklı olarak tereddüde düşülebilir. Zaten, yabancı hukukun uygulanması sırasında, yabancı hukukun muhtevasının kesinlikle ve tam olarak tespit edilmemesi, yabancı hukukun bililmesi ve bulunmasındaki güçlük gözönünde tutulduğunda, pek nadir olarak ortaya çıkan bir durum da değildir(247).

MÖHUK.'un 2.md.'sinin 2 nci fıkrasında "yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin tüm araştırmalara rağmen tespit edilememesi halinde Türk hukuku uygulanır" denilmekte, kısmen tespit veya kısmen tespit edilememe halinde ne yapılacağı gösterilmemektedir. Acaba, yabancı hukukun kısmen tespit edilmesi halinde yabancı hukuku artık bir kenara bırakıp Türk hukukunu mu uygulayacağız. Bir başka deyişle kısmen tespit veya kısmen tespit edilememe hali de bu madde kapsamına dahil midir?(248). İşte bu sorunun halledilmesi lazımdır.

1. Muhtelif Çözümler

Yabancı hukukun muhtevasının tam ve kesin olarak tespitindeki güçlük, yabancı hukukun "en büyük ihtimal" ölçüsü dahilinde tespit edilip, bununla yetinilmesi gerektiği yolunda fikirlerin doğmasına yol açmıştır(249).

(246) Nomer:Yabancı Kanun, s.104; Göger:DHH,s.135.

(247) Aynı yönde Nomer:Yabancı Kanun,s.107.

(248) Arat,T.:Sempozyum,s.41-42.

(249) Türk hukukunda Nomer, bu duruma işaretle Türk mahkeme tatbikatında genellikle yabancı kanun metinlerini konsolosluklardan sormak ve gelen cevaplara yetinmek suretiyle karar vermek yoluna gidildiğini, oysa bu metinlerin hiç olmazsa bir çok olayda yabancı hukuku tam olarak yansıtmadığını, ancak sözü geçen kanun metinlerinin en büyük ihtimalle yabancı hukuku ifade ettiğinden hareket edilebileceğini, bu hale nazaran Türk mahkemelerinin yabancı hukukun muhtevasının kesinlikle tespit edilemediği hallerde en büyük ihtimalle yabancı hukuku uyguladıklarının söylenebileceğini belirtmektedir;Nomer:DHH,s.204.

Bu fikir bazı ülkelerde de kabul edilmiş bulunmaktadır(25)).

Hatta bazı hallerde, yabancı hukukun muhtevası taraflarca tam ispatlanamıyor ve hâkimde muhtevayı tespit edemiyor ise, hâkimin elindekilerle yetirmesi gerektiği söylenmiştir(251).

Uygulanması gerekli yabancı hukukun tespit edilemeyen muhtevasını en büyük ihtimal dahilinde tespit edebilmek ve hâkimin bu hukukla ilgili bilgisindeki boşlukları doldurabilmek için "yaklaşık kıymetlerden" (veya yardımcı çözümlerden) (252) yararlanması gerektiği ileri sürülmüş ve bu noktada çeşitli görüşler belirlenmiştir(253).

Bunları başlıca üç grupta toplayabiliriz:

Bir görüşe göre hâkim akraba hukuktan faydalanarak bu noktadaki bilgisini tamamlamalıdır.

Bir başka öneriye göre hâkim, bu konuda mukayeseli hukuktan yararlanmalıdır.

Diğer bir görüşe göre hâkim "pacta sunt servanda" (ahde vefa-söze sadakat gibi genel hukuk prensiplerinden) hareket ederek yabancı hukuk hakkında bilgisini tamamlayabilir.

Hatta hâkimin, kendi hukukundan faydalanması da düşünülebilir.

Yukarıda belirttiğimiz çeşitli çözüm önerilerinin, yabancı hukukun tespit edilememesi halinde, hangi hukukun uygulanacağı konusunda açık bir düzenlemenin bulunmadığı hukuk sistemleri açısından önem taşıdığını söyleyebiliriz.

2. Türk Hukukunda Durum

Türk hukukunda gerek MÖHUK.md.2/f.II'de, gerekse yürürlük gücünü kaybetmiş bulunan HUMK.md.76/2 ve 3.cümlelerinde, yabancı hukukun muhtevasının tespit (ispat) edilememesi halinde Türk hukukunun uygulanacağı kanunî bir hüküm olarak yer almıştır. Yabancı hukukun muhtevasının tamamen tespit edilememesi halinde, ihtilâfa Türk hukukunun uygulanacağından şüphe edilemez.

Ancak, MÖHUK.md.2/f.ZI'de geçen "tespit edilememe" tabiriyle kastedilen sadece tamamen tespit edilememedir? yoksa kısmen tespit veya kısmen tespit edilememe gibi hususlarda buraya dahil midir? Bir başka deyişle yabancı hukukun kısmen tespit edilmesi halinde, yabancı hukukun uygulanıp uygulanmayacağı haklı olarak sorulmuştur(254). Gerçekten de bu nokta yoruma açıktır.

Bu konuda Nomer, yabancı hukukun "en büyük ihtimal" ölçüsü içinde tespiti yoluna gidilirken, bu ihtimali en büyük ölçüde yaratabilecek bir bilgiye ulaşmanın şart olduğunu, aksi halde yabancı hukukun tespit edilemediğinden hareket etmek gerekeceğini (255) yabancı hukukun dışında bir takım hayali kuralların uygulanması şüphesinin bulunduğu veya yabancı hukukun tam olarak bilmediği yada

(250) Örneğin; İngiliz, İskandinav ve Danimarka hukuklarında bu çözüm yolu benimsenmektedir; Nomer; Yabancı kanun, s.108 dn.322.

(251) Wolff :IPR,s.55; Yazar bu durumu şöyle açıklamaktadır; Eger bir Bolivyalının durumu inceleniyorsa ve elinizdeki en yeni vesika 1830'lardan kalma ise, yenisini tedarik edemiyorsanız, bu hala geçerliymiş gibi davranmalıyız; Wolff:IPR,s.55-56.

(252) "Yardımcı çözümler"veya"yaklaşık değerler" için bkz.Kegel:IPR,s.232-233.

(253) Bu görüşler için bkz. Nomer; Yabancı Kanun,s.108-109;Kegel:IPR,s.233.

(254) Arat: Sempozyum,s.41-42.

(255) "Yabancı Hukukun Tespit Edilememesi"

anlaşılmadığı tereddütün olduğu her olayda yabancı hukukun uygulanmasından vazgeçilip Türk hukukuna göre karar vermenin kanun gereği" olduğunu belirtmektedir(256). Yazarın, tam kanaata yakın bir ihtimalle yabancı hukukun muhtevasının tespit edilmesi halinde, yabancı hukukun, böyle bir ihtimalin mevcut olmadığı hallerde Türk hukukunun uygulanacağını kabul ettiği . söylenebilmek(257).

Göger(258), yabancı hukukun muhtevasının kısmen tespit edilmesi halinde iki yol düşünülebileceğini; bunlardan ilkinin göre, kısmi tespit (ispat)halinin hiç nazara alınmayarak Lex fori'nin küll halinde yabancı hukukun yerini alması ve uygulanması, ikincisine göre, kısmi tespit (ispat) halinde yabancı hukuk ile Lex fori'nin birlikte uygulanarak, yetkili hukukun tespit edilemeyen noktalarının for kanunları ile doldurulması şeklinde olabileceğini belirtmektedir. Yazara göre, Türk hukukunun ortaya çıkan boşluğu Lex fori'yle doldurduğu kabul edilmelemdir(259).

Bu yollardan ilkinin seçimi, kararların iç ahengine , ikincisinin seçimi ise kararların dış ahengine hizmet eder. Bu nedenle ikisi arasında soyut ve kesin bir tercihin yapılması imkansızdır. Bu sebeple somut olayın niteliğine göre, her iki yoldan da yararlanılabilmelidir(260).

Kanaatinizce, yabancı hukukun " en büyük ihtimalle" tespit edilerek bununla yetinilmesi (yani bunun tam bir tespit sayılması) ve yabancı hukukun uygulanması gerektiği yolundaki görüş, yabancı hukukun tatbikinde ısrarlı olması bakımından tasvibe şayan isede, işlenmesi büyük ölçüde hâkimin yabancı hukukun uygulamadaki isteğine bağlı bir öneridir. Zira, "en büyük ihtimal" ölçüsü gibi belirsiz ifadeler hâkime derhal kendi hukukuna dörmeye fırsatı verir. Bu gerçek karşısında; yabancı hukukun kısmen tespiti halinde ortaya çıkacak boşluğun nasıl doldurulması gerektiği hususu üzerinde durmak gerekir.

Konuya ilişkin MÖHUK.md.2'de yabancı hukukun ilgili hükümlerinin tespit edilememesinden söz edildiğine göre ve tespit edilememe halinde Türk hukukunun uygulanacağı kabul edildiğine göre, hakim yabancı hukukun ilgili hükümlerini kısmen tespit etmiş ise, bilgisindeki boşluğu Türk hukuku ile doldurabilmeli, yabancı hukukun tespit edilen muhtevasını tamamen bir yana atmemelidir. Öyleki, yabancı hukukun tespit edilen kısmının (muhtevasının) Türk hukuki ile sadece boşluklar doldurularak uygulanması, ilgili tarafın veya tarafların menfaatlerine, bu ihtilâfa tamamen Türk hukukunun uygulanmasına oranla daha uygun düşebilir.

(256) Nomer: DHH, s.203.

(257) Nomer: Yabancı Kanun, s.109; karış.Nomer: Sempozyum, s.46.

(258) Göger: DHH, s.135.

(259) Göger: DHH, s.134 dn.112.

(260) Göger: DHH, s.135.

B. YABANCI HUKUKUN MUHTEVASININ HIÇ TESPİT EDİLEMEMESİ

1. Muhtelif Çözümler

Türk hukukunda yabancı hukukun muhtevasının tespit edilememiş olması halinde, ihtilâfa Türk hukukunun uygulanması kanun hükmüdür(MÖHUK.md.2/f.II) Bu durum, daha önce yürürlükte bulunan HUMK.md.76/3.cümlesinde de benimsenmişti. Böylece, Türk hukukunda yabancı hukukun muhtevasının tespit edilemesi halinde Lex fori esası benimsenmiş bulunmaktadır.

Yabancı hukukun muhtevasının tespit edilememesi halinde, kanunlarında bizde olduğu gibi açık bir düzenleme bulunmayan ülkelerde (261), nasıl bir yol izleneceği hususunda tereddüt doğmuş, budurum çeşitli görüş ve önerilerin ortaya atılmasına yol açmıştır."Böyle birdurumda hâkim nasıl davranacaktır?Davayı red edebilir mi? Yoksa Lex fori'yi mi uygulamaya koymalı veyahut genel hukuk prensiplerine göre mi karar vermeli? yada yabancı hukuka akraba bir hukuka mı başvurmalıdır?" (262)Bu yollar yanında mukayeseli hukuka göre çözüm ve muhtemel muhtevayı araştırmak gibi önerilerde olmuştur(263).

Bu öneriler hakkında biraz bilgi vermeyi uygun buluyoruz.

a) Davanın Reddi

Davanın reddi görüşü,"yabancı hukukun ispatı gereken maddi bir vakia " olduğundan hareket eden hukuk sistemlerinde, özellikle Common Law sisteminde uygulama alanı bulmuştur(264). Davanın reddi önerisine göre, yabancı hukukun muhtevasının ispat edilememesi halinde dava reddedilecektir. Hâkimin, uygulanacak başka bir hukuk araştırmasına gerek de kalmayacaktır. Bu açıdan bu çözüm tarzı pratik sayılabilir. Ancak, bu çözüm pratik olmasına rağmen uygun ve faydalı bir çözüm tarzı değildir(265). Bu sebeple yabancı hukuku bir vakia gibi görüp, tarafların ispatına bırakan hukuk sistemlerinde dahi, davanın reddi gibi bir sonuçtan, başka bazı faraziyelerle kaçınılmak istemiştir(266).

Yabancı hukuku hukuk olarak kabul eden sistemlerde ise, böyle bir önerinin kabul görmeyeceği açıktır. Böyle bir çözüm tarzının kabulü, yani davanın reddi, hâkimin hak dağıtmaktan kaçınması(ihkâkı haktan istinkâfı) şeklinde yorumlanabilir(267). Zira, hâkim kendi kanunlar ihtilâfı kuralları gereğince re'sen uygulamak zorunda olduğu yabancı hukukun tatbikinden sarfı nazar etmekle kalmamakta, davayı reddetmek suretiyle ihtilâfı çözümsüz bırakmaktadır. Bu sebeple kanımızca da

(261) Örneğin; Almanya, Avusturya, İsviçre,Sovyet-Rusya, Yugoslavya,İspanya,Fransa, İtalya, İngiltere,A.B.D. ve İskandinav ülkeleri gibi; Nomer:Yabancı Kanun,s.114 dn.352.

(262) Raape:IPR,s.122-123.

(263) Yapılan öneriler hakkında geniş bilgi için bkz.Nomer:Yabancı Kanun, s.114 vd; Kısmen Güger:DFH,s.134-135.

(264) Uluocak:Kanunlar İhtilâfı, s.34 dn.120; aynı manada Nomer:Yabancı Kanun, s.115-116.

(265) Raape: IPR,s.122.

(266) Nomer: Yabancı Kanun, s.115-116,ayrıca bkz.s.110 vd.

(267) Uluocak: Kanunlar İhtilâfı,s.34; Nomer: Yabancı Kanun,s,116.

davanın reddi görüldü birazdan inceleyeceğimiz diğer çözüm şekillerine nazaran çok daha geri, devletler özel hukukunun mahiyet ve amaçlarıyla bağdaşmayan, hâkime devletler özel hukuku adaletiyle de uyuşacak başka bir çözüm yolu bulmadan kestirme ve kolay yolu (belkide hakimin de işine gelen) gösteren bir öneridir.

b) Genel Hukuk Prensiplerinden İstifade

Yabancı hukukun muhtevasının tespit (ispat) edilememesi halinde, hâkimin genel hukuk prensiplerinden istifade etmesi ve ihtilâfî çözüme bağlaması önerilmiştir(268). Böyle bir zorunluluk halinde, genel hukuk prensiplerinin bir filtre gibi işlev göreceği ve bu yoldan hareketle varılacak çözümün objektif bir çözüm olacağı ileri sürülmüştür(269).

Her en belirtelim ki, genel hukuk prensiplerinin ne olduğu kesin olarak bilinemez. Böyleki, bir ülkede genel hukuk prensibi olarak görünen husus başka bir ülkede genel hukuk prensibi olarak görülmeyebilir. Tam bir kabul görmüş prensiplerin sayısı ise oldukça azdır. Bu sebeple bu öneri ilişkilerde bir düzensizliğe, istikrarsızlığa yol açacağı gibi, ilamların tanınması ve tenfizinde de güçlükler doğurur(270).

c) Mukayeseli Hukuktan İstifade

Hâkimin, mukayeseli hukuktan istifade ile yabancı unsurlu bir olay ve ilişkiyi (ihtilâfî) çözmesi gerektiği savunulmuştur.

Bu yol dikkatli kullanılması halinde yabancı unsurlu ihtilâfa üstten (objektif) bir çözüm getirebilmeyi mümkün kılabilirse de, kullanılması çok titizlik isteyen bir yoldur. Bu sebeple keyfi uygulamalara yol açabileceği gibi, hayali bir hukuk bilgisine ulaşma sakıncasını da beraberinde getirir(271). Bir önceki öneriye yapılan eleştiriler bu öneri içinde geçerli sayılabilir.

d) Muhtemel Muhtevayı Araştırma

Yabancı hukukun muhtevasının tespit edilememesi halinde, yabancı hukukun muhtemel muhtevasının tespit edilmesi, en hakkaniyetli yol olarak ileri sürülmüştür(272). Hâkim, yabancı hukukun muhtevası hakkında genel hukuk prensipleri ve mukayeseli hukuktan hareketle muhtemel bir bilgiye ulaşacağına göre, her iki öneriye yapılan eleştiriler, bunları araç olarak kullanmak isteyen bu öneriye de yapılabilir.

(268) Göger:DHH, s.134.

(269) Bu öneri hakkında fazla bilgi için bkz.Nomer:Yabancı Kanun, s.116.

(270) Göger:DHH, s.135.

(271) Nomer: Yabancı Kanun, s.116,109.

(272) Bkz.Nomer: Yabancı Kanun, s.116-117.

e) Akraba Hukukun Uygulanması

Yabancı hukukun muhtevasının tespit edilememesi halinde, akraba hukukun uygulanması gerektiği savunulmuştur. Bu öneriye göre; yabancı hukukun tespit edilememesi halinde, hâkim yabancı hukuka akraba olan (en yakın) hukuka başvurmalıdır(273). Bu durumu şöyle örnekleyebiliriz: İtalyan hukuku ile eski Romen ve İspanyol hukukunun akrabalığı veyahut İsviçre-Türkiye Medeni hukuklarının akrabalığı gibi(274). Burdan başka Belçika hukuku için Fransız hukukuna, Lüksemburg hukuku için Fransız ve Belçika hukuklarına, Suriye için Fransız ve Mısır hukuklarına başvurulmalıdır(275).

Ancak hemen anlaşılacağı gibi, bu öneri kısmi bir çözüm getirmektedir. Zira, akraba (en yakın) bir hukukun bulunmaması halinde bu öneri işlemez(276). Böyle bir durumda hâkimin Lex fori'yi uygulaması gerektiği ileri sürülmüştür(277).

Bundan başka, akraba hukuklarının bazı meselelerde aynı çözümlü benimsedikleri karinesi gerçekçi değildir(278). Zira, ülkeler başlangıçta birbirlerine çok yakın veya bazı konularda aynı hükümler kabul etseler bile, yada bir ülke diğer bir ülkenin kanunlarını aynen iktibas etse bile (örneğin; Türkiye'nin İsviçre Medeni Kanununu iktibas etmesi gibi), zamanla her ülkenin kendine özgü sosyal, siyasal, ekonomik yapısı içinde hukuklarında belirgin bir farklılık meydana gelir. Bu duruma en güzel örneği Türk ve İsviçre hukukları yönünden verebiliriz.

f) Lex Fori'nin Uygulanması

Lex fori'nin (hâkimin hukukunun) uygulanması, kanunla bu çözümlü benimsenmesi: ülkeler dışında, doktrin ve uygulamanın etkisiyle hemen hemen her yerde ağırlık kazanan ve geçerli çözüm olarak ortaya çıkmaktadır(279). Genel olarak ifade edinmek istenirse, Kara Avrupası hukuk sistemine dahil ülkelerde (örneğin; Avusturya, Almanya, İsviçre, Sovyet Rusya, Yugoslavya, İspanya, Fransa, İtalya gibi) bu çözüm genel olarak uygulama alanı bulmaktadır(280).

Yabancı hukukun tespit edilememesi halinde ve özellikle akraba bir hukuk da mevcut değilse, Lex fori'nin tatbiki bir zorunluluk ortaya çıkmaktadır (281). Lex fori'nin uygulanması halinde bu uygulamanın yabancı hukuka benzerliği düşürülmektedir. Zira, artık bir yerde "düğüm çözümlenmelidir"dir(282).

- (273) Kegels: IPR, s. 233; Raape: IPR, s. 123; Wolff: IPR, s. 55; Dölle: IPR, s. 108.
 (274) Raape: IPR, s. 123.
 (275) Kegels: IPR, s. 233.
 (276) Aynı manada Nomer: Yabancı Kanun, s. 117-118.
 (277) Raape: IPR, s. 123; Dölle: IPR, s. 108.
 (278) Nomer: Yabancı Kanun, s. 118.
 (279) Nomer: Yabancı Kanun, s. 118.
 (280) Bu ülkelerde durum için bkz. Nomer: Yabancı Kanun, s. 118-119.
 (281) Raape: IPR, s. 123; Dölle: IPR, s. 108.
 (282) Raape: IPR, s. 123.

Ancak, Lex fori'nin en çok başvurulan ve ağırlık kazanan bir yol olması, onunsakıncalarını görmemizi engellemez. Özellikle, uzak bir ülkede yapılan evlenmenin şeklen geçerliliği şüpheli olursa, bunun Lex fori'ye göre çözümü yapay bir çözüm olacaktır. Ayrıca, mamelek hukukuna ilişkin ihtilaflarda Lex fori'nin tatbiki, yalnız yetkili yabancı hukukun tespit edilemeyen kurallarına göre haklarını tespit ettirebilen taraf aleyhine sonuç verecektir(283).

Bu sakıncalarına rağmen Lex fori'nin uygulanması, "hukuki emniyet" ve "pratik faydalar" bakımından diğer çözüm önerilerine tercih edilmelidir(284).

2. Türk Hukukunda Durum

Daha öncede belirttiğimiz gibi, Türk hukukunda yabancı hukukun muhtevasının tespit edilememesi halinde Lex fori'nin (Türk hukukunun) uygulanması kanun hükmüdür (MÖHUK.md.2/f.II ayrıca HUMK.'un md.76/Mülga 2 ve 3 c.)

Yabancı unsurlu bir olay ve ilişkide kanunlar ihtilâfı kurallarına göre yetkili olarak tespit edilen yabancı hukukun, olaya uygulanabilmesi için ilgili hükümlerinin bu uygulamayı mümkün kılacak şekilde tam ve kesin olarak tespiti gerekir. Böyle bir tespit yapılamıyorsa, yabancı hukuk uygulanmaz; uygulanıyor görünse bile uygulanan yabancı hukuk değildir.

Iura novit curia ilkesi yabancı hukuk yönünden geçerli değildir. Yabancı hukukun bilirmesi ve bulunmasındaki güçlüğü bilen ve bu gerçeği gözönünde tutan kanun koyucu, hâkime tarafların da yardımını isteyerek, yabancı hukukun muhtevasını araştırıp tespit etmek görevini yüklemiş olmasına rağmen, gösterilen tüm çabalara rağmen yabancı hukukun muhtevasının tespit edilemeyeceğini kabul etmiş durumdadır(285). Tabiatıyla bir hâkimden insan üstü şeyler beklenemez(286). Ancak, tespit konusunda, tüm araştırmalar yapılmasına rağmen bir sonuca varılamamışsa, artık ihtilâfa Türk hukuku uygulanacaktır(MÖHUK.md.2/f.II).

Türk hukukunun uygulanması kanunun öngördüğü bir sonuçtur. Bu sebeple, yabancı hukukun tespit edilememesi nedeniyle Türk hukukunun uygulanması halinde, yabancı hukukun Türk hukuku ile aynı olduğu varsayımından, bir başka ifadeyle "for kanununun yabancı kanuna en ziyade uygunluğu karinesi"nden hareket edildiği yolundaki görüş (287) kabul edilemez. Zira, Türk hukukunun uygulanması kanun gereğidir(288). Bu anlayış Yargıtay tarafından da redde uğramıştır(289). Çünkü, bu anlayış,

(283) Örnekler için bkz. Nomer; Yabancı Kanun, s.120.

(284) Nomer; Yabancı Kanun, s.120.

(285) Üstündağ; Hazırlık çalışmaları sırasında bu hükmü değerlendirirken, "...bütün araştırmalar rağmen tespit edilememe, maddi vakıa araştırması ise vardır. Oysa kural sayarsak, araştırmayı sonuna kadar götürmemez gerekecektir" diyerek getirilmek istenen bu düzenlemeyi eleştirmekteydi; Üstündağ; Sempozyum, s.43.

(286) Kegel; IPR, s.228.

(287) Kuru; HMU, C.II, s.1332; Üstündağ; Kanun Yolları, 1977, s.44; Üstündağ; Tasarı, s.176; Ancak yazarların bu fikirlerini karşı Kuru; HMU, C.V, s.4483-4484; Üstündağ; MYH, s.207.

(288) Nomer; Yabancı Kanun, s.111-112; Nomer; DHH, s.204; Çelikel-Nomer; Örnek Olaylar 1986, s.223; Çelikel; MÖH, s.174; Uluocak; Kanunlar İhtilâfı, s.234-235; Göger; DHH, s.135.

(289) Nomer; Yabancı Kanun, s.114 dn.351.

bu karine, yabancı hukuku bir vakıa olarak gören hukuk sistemlerinde, yabancı hukukun tespit edilememesi halinde (kanuni bir hüküm olmadığı için) davanın reddi yerine Lex fori'nin tatbikini mümkün kılmak amacıyla dayanan bir faraziye'dir(290). Oysa, Türk hukukunda yabancı hukukun hukuk olarak kabul edildiğini daha öncede belirtmiştik. Kanunda açık hüküm bulunduğuna göre, hiç bir varsayıma dayanmada gerek yoktur (291).

Türk kanun koyucusu, yabancı hukukun muhtevasının tespit edilemeyebileceğini gerçekçi bir yaklaşımla kabul etmiş ve bunun sonucunu da (MÖHUK.md.2/f.II) göstermiştir(292).

Böyle bir hükmün kabulü ister kanun koyucunun hâkim ve tarafların yetenek ve becerilerine tam bir güven duymadığının ifadesi olarak yorumlansın(293), isterse usul ekonomisi gereği olarak düşünölsün, yabancı hukuku bilme ve bulmadaki güçlüğü kabul ve bunun açıkça itirafı sayılmalıdır.

Kanun koyucunun yabancı hukukun tespit edilememesi halinde Lex fori'nin (Türk hukukunun) uygulanmasını benimsemesi " asla rücu" (294) olarak da yorumlanamaz. Bu bir doktrin görüşüdür. Oysa çağdaş doktrin, yabancı hukuk ile millî hukukun eşitliği esasından hareket eder ve devletler özel hukukunun mahiyet ve işlevlerine daha uygundur. Lex fori'nin uygulanması asla rücu değil, tekniğin çaresiz kalması nedeniyle başvuru son bir çaredir. Hukukî ihtilâfı çözümsüz bırakmamak amacıyla başvuru bir yoldur.

Türk hukukunun(Lex fori'nin) uygulanmasını taraflara yabancı hukukun muhtevasını tespit etmekle yüklenen(daha doğrusu eskî dönemde öyle sanılan) ispat külfetinin müeyyidesini oluşturduğu (295) da savunulamaz. Yani, Lex fori'nin uygulanması müeyyide noktaf nazarına bağlanamaz. Çünkü, yabancı hukukun tespit edilememesi (veya o dönemde ispatlanamaması), halinde bir hukukî ihtilâf mevcut değildir ki, müeyyide söz konusu olsun.

(290) Nomer: Yabancı Kanun, s.111-112; Hay, bu durumu "birbirini aşan karineler" olarak nitelermekte, Schlesinger bu faraziyeyi "gerçeğe aykırı düşen bir kabul", Schnitzer, "tamamen temelsiz bir faraziye" olarak vasıflandırıyor. İsviçre Federal Mahkemesi de bu faraziyenin muhafaza edilemeyeceğini kabul etmiştir; Nomer: Yabancı Kanun, s. 111-112 den nak.

(291) Zira, bu sistemi kanunî bir çözüm olmadan benimseyen hukuklarda dahi bu faraziye dayandırılmamaktadır; Nomer: Yabancı Kanun, s.112.

(292) Bu sebeple, kanun koyucunun bu gerçeği kabulünü "Ne demek! Olurmu böyle şey?" diyerek hayretle karşılayan Tuluay'ın (Tuluay:agm.,s.29) ifadesini abartmalı buluyoruz.

(293) Tuluay:agm.,s.29-30.

(294) Seviğ,M.R.-V.R.;DHH,s.432; Seviğ,M.R.;Sentez, s.26;Nomer : Yabancı Kanun,s.110.

(295) Seviğ M.R.;Sentez. s.26; Seviğ V.R-M.R.;DHH, s.430;Nomer :Yabancı Kanun,s.71.

Yabancı hukukun tespiti (ispat) edilememesi karşısında, davanın düşmeyip Türk hukukuna göre çözüme bağlanması, ilgili tarafın davasının "kısmen olsun mesmû olduğu" (296) şeklinde de yorumlanamaz. Zira, böyle bir yorum kanımızca abartmalıdır. "Kısmen mesmû olma" teknik dilde izâhı kabül bir durum olmadığı gibi, bura da dava, yabancı hukuka göre değil (tespit edilememe sebebiyle) Türk hukukuna göre, ama "tam olarak dinlenip" çözüme kavuşturulmaktadır.

Ayrıca, yabancı hukukun muhtevasının tespit edilememesi nedeniyle, hâkimin ihtilâfa Türk hukukunu uygulayacağını kabul edilmiş olmasının "Türk hukukunun yabancı bir kanunun tatbikini emreden kanunlar ihtilâfı kaidesinden ferâğat etmesi ve sanki bu kaide mevcut değilmiş gibi mahallî hukuk nizamının yabancı unsurlu vakıf da tatbikini kabul etmiş olması" (297) şeklinde yorumlanması da hatalıdır kanısında-
yız.

Çünkü, "Lex fori" de bir kanunlar ihtilâfı kuralıdır; Fer'i veya yardımcı bağlama. Demek ki, kanunlar ihtilâfı kuralı yinede uygulamaktadır. Bu anlamda Uluocak (298) Lex fori'nin "yabancı kanunun uygulaması gereken hallerde, muayyen şartlar dahilinde yetkili kanun olarak" öngörüldüğünü söylemektedir (299). Kanunumuzun, yabancı hukukun muhtevasının tespit edilemediği hallerde, Türk hukukunun (Lex fori esası) uygulamasına kabul etmesinin leh ve aleyhinde değerlendirmeler yapılabilir. Ancak, Lex fori'de bir bağlama kuralı olduğuna göre, bu bağlamanın kabul edildiği yerlerde, kabulün gerekçesi devletler özel hukuku adaletinde aramalıdır.

(296) Seviğ, V.R.: Kanunlar İhtilâfı, s. 209.

(297) Nomer: Yabancı Kanun, s.113.

(298) Uluocak: Kanunlar İhtilâfı, s.34-35.

(299) Alman hukuk uygulamasında yabancı kanunun tespiti için uzun zamana ihtiyaç olan hallerde Lex fori'nin uygulaması kabul edilmektedir; Uluocak: Kanunlar İhtilâfı, s.35.dn.122; Türk hukukunda nafaka davaları yönünden Nomer bu fikre katılmaktadır; Ekz.Nomer, E.: Devletler Hususi Hukukunda Nafaka, Tez, İstanbul 1967, s.96.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YABANCI HUKUKUN UYGULANMASINDA DİKKAT EDİLECEK HUSUSLAR

I. YETKİLİ HUKUKUN TESPİTİ SIRASINDA DİKKAT EDİLECEK HUSUSLAR

A. ATIF

Atıfın konumuz açısından çıkardığı sonuç şudur: Yabancı unsurlu bir olay ve ilişkide uygulamak açısından yetkili olarak tespit edilen yabancı hukuk düzeninin sadece maddi hukuk kurallarını mı? gözönüne alacağız yoksa o hukuk nizamının kanunlar ihtilâfı kurallarını da nazara alıp, eğer ilgili kurallar söz konusu ihtilâfın çözümünde başka bir hukuku yetkili görüyorsa yetkilihukuk olarak o hukuk düzenini mi? belirleyeceğiz. Demek ki, atıf yetkili hukuk düzeninin tayin edilmesinde rol oynayan bir müessesedir.

nemen belirtelim ki, hâkimin devletler özel hukuku sisteminde atıf prensibi- nin kabul edilip edilmemesine göre yetkili hukuk düzeni değişebilecektir(1).

Bilindiği üzere, yabancı unsurlu bir hukukî ihtilâfa ilişkin davayı görmekte olan hâkimin mensup olduğu devletin kanunlar ihtilâfı kurallarına göre bir hukukî ihtilâfa uygulanması gereken yabancı hukuk düzeninin(kanunlar ihtilâfı kurallarını) sorunun çözümünde başka bir hukuk düzenini yetkili görmesine " atıf " denilmektedir. Bu suretle yetkili görülen hukuk düzeni hâkimin hukuku olabileceği gibi, başka bir hukuk düzeni de olabilir. Bu başka hukuk düzeni de kanunlar ihtilâfı kuralları aracılığıyla aynı ihtilâfta başka bir hukuk düzenini yetkili görebilir. Böylece atfın türleri ortaya çıkar(2).

Türkhukukunda (3) MÖHUK.'un 2.md.'si III.f.ile atıf kabul edilmiş bulunmaktadır(4). Bu hükme göre, "uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması halinde bu hukukun maddi hükümleri uygulanır."

(1) Aynı manada Nomer:Yabancı Kanun, s.103.

(2) Devletler hususi hukukunda atıf prensibi, atfın leh ve aleyhindeki görüşler ve atfın türleri hakkında bkz. Nomer:DHH, s.152 vd; Çelikel:MÖH,s.109 vd; Tekinalp: MÖH,s.33-34;Berki,O.F.:DHH,C.II,s.57 vd; Uluocak:Kanunlar İhtilâfı,s.203 vd; Seviğ,M.R.-V.R.:DHH,s.388 vd; Göger:DHH,s.59 vd; Seviğ,V.R.: Kanunlar İhtilâfı,s.129 vd; Yörük,age.,s.111 vd; Belgesay:Adliye,s.44 vd.; İleri :age.,s.219 vd; Altuğ:age.,s.143; Berki,Ş:age.,s.36-37; Karayalçın :age.,s.1020 vd.

(3) Kıymetli evrak yönünden atıf TTK'nun 678,690/1 ve 730/2 md.leri ile kabul edilmiş bulunmaktaydı.

(4) MÖHUK.'un kabulünden öncede Türk hukukunda atıf doktrinde ve tatbikatta kabul edilmekteydi; Bkz. Yörük:age.,s.123; Belgesay: Adliye, s.47; Berki,O.F.:DHH, C.II,s.68-69; Berki,Ş:age.,s.37; Göger:DHH,s.75-76; Uluocak:Kanunlar İhtilâfı,s.212; Seviğ,V.R.: Kanunlar İhtilâfı, s.138; Aksi fikir de: Seviğ,M.R.: DHH,s.324.

Mahkeme uygulamasında da atıf kabul edilmekteydi; Yargıtay'ın 1.1.1944 tarihli kararı bu hususta ilk ve en önemli örnek olarak gösterilebilir;Bkz.Y.2HD'nin 1.1.1944 T. ve 460 sayılı kararı (Berki-Ergüney:age.,s.105 vd.).

Hukukumuzda atıf kabul edilmiş bulunduğuna göre, hâkim yabancı hukuk düzeninin ihtilâf kurallarına da dikkate almak zorundadır. Yetkili yabancı hukuk bu esasa göre tespit edilecektir. Bu nedenle, yabancı unsurlu bir olay ve ihtilâfta kanunlar ihtilâfı kuralları gereğince uygulanması gereken yabancı hukuku tespit eden hâkim, bu hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarını ilk planda nazara alıp, ilgili yabancı hukuk düzeninin bu konuda başka bir devlet hukukunu yetkili görüp görmediğini tespit ettikten sonra yabancı hukukun maddi muhtevasının tespiti ameliyesine girişmelidir. Aksi halde, hâkim daha sonradan bu hukukun aslında yetkili olmadığını, zira yabancı devletin kanunlar ihtilâfı kurallarının ihtilâfın çözümünde başka bir hukuk düzenini yetkili gördüklerini fark ederse, bu hukukun muhtevasını boşuna araştırmış duruma düşecektir. Öyleki, yetkili hukuk olarak hâkimin hukuku görülmüşse, (iade atıf) hâkimin çabasının büsbütün boşa gideceği kolaylıkla anlaşılabilir.

Türk hukukunda, atıfın bugün için bir defa yapıldıktan sonra durması (yani iade atıf ve bir dereceli atıf) kabul edildiğinden, hâkimin ilgili yabancı hukukun atıfta bulunduğu ikinci bir devlet hukukunun kanunlar ihtilâfı kurallarının başka bir hukuka yaptığı atıfı nazara almayarak artık bu hukuku yetkili kabul edip uygulaması gerekir(5).

B. ÖNSORUN

Bilindiği üzere önsorun esas meselenin çözümünü etkileyen veya esas meselenin çözümünün bağlı bulunduğu bir sorundur. Kanunlar ihtilâfı hukuku yönünden önsorun, (veya örmesele) yabancı unsurlu bir ihtilâfta esas meselede (örneğin; miras) uygulanacak hukuk düzenini tespit ettikten sonra yabancı maddi hukuk düzeninin ilgili kurallarının olaya uygulanabilmesi için gerekli şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin (örneğin; geçerli bir evlilik olup olmadığının) hangi hukuk düzenine göre tespit edileceği sorundur(6).

Yabancı hukuk düzeni, uygulama şartlarını kendisi belirleyeceğine ve yabancı hukuk kendi ülkesindeki gibi uygulanacağına göre, öncelikle yabancı hukuk kurallarının uygulama şartlarını oluşturan meselelerin (önsorun) hangi hukuk düzenine göre değerlendirileceğini tespit edip, ona göre de bu hukuk düzenini örmesele teşkil eden sorunlara uygulayarak, yabancı hukukun ilgili maddi kurallarının uygulama şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmamız gerekir. Bu duruma göre hâkim, esas

(5) Tekinalp; MÜH, s. 34; Nomer: DHH, s. 160-161; Çelikel; MÜH, s. 127; Çelikel, A. "Türk Milletlerarası Özel Hukukunda "Atıf" Prensiplerinin Uygulanması" MHB, 1983, Y. 3, S. 2, s. 1-4; Aksi fikir; Sevig, V.R.; Eulten, s. 14-16.

(6) Önsorun hakkında geniş bilgi için bkz. Nomer: DHH, s. 146 vd.; Çelikel; MÜH, s. 132 vd.; Tekinalp; MÜH, s. 36 vd.; Sevig, V.R.; Kanunlar ihtilâfı, s. 155 vd.; Ayrıca bkz. Nomer: "Devletler Hususî Hukukunda Örmesele", İÜHFH, 1962, C. XXVII, S. 1-4, s. 340 vd.

nesele (örneğin, yabancı unsurlu bir miras ihtilâfı) uygulanacak hukuk düzenini ve bunun muhtevasını (ilgili hükümlerini) tespit etmekle yetinemez. Örneğin, sağ kalan eşin ölen eşe mirasçı olabilmesi için geçerli bir evliliğin bulunması gerekir. İşte miras meselesinin halli bir evliliğin (önsorun) var olup olmadığı veya geçerli olup olmadığının tespitine bağlıdır. Ancak evlilik hangi hukuk düzenine göre değerlendirilecektir? İşte, hâkim önsorun oluşturan evliliğe uygulanacak hukuk düzenini ve bunun muhtevasını tespit ederek, önce bu sorunu halleder (halletmelidir), daha sonrada esas meseleyi kararabağlar. Çünkü, örmeseleyi çözmeden esas meseleyi çözemez; bir başka ifadeyle yabancı hukuku uygulayamaz. İşte örmeseleye uygulanacak hukuk, bir yabancı hukuk ise hâkim buyabancı hukukun muhtevasını da araştırıp tespit etmek zorunda kalabilir. Bu noktada bir tereddüt olmamalıdır.

Örmesele de uygulanacak hukuk düzeni, ön meselenin çözümünde kabul edilecek ilkelere bağlı olaraktayın edilebilecek bir husustur. Oysa, hâkimin esas meselede uygulanacak hukuk düzenini tayin ve tespit ettikten sonra, bu hukuk düzeninin olaya uygulanabilmesi için öngördüğü şartların (ön meselenin) gerçekleşip gerçekleşmediğini anlayabilmek için (ön meselenin çözümünde kabul edilen ilkelere göre) yetkili olarak tayin ettiği hukukun (yerine göre yabancı bir hukukun) muhtevasını da re'sen araştırıp tespit etmesi, ön meselenin çözümünde kabul edilen ilkelere bağlı bir husus değildir. MÖHUK.md.2 ile hakime yüklenen ödevin ön mesele yönünden de yerine getirilmesinden ibarettir(7).

Önsorunun, komumuz açısından ortaya çıkardığı problem, hâkimin esas mesele hakkında uygulanacak yetkili yabancı hukuku tayin ve tespit ettikten sonra, ön sorun açısından hangi hukuk düzenini yetkili olarak tayin edeceği noktasında toplanır ve işte bu sorunun halli, örmeselenin çözümünde kabul edilen ilkelere bağlı bir husustur. Ön meselenin çözümünde iki yol düşünülebilir. Ya esas meselede yetkili olan yabancı hukukun (Lex causae) kanunlar ihtilâfı kurallarının, yada hâkimin mensup olduğu devletin kanunlar ihtilâfı kurallarının (kısaca Lex fori'nin) gösterdiği hukuk düzeni uygulanarak önsorun çözülecektir. Milletlerarası alanda her iki çözüm şeklinin de fayda ve sakıncalarına dikkat çekilmekte ve her iki çözüm yolu da uygulama alanı bulabilmektedir(8).

Türk hukukunda, bu konuda kesin bir tercih yapılmayacağı belirtilmekte, her olayın kendi şartları içerisinde düşünülmesi ve çözüm yolunun buna göre seçilmesi gerektiği genellikle kabul edilmektedir(9). Bu durum karşısında Türk hâkimini, olayın özelliğine göre, esas mesele de uygulanacak yetkili yabancı hukuku tespit yanında ön meselenin halli için bazen kendi kanunlar ihtilâfı sisteminden hareketle, bu mesele hakkında uygulanacak hukuk düzenini (bu büyük bir ihtimalle yabancı hukuk olacaktır) ve muhtevasını tayin ve tespit etmek durumundadır. Ön sorunun çözümünde

(7) Karş. Nomer: Yabancı Kanun, s.104.

(8) Bu hususta bkz. Nomer: DHH, s.147 vd; Çelikel: MÖH, s.134 vd. Tekinalp: MÖH, s.36-37; Seviğ, V.R: Kanunlar İhtilâfı s, 155 vd.; Nomer: Ön mesele, s.340 vd.

(9) Nomer: DHH, s.149; Çelikel: MÖH, s.142; Tekinalp: MÖH, s.37; Karş. Seviğ, V.R: Kanunlar İhtilâfı

Lex causea'nın yetkili olduğu kabul edilen durumlarda ise, esas meseleye uygulamak açısından yetkili olarak tayin edilen yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarından hareketle, ön meseleye uygulanacak yetkili yabancı hukuk düzeni tespit edilecektir. Duruma göre; yani ister Lex fori'nin isterse Lex causea'nın kanunlar ihtilâfı kurallarından hareket edilsin, ön mesele teşkil eden ilişkiye uygulanacak hukuk düzeni Türk hukuku olabileceği gibi, esas mesele de yetkili olan hukuk((X) Yabancı hukuku) veya diğer bir (y) yabancı hukuk düzeni olabilir. Bu son halde, hâkimin daha önceden tespit etmiş olduğu (X) yabancı hukuku yanında bir de (y) yabancı hukukunu ve bunun muhtevasını araştırıp tespit etmesi gerekecektir (MÖHUK.md.2/I).

C. BÖLGELERARASI (INTERLOCAL) KANUNLAR İHTİLÂFI

Bazı devletlerde, tek bir hukuk düzeni yürürlükte olmasına karşın, diğer bazı larında birden çok hukuk düzeni yanyana ve aynızamanda içerisinde yürürlükte olabilir. Bir devlet ülkesi dahilinde yürürlükte bulunan bu farklı hukuk düzenlerine kısmî hukuk düzenleri denilmekte, bu hukuk düzenleri arasında çıkan ihtilâfa da bölgelerarası(interlocal) kanunlar ihtilâfı adı verilmektedir(10).

Bu tür ihtilaflar genellikle, hukukunu birleştirmemiş; çok hukuklu devletlerde örneğin; Federal devletlerde, istisnaen de basit devletlerde ortaya çıkabilmektedir. Örneğin; A.B.D., Sovyet-Rusya, Birleşik Krallık, Kanada gibi(11).

Burada, konumuz açısından önem arzeden husus şudur: Yabancı unsurlu bir ihtilâfta, hâkimin kanunlar ihtilâfı kurallarına göre, uygulanacak hukuk olarak tespit edilen yabancı hukuk, ülkesinde birden fazla kısmî hukuk düzeninin bulunduğu bir devlet hukuku ise, acaba o devletle yürürlükte olan kısmî hukuk düzeninden hangisi yetkili hukuktur.? Kısaca, hangi kısmî (interlocal) hukuk düzeni meseleye uygulanacaktır?

Meseleyi birörnekle açıklayalım. Los Angeles'de ikamet eden, Florida'da oturan bir Amerikan vatandaşı (A) Türkiye'ye yerleştikten sonra ölür.(A)'nın mirası hangi hukuka tabi olur?(12).

Bu örnekte, (A)'nın mirası, MÖHUK.md.22 uyarınca millî hukuku olan Amerikan hukukuna göre çözümlenmelidir. Ancak, A.B.D.'de uygulanan tek bir hukuk düzeni (hukuk birliği) olmadığından Amerikan hukuku direkt olarak meseleye uygulanamaz. Çünkü, Amerikan hukukunda şahsın hukuku, aile hukuku ve miras hukuku ilişkileri için uniform kanunlar kabul edilmemiştir(13). Bu takdirde nasıl hareket edilecektir?

(10) Bu konuda geniş bilgi için bkz. Nomer:DHH,s.24-30; Çelikel;MÖH,s.23-26.

(11) Bu tür ihtilâfların çıkabileceği devletler hakkında geniş bilgi için bkz. Nomer: DHH,s.25 vd.

(12) Örnek için bkz.Çelikel;MÖH,s.25.

(13) Çelikel;MÖH,s.25.

"Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Kanunu Öntasarısı"nda MÖHUK.'un 2.md.'sinin 3.fıkrası olarak "Hukuku birleştirilmemiş bir devlet kanununun uygulanması gereken hallerde yetkili kanun bu devletin iç hukuk kurallarına göre saptanır" hükmü (13/a) yer almasına rağmen bu hüküm kanun metnine alınmamıştır. Görüldüğü üzere bu hüküm kanunlaşmış olsaydı, yabancı devletin yetkili kanununu saptayan (interlocal) iç hukuk kuralları ilgilinin (A)'nın millî kanunu gösterecek ve sorunda kalmayacaktı.

Ancak, bu hükmün kanunlaşmamış olmasına rağmen varılacak sonuç burdan farklı olmayacaktır. Çünkü bu gibi durumlarda, genellikle kabul edilen yol, sorunu ilgili yabancı devletin, uygulanması gerekli kısmî hukuk düzenini gösteren bölgelerarası (interlocal) ihtilâf kuralları varsa, bu kurallara göre halledilmesidir(14).

Eğer, ilgili devlet, hukuku birleştirilmemiş olsa bile, bu alanda geçerli özgül bir özel hukuku varsa sorun buna göre halledilmeli, bu hukuk ilgili yabancı maddi hukuk olarak uygulanmalıdır(15).

D. YABANCI HUKUKUN GERÇEK MUHTEVASININ TESPİTİ

1. Tekmil Hukuk Kurallarının Tespiti

Yabancı hukuk, sadece yabancı kanunlardan ibaret değildir. Yabancı hukuk dediğimiz zaman, yabancı devletin teknil (bütün) hukuk mevzuatını anlamamız gerekir. O halde, yabancı kanunların yanında, hukuku yetkili görülen devlet ülkesinde yürürlükte bulunan tüm hukuk kuralları yabancı hukukun kapsamına dahildir(16). Hernekadar bazen yazarlarca, yabancı kanundan söz ediliyorsa da bununla kastedilen aslında yabancı hukuktur; yabancı hukuk kurallarının tümüdür.

Bu sebeple, sadece yabancı kanunun ilgili hükmünü tespit etmek yabancı hukukun tespit edilmesi anlamına gelmez. Bunun için, ilgili yabancı devletin konuya ilişkin bütün hukuk mevzuatı (kanun, tüzük, yönetmelik gibi yazılı kaynaklar yanında örf ve âdet veya teamül gibi yazılı olmayan kaynaklar) birlikte gözönünde bulundurulup, somut ihtilâfa kabili tatbik hükümler tespit edilmelidir(17). Bundan başka yabancı hukuk, hâkimin mensub olduğu devlet ülkesi dışında kalan ve başka bir ülkede yürürlükte olan hukuk kurallarının tümünü kapsadığına göre;

(13/a) Ekz. Sempozyum; s. 9.

(14) Çelikel; MÖH, s. 25; Nomer; DHH, s. 28.

(15) Çelikel; MÖH, s. 25; Nomer; DHH, s. 29.

(16) Göger; DHH, s. 129.

(17) Hatta Göger'e göre; yabancı hukuk idarenin düzenleyici işlemlerini de kapsamına almalıdır. Örneğin; karşılıklı bir işlem veya dengiyle karşılama kararnameyi de yabancı hukuk kapsamına dahildir; Göger; DHH, s. 129.

1. Tanınamamış bir devletin ülkesinde fiilen geçerli kurallar
2. İşgal kuvvetlerinin getirdiği kurallar
3. Belli bir ülkede geçerli olan din kuralları(18)
4. Belli bir ülkede yürürlükte olan teamül (örf ve âdet) kuralları(19) yabancı hukukun birparçasıdır(20).

2. Hukuk Kurallarının Uygulanma ve Yorumlama Biçimiyle Tespiti

Yabancı hukukun gerçek muhtevasının tespiti için, hâkimin imkân dahilinde bulunan bütün hukuk kaynaklarını kullanması zarureti inkar edilemez(21). Bu sebeple Türk mahkeme uygulamasında genellikle sadece kanun metinlerini dikkate alarak sonuca ulaşmaya çalışılan eğilim, özellikle teamül ve mahkeme kararlarına dayanan İngiliz ve Amerikan hukukları için yeterli olmayacaktır(22).

Türk hâkimi, yabancı hukuku, yabancı hâkimin uyguladığı şekliyle kendi ülkesinde anlaşılan ve uygulanan biçimiyle uygulayacağına göre, yabancı hukukun gerçek muhtevasının tespit edilmesi gerektiğinde şüphe yoktur(23). Bu sebeple, yabancı hukuk mevzuat, mahkeme kararları ve doktrin ile birlikte bir bütün olarak tespit edilmelidir(24). Yorumla fazla açık olmayan hallerde, yabancı hukuk kurallarının Örneğin kanun maddelerinin tercümeleri ile yetinilerek karar vermek mümkün olabilir. Ancak, çoğu halde, kanun hükümlerinin metinden anlaşılması mümkün olmaz. Bu gibi hallerde, doğru karar verebilmek için o hükümler ilgili bütün maddeleri gözden geçirmek gerekebilir. Bundan başka yabancı kanun nede olsa yabancıdır. Bu nedenle o hükmü yürürlükte olduğu devlette mahkemeler ve hukukçular tarafından nasıl anlaşılıyorrsa öyle anlamamız gerekir, çünkü herhangi bir kanun hükmü yürürlükte olduğu ülkedeki uygulama şekli ve yorumlama tarzı ile taayyün eder(25).

O halde, sadece kanun hükümlerinin tercümesi ile yetinmek doğru değildir. Aynı kanun maddesi ülkeden ülkeye değişik yorumlanabilir. Bazı ülkelerin yazılı hukuk kaynakları, özellikle kanunları aynı olduğu halde, hukuklarının gelişimi farklılık gösterebilir. Bu duruma, Fransız-Belçika hukukları ile Federal Alman ve Demokratik Alman hukukları örnek gösterilebilir(26). Örneğin; el yazısı ile düzenlenmiş vasiyetnamenin geçerlik şartlarını düzenleyen Code Civil'in 970.md.'si Belçika'da

- (18) Y.2HD.'nin 15.10.1968 T.ve E.1930/K.5910 sayılı kararı (Yazıcı-Atasoy:age.,s.791 vd. No:1388).
- (19) Y.HGK.mun 8.9.1971 T.ve E.967/8-619-K.486 sayılı kararında (Göger:İçtihatlar, s.4-6) tapusuz bir taşımazın "kafkas usulü" taksimi kabul edilerek, yabancı ülkedeki örf ve âdete geçerlik tanıdığıdır;Göger:İçtihatlar,s.3.
- (20) Göger:DHH,s.129; Göger:İçtihatlar,s.3-4.
- (21) Nomer:Yabancı Kanun, s.102-103.
- (22) Nomer:Yabancı Kanun, s.103.
- (23) Nomer:DHH,s.202.
- (24) Seviğ,M.R.: Sentez, s.26; Seviğ M.R.-V.R.:DHH,s.431;Berki,O.F.:Kanun İhtilâfları, s.45.
- (25) Seviğ M.R.:Sentez,s.26; Seviğ M.R.-V.R.:DHH,s.431-432.
- (26) Kunz,K.H.:Internationales Privatrecht, Studienreiche Wahlfach, Band, 8, Köln 1981, s.87.

1857'den beri) kasti olmadan tarihin yanlış kommasının vasiyetnamenin geçerliliğine zarar vermeyeceği şeklinde anlaşılırken, Fransa'da tamamen farklı bir şekilde anlaşıl-
maktadır. Bu tip ihtilâflarda Fransız mahkemesi, Belçika hukukunu uygularken, Belçika mahkemesi gibi karar verir, oysaki aynı ihtilâfta aynı mahkeme Fransızlar için başka bir karar aldığı halde(27) o halde Türk hâkimi de Fransız hukukunu uygularken Fransız, Belçika hukukunu uygularken Belçika yorumunu kabul edip uygulamak zorundadır(28).

Sonuç olarak, yetkili yabancı hukukun tespiti demek, yabancı hukukun fiilen nasıl olduğunu, diğer bir söyleyişle yabancı hukuku kendi ülkesindeki hâkimlere nasıl şekliyle ve nasıl yorumlanıp uygulaniyorsa o şekliyle tespit demektir. Bu nedenle, hâkim yabancı hukukun gerçek muhtevasını tespit etmek için sadece kanun metinlerinde yer alan kuralları değil, bu konuda özellikle yargı organlarının içtihatlarını ve bilimsel içtihatları gözönünde bulundurmaya zorundadır(29).

II. YETKİLİ YABANCI HUKUKUN UYGULANMASI SIRASINDA DİKKAT EDİLECEK HUSUSLAR

A. YABANCI HUKUKUN AYNEN UYGULANMASI

Yabancı unsurlu bir olay ve ilişkide, yabancı hukuku uygulamak durumunda olan hâkimin öncelikle yabancı hukukun muhtevasını tespit etmesi gerekir. Hâkimin yabancı hukukun gerçek muhtevasını tespit etmesi gerektiğini de daha önce belirtmiştir(30). Zira, hâkimin kanunlar ihtilâfı kurallarının emri gereği uygulamak zorunda olduğu yabancı hukuku "yabancı hukuk" olarak uygulayabilmesi, herşeyden önce bu hukukun muhtevasının tam ve doğru bir şekilde tespitini gerektirir. Yanlış ve eksik olarak tespit edilen bu hukukun uygulanması, adı yabancı da olsa yabancı hukukun uygulanması değildir. Zira doğru uygulama doğru bir tespiti gerektirir.

Bu sebeple hâkim elindeki tüm imkânları kullanarak, bu hususta içtenlikle çaba ve gayreti göstermek suretiyle, yabancı hukuku yalnız kanun metniyle değil, tüm hukuk kurallarıyla birlikte ve bu hukuk kurallarının ilgili ülkedeki yorumlanış ve uygulanış şekilleriyle bir bütün olarak tespit edip, bu şekliyle aynen uygulamak durumundadır(31). Ancak böyle bir faaliyetin zorluğu ve mahallî hâkimden yabancı hukuku tespit ve uygulama sırasında aynen "yabancı hâkim gibi" davranmayı beklemenin imkansızlığı da ortadadır(32).

(27) Ekz. Döle: IFR, s. 108.

(28) Aynı yönde Nomer: DHH, s. 202.

(29) Aynı yönde Nomer: Yabancı Kanun, s. 39.

(30) Ekz. yuk. s. 112-114.

(31) Aynı görüşte: Nomer: Yabancı Kanun, s. 35 vd.; Nomer: DHH, s. 202; Göger: DHH, s. 132; Göger: İçtihatlar, s. 33; aynı manada Berki, O.F.: DHH, C. II, s. 116; Berki, O.F.: Kanun İhtilâfları, s. 45; Seviğ M.R.-V.R.: DHH, s. 431-432; Seviğ: M.R.: Sentez, s. 26.

(32) Nomer: Yabancı Kanun, s. 35; Yazar bu duruma işaretlerle, asıl üzerinde durulması gerekenin yabancı hukukun tatbikinden ne anlaşılması gerektiği olduğuna dikkat çekmektedir: Nomer: Yabancı Kanun, s. 36.

Hemen belirtelim ki, bu durumdan yabancı hukukun uygulanmasının imkânsız olduğu sonucu çıkarılamaz(33).

Hâkim yabancı hukuku uygularken, onu kendi ülkesinde anlaşıldığı ve uygulandığı şekliyle uygulamak durumundadır. Bu nedenle de, yabancı hukukun hükümlerini hukuku uygulanan devletin hukuk düzenine nüfuz ederek yorumlayacaktır. Aynı kanun hükmünün devletten devlete farklı şekillerde yorumlanması mümkündür. Örneğin; Belçika-Fransız hukukları gibi (34). Hâkim hangi devlet hukukunu uygulayorsa, o yorum şeklini tercih etmek zorundadır(35). O halde hâkim, yabancı hukuku uygularken, o ülkede kabul edilen şekil ve yorumuyla kabul edip uygulamalı, yabancı hukuk kurallarının yorumunu da, o ülkenin hukukuna nüfuz ederek yabancı hukukta kabul edilen esas ve ilkelere göre yapmalıdır(36).

Buna uygun olarak mahallî hâkim, yabancı hukuku uygularken adaletin tecellisi ve boşlukların doldurulması için yabancı hâkim gibi davranacaktır(37).

Bu noktada, hâkimin yabancı hukuku uygularken yabancı ülkede fiilen geçerli olan hukukun hâkimce "sartsız ve mekanik" bir uygulamasından söz etmenin mümkün olamayacağı, kanun koyucunun kanunlar ihtilâfı kurallarıyla yabancı hukukun tatbikini emretmek suretiyle yabancı unsurlu ihtilâfın çözümünde daha âdil ve uygun görülen hukuk nizamını nazara almayı amaçladığı ve kanunlar ihtilâfı kurallarıyla hâkime adaleti tesis bakımından bir sorumluluk yüklediği nokta nazarından hareketle; her ne kadar hâkim yabancı hukukun kendi ülkesindeki yorumunu kendisine hareket noktası yapmak zorunda ise de, bu zorunluluğun, hâkimin hukukî ihtilâfın özelliği gereği, yabancı hukukun kendi ülkesindeki yorumunu âdil ve uygun bulmaması halinde söz konusu olamayacağı ve hâkimin böyle bir yorumu takip etmeye zorlanamayacağı savunulmuştur(38). Buna göre hâkim, yabancı pozitif hukuku hâkimlik görevine uygun olarak yorumlayabilmeli "yabancı hukukun tefsirinde, yabancı ülkenin anlayışı hâkimin adalet anlayışına ve hukukî ihtilâfı çözümlenmekte hâkimin uygunluk görüşüne aykırı düşüyorsa yabancı hukuku tatbik etmek mükellefiyeti, hâkimin "neyin olması icab ettiğini" araştırmasına engel olmamalıdır(39) denilmiştir.

(33) Aynı yönde: Nomer: Yabancı Kanun, s. 36.

(34) Örnek için bkz. yuk. s. 113-114.

(35) Nomer: DHH, s. 202; Göger: DHH, s. 132.

(36) Dille: IPR, s. 108; Kegel: IPR, s. 230; Raape: IPR, s. 124; Wolff: IPR, s. 55.

(37) Dille: IPR, s. 108.

(38) Nomer: Yabancı Kanun, s. 37-38.

(39) Nomer: Yabancı Kanun, s. 39; Ancak yazar daha sonradan yabancı hukuktaki hükümleri, yabancı hukukta kabul edildiğinden daha iyi yorumlamak ve tatbik etmenin hâkime düğen bir görev olmadığını, bunun yabancı hukuka bir müdahale ve tecavüz anlamına geleceğini belirtmek suretiyle bu görüşten ayrılmış gözükmektedir: Ekz. Nomer: DHH, s. 202.

Kanaatimizce bu fikre katılmak imkânı yoktur.

Elbetteki, hâkimin yabancı hukuku aynen uygulama zorunluluğu ve buna uygun olarak yabancı hukukun kendi ülkesindeki uygulama ve yorum tarzı ile uygulanması mekanik bir uygulama (mekanik bir olay) olarak nitelendirilemez. Hâkim, ister yabancı hukuku ister kendi hukukunu uygulayarak karar versin, verdiği her kararından sorumludur. Her iki durumda da hâkim hukuku uygulamakta, ihtilâfa somut bir çözüm getirmektedir. Öyleki, hâkim hep aynıkuralda uygulasa vermiş olduğu hiç bir hüküm birbirinin aynısı değildir. Bu nedenle hâkim, yabancı hukuku sadece uygulamaya koyan ve somuta indirgeyen bir araç olarak görülemez. Ayrıca, hâkim yabancı hukukta, ihtilâf yönünden bir boşluk olması durumunda, bu boşluğu doldurarak hüküm vermek zorundadır. Ancak, bu anlamda hâkim olması gerekeni bulmaya çalışır. Çünkü, hâkim ihtilâfı çözümsüz bırakmaz; ihkâkı haktan istinkâf edemez. Hakim getirceği bu çözümün âdil ve uygun olmasına dikkat eder. Ancak, şu anlamdaki, hâkim burada, mahallî hâkim gibi değil, yabancı hâkim gibi davranmalı (40), kendi anlayışına ve kendine göre uygun olanı, âdil olana aramamalıdır. Hâkimin bu faaliyeti boşluklarda sınırlıdır. Bu sebeple hâkim, pozitif hukuku(olan hukuku) uygularken "neyin olması icap ettiğini" (=olması gerekeni)araştıramaz. Örneğin, yabancı yüksek mahkemenin müstekar içtihadını hâkimlik mesleğinin icabı diye değiştirmeye yeltenemez. Hâkim, yabancı hukuku,yabancı bir hâkim bu hukuku nasıl uygulayacaksa öyle uygular. Hâkim yabancı hukuku, mahkeme uygulamasındaki genel istikamet nasılsa öyle uygulamak zorundadır. Yorum ve kritik yaparken "çok bilmiş" davranmak, yabancı hukuku düzeltme cihetine gitmek doğru değildir(41). Aksi halde, hâkim, yabancı hukuku daha iyi yorumlamak uğruna yabancı hukuka müdahale ve tecavüz suçlamalarıyla karşı karşıya kalır(42).

Kanunlar ihtilâfı kurallarıyla, kanun koyucunun hâkime yabancı hukukun uygulanması adalete uygun ise uygulama yükümlülüğü ve sorumluluğu yüklediğide söylenemez. Zira kanun koyucu, devletler özel hukuku adaletine göre baştan seçimini yapmış ve kanunlar ihtilâfı kurallarıyla belirli yabancı unsurlu ilişkilerde belli yabancı hukukların uygulanmasını emretmiş ve söz konusu hukuku yetkilikılmıştır.Kaldığı, yabancı hukuku uygularken,devletler özel hukuku adaleti biryana, hâkim yabancı hukuk düzeninin "maddi adaletini" esas almak zorundadır. Hiç bir hâkimlik mesleği, hâkime adaletin serbest yorumunu görev veya yetki olarak üvemez.

Açıkladığımız bu sebeplerle, yukarıda değindiğimiz görüşe(43) katılmıyoruz. Ayrıca bu görüş, hâkimin adalete vereceği serbest yoruma göre, yabancı hukukun uygulanmasını uygun görmeyerek, kanunlar ihtilâfı kurallarının gereklerinden sapmasına, kanunlar ihtilâfı kuralları aracılığıyla devletler özel hukuku adaletine

(40) Nomer:Yabancı Kanun, s.38-39:(Ancak, bkz.bir önceki dipnottaki açıklama)aynı manada Döller:IPR,s.108.

(41) Döller:IPR,s.108.

(42) Aynı yönde Nomer:DHH,s.202.

(43) Ancak bkz.yuk.s.115dn.39'daki açıklama.

göre yetkili olduğu kabul edilen (öyle farz edilen) yabancı hukuka başka anlamlar vererek, sonuçta; o yetkili yabancı hukukun uygulanmasına emreden kanunlar ihtilâfa kurallarını ve dolayısıyla kanun koyucunun buhusustaki iradesinin ihlâline müncer olur.

Sonuç olarak, yabancı hukukun, gerçek muhtevasının tespit edilip, bu muhtevaya uygun bir şekilde uygulanması gerekir. Burada olması gerekeni tasvir etmek bakımından şöyle bir benzetme yapabiliriz(44):

1. Hâkim yabancı hukuku uygularken onun fotoğrafını çeker (kendisinden bir şeyler katmaz)
2. Kendi hukukunu uygularken resmini yapar (yani onu kendi anlayışını da ekleyerek yorumlayabilir.)

B. UYGULANACAK YABANCI HUKUK KURALLARININ YÜRÜRLÜKTE OLMASI

1. Kural

Muhtevası tespit edilen yabancı kanunun, daha doğrusu yabancı hukuk kurallarının uygulanabilmesi kural olarak bunların yürürlükte olmasına bağlıdır. O halde hâkim yabancı hukukun muhtevasını araştırıp onu tespit ederken ilgili kural veya kuralların yürürlükte olmasına, halen merfî olup olmadıklarına dikkat etmek zorundadır(45). Uygulanacak hukuk kurallarının yürürlükte olması, hâkimin hem kendi hukukunu her de yabancı hukuku uygularken en başta gözetmesi gereken hususlardan biridir. Zira, hukukun yürürlüğü karakteri onun en önemli vasfıdır.

Yabancı hukuk kurallarının, zaman içinde açıkça veya zımnen yürürlükten kalkmış (ilga edilmiş) olmaları veya değişmiş olmaları mümkündür. O halde, hâkim yabancı hukuku uygularken en yeni yabancı hukuku uygulamaya dikkat etmelidir(46).

Muhtevası tespit edilen yabancı hukuk kurallarının kısmen yürürlükten kalkmış olması da mümkündür. Bu durumda; yabancı hukuk kurallarının kısmen yürürlükten kalkmış olması halinde, yürürlükten kalkmış olan kısmı nazara alanamaz, yok kabul edilir ve yürürlükten kalkmış olan kısmı yerine, yeni hükümler getirilmişse, bu hükümler uygulanır(47).

Yürürlükte olan kuralların, mutlaka o devlet tarafından yürürlüğe konulmuş olması gerekmez. Bu nedenle, bir devlet ülkesinde, işgal kuvvetlerince konulan ve fiilen yürürlükte olan kurallar da yürürlükte sayılır ve fiilen geçerli olan yabancı hukuku göstermeleri sebebiyle uygulanacak kural durumundadırlar(48). Yine, eskiden Avusturya ve Polonya'da bugün Yunanistan ve İspanya'da ve bazı müslüman

(44) Buna paralel bir benzetme Werner Goldschmidt'ce yapılmış; millî (yerli) hukukun uygulanmasında "mimar" olmak, yabancı hukukun uygulanmasında "fotoğrafçı" olmak gerek dermiştir; Bkz. Kegel; IPR, s. 230.

(45) Raape; IPR, s. 124; Wolff; IPR, s. 54; Göger; DHH, s. 132.

(46) Raape; IPR, s. 124.

(47) Göger; DHH, s. 132.

(48) Göger; İçtihatlar, s. 3; aynı manada Nomer; DHH, s. 15.

ülkelerde olduğu gibi, bir ülkenin iç hukukundan sayılan din kuralları da uygulanmak durumundadır(49).

Demekki uygulanacak hukuk kurallarının yürürlükte olması, yürürlükte olan kurallar olması gerekir. Örneğin, Rus ihtilali ile yürürlükten kalkmış olan Çarlık Rusyası kanunları artık uygulanamaz(50). Bu husus yabancı mahkeme içtihatların da da açıkça ifade edilmiş bulunmaktadır(51).

Hâkim, yabancı hukuku kanunlar ihtilâfı kurallarıyla birtütün olarak nazara alıp (atıf hali) uygulayacağına göre, bu söylenenler uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kuralları içinde geçerlidir. Ünsorun halinde de hâkim, çözüm şekline göre yabancı kanunlar ihtilâfı (lex causea'nın) kurallarından hareket etmek zorunda kalabilir. İşte, yabancı hukukun maddi muhtevası yanında, e hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının nazara alınarak uygulanması gereken hallerde, hâkim uygulanacak kanunlar ihtilâfı kurallarının da yürürlükte olmasına dikkat etmek zorundadır.

2. İstisnalar

Uygulanacak yabancı hukukun yürürlükte olması şartının iki istisnası vardır. Bu hallerde, yürürlükte olmayan yabancı hukuk kuralları da uygulanabilir. Bu durum, intikal hükümleri ve irade muhtariyeti prensibinin uygulanmasından doğar.

a) İntikal Hükümlerinin Uygulanmasından Doğan İstisna

Bazen "intikal hükümleri" gereğince yürürlükte olmayan bir kanunun uygulanması gerekebilir. Hangi hallerde böyle bir kanunun uygulanacağı, hukuku uygulanacak devletin intikal hükümlerine göre çözümlenmelidir. Örneğin, Türk hukukunda, Medeni Kanunun Tatbikine Dair Kanun uyarınca (52). Bazı hallerde, eski hukukun uygulanması yürürlükten kalkmış olmasına rağmen mümkündür. Türk Medeni Kanun, eski hükümleri yürürlüğe girdiği 4 Ekim 1926 yılında kaldırmıştır. Ancak, buna rağmen bu hükümler bazan uygulanabilmektedir. Örneğin, Tatbikat Kanunu'nun 16.md.'sine göre, "yeni kanunun (Medeni Kanun'un) mer'iyetinden evvel (4 Ekim 1926) sınıt olan bir kimsenin mirası, mer'iyetinden sonra dahi eski kanuna tâbi olur."

b) İrade Muhtariyeti Prensibinden Doğan İstisna

Akitler alanında geçerli bulunan irade muhtariyeti prensibi uyarınca, tarafların uygulanacak hukuk düzenini seçmek hakkı olduğunu biliyoruz(53). Taraflar akitlerinde uygulanacak hukuk olarak, bir hukuk düzeninin yürürlükten kalkmış bulunan mevzuatına yollama yapmış veya bu hususta karar kılmış olabilirler. İşte bu durumda, kanaatimizce yetkili olarak belirlenen yabancı hukukun yürürlükten kalkmış

(49) Nomer: DHH, s.15.

(50) Wolff: IPR, s.54.

(51) Kararlar için bkz. Göger: DHH, s.32 dn.107.

(52) 29 Mayıs 1926 tarih ve 864 sayılı Kanunu Medeninin Sureti Meriyet ve Şekli Tatbiki Hakkında Kanun(RG.19 Haziran 1926,S.402).

(53) Bkz.yuk.s.67 vd.

olan mevzuatı uygulama alanı bulacaktır. Ancak bu konuda bir açıklık olmalıdır. Açıklık yoksa, hâkim yapılan bu yollamayı normal ve makul olarak, yürürlükte olan mevzuata yapılmış kabul edebilir.

C. HUKUKU UYGULANACAK DEVLETİN TANINMAMIŞ OLMASI

Uygulanacak yabancı hukuk kurallarının, mahkemenin tâbi bulunduğu devlet tarafından tanınmayan bir devletin hukuku olması halinde, hâkimin bu ülkenin hukuku da uygulamak zorunda olup olmadığı hususunda da tereddüt edilebilir.

Bu hususta birbirine zıt iki görüş ileri sürülmüştür(54).

Bunlardan ilkinde göre, hâkimin mensub olduğu devlet tarafından tanınmayan bir devlet hukukunu mahkeme uygulamalıdır; mahkeme ancak tanınmış bir devlet hukukunu uygulamak zorundadır.

Diğer bir fikre göre, hâkimin mensubu olduğu devletin, hukuku uygulanacak devleti tanımış olmasının veya tanımamasının önemi yoktur. Devletlerin tanınmamış olması, kanunlarının uygulanmaması için engel teşkil etmez, yetkili yabancı devlet kanununun uygulanması için o devletin, mahkemenin mensup olduğu devletçe tanınmış olması şart değildir.

Her iki fikirde zaman içinde çeşitli devletlerde ve mahkeme kararlarında uygulama alanı bulmuştur.

Örneğin; Sovyetler Birliği uzun zaman batılı devletlerce tanınmamıştır. Bu durum karşısında Fransız, Mısır ve Belçika mahkemeleri Sovyet kanunlarını uygulamamışlar, buna karşılık Alman, Avusturya, İsviçre ve Amerikan mahkemeleri Sovyet hükümetini tanımadıkları halde, kanunlarını uygulamışlardır(55). Batı Almanya, Doğu Almanya'yı tanımamasına rağmen onun hukukunu daima uygulaya gelmiştir(56).

Yabancı hukukun uygulanmasını, hukuku uygulanacak devletin tanınmış olmasına bağlayan görüşte, yabancı hukukun uygulanma sebebini devletlerin ve onların hukuk nizamlarının tanınmış olması ile açıklama gayreti sezilmektedir(57). Oysa yabancı hukukun uygulanma sebebini bu olmadığını biliyoruz. Zira, devletlerin veya onların hukuk düzenlerinin tanınmış olması ile yabancı hukukun uygulanma sebebi izâh edilemez(58). Çünkü, böyle bir durumda tanınmamış bir devletin hukukunu uygulamamak gerekir. Oysa tanınmayan devletlerin hukuklarının uygulanmasında pek tereddüt edilmemiştir(59). O halde, devletlerin tanınmamış olmaları, yetkili yabancı hukukun uygulanmasına engel olmalıdır(60). Çünkü "tanınmamış bir devletin millî kanunu tatbik etmek o devlet

(54) Bu hususta bkz. Berki, O.F.:DHH,C.II,s.118.

(55) Berki, O.F.:DHH,C.II,s.118;Altuğ:age.,s.154;Nomer:DHH,s.46-47.

(56) Nomer:DHH,s.47.

(57) Örneğin; Raape, bu manaya gelecek şekilde "Alman devletler özel hukuku tatbik edilecek yabancı hukukun tanınmış bir ülkenin hukuku olmasını ister, çünkü biz bu devleti tanıdığımız için hukukunu tatbik ediyoruz" demektedir; Raape, IPR, s.122; ayrıca bu hususta bkz. Nomer:DHH,s.45-47.

(58) Nomer:Yabancı Kanun,s.28.

(59) Berki, O.F.:DHH,s.II,s.118;Altuğ:age.,s.154;Nomer:DHH,s.47,Nomer:Yabancı Kanun,s.28.

(60) Gözer:DHH,s.12,134,137;Berki,O.F.:DHH,C.II,s.118;Altuğ:age.,s.154;

vatandaşlarının hepsini tâbiiyetsiz addetmek neticesine münce olur ki; buna elbette cevaz yoktur"(61).

Tanınmamış devletlerin hukuklarının uygulanmaması, herşeyden önce realitelere (gerçeklere) uygun düşmez(62). Devletler tanınmamış olmasına rağmen, yürürlüğe coymuş olduğu kuralları kendi ülkesi içinde uygulaniyorsa (veya o bölgede uygulaniyorsa) o ülke insanların inançlarını taşımaktadır, bu inancın dikkate alınıp gözardı edilmemesi gerekir(63). Önemli olan devletlerin tanınmış veya tanınmamış olması değil, ilgili kurallarının fiilen geçerli olması, yürürlükte bulunmasıdır(64).

Ayrıca, devletlerin tanınması veya tanınmaması devletler umumî hukuku ile ilgilidir; yani kamu hukukunu ilgilendiren bir konudur(65). Devletlerin adalet siyasetlerini ilgilendirmez(66), politik bir gayeye hizmet eder(67). Oysa, özel hukuk açısından politik mülâhazalar önemsizdir(68). Bu bakımdan, devletlerin tanınmamış olmaları onların hukuk düzenlerini de dikkate almamayı gerektirseydi, bunun kabulü "ilgili özel şahıslar için açık ve kaba bir adaletsizlik, özel hukuk içinde ağır bir manevi bir darbe teşkil etmekten ileri gidemezdi"(69).

Devlet, devlet olarak ortaya çıktığı anda eğer unsurları var ise, hukuk onu suje kabul etmelidir. Tanıma, milletlerarası ilişkiler ortamında, bir devletin diğer bir devleti hukuku şahsiyeti itibariyle ilişkiler kurabilecek bir suje olarak kabul ettiğine dair bir tasarruftan ibarettir ve milletlerarası hukukta mahiyeti tartışmalıdır(70).

Tanıma kelime anlamıyla " bir devletin, evvelce siyasi mahiyette teşkilatlanmış bulunun bir camiaı bir devlet telakki eylemek ve onunla münasebetlere girişmek hususundaki iradesini" anlatır(71).

Bir devletin doğması ile, mevcut diğer bir devletin bu devletle hukukî münasebetlere girişmesi farklı iki şeydir, Bir topluluğun devlet olarak ortaya çıkması tarihi ve siyasi bir oluşturdur. Devletin doğuşu ve mevcut oluşu hukuk dışı bir vakıadır(72). Tanıma ise, daha önce doğuş bulunan devletin milletlerarası münasebetlere ehil olduğunun ve onunla münasebetlere girişilebileceğinin diğer devletlere kabulünden başka bir şey değildir(73).

Nomer:DHH,s.47;Berki,Ş.:age.,s.41.

(61) Berki,Ş.:age.,s.41.

(62) Berki,O.F.:DHH,C.II,s.118.

(63) Wolff:IPR,s.54.

(64) Nomer:DHH,s.47;ayrı manada Wolff:IPR,s.54.

(65) Berki,O.F.:DHH,C.II,s.118;Göger:DHH,s.134;Berki,Ş.:age.,s.41"dn.1.

(66) Göger:DHH,s.134.

(67) Nomer:Yabancı Kanun, s.28.

(68) Kegel:IPR,s.229;ayrıca Nomer:Yabancı Kanun, s.28 dn.64'de anılan yazarlar.

(69) Nomer:Yabancı Kanun, s.28.

(70) Milletlerarası hukukta tanıma,hukukî ve siyasi mahiyeti ve türleri hakkında geniş bilgi için bkz. Meray,s.L.:age.,s.204 vd;Akipek,Ü.İ.:Devletler Hukuku,İkinci Kitap, Devletler Hukukunun Sahıslarından Devlet,Ankara 1964(Devlet),s.95 vd.

(71) "Tanıma",Türk Hukuk Uygatı,s.321.

(72) Meray:age.,s.266.

(73) Akipek:Devlet,s.96.

Sonuç olarak, hukuku uygulanacak devletin diğer devletlerce tanınmış olup olmamasının, yabancı hukukun uygulanmasında bir önemi olmadığını, ilgili yabancı devlet tanınmamış olsa bile, onun hukukunu kanunlar ihtilâfı kuralları emretmişse uygulamak zorunluluğunun bulunduğunu söyleyebiliriz.

D. UYGULANACAK YABANCI KANUNUN MİLLETLERARASI SÖZLEŞMEYE AYKIRI OLMASI

1. Ön Açıklama

Yabancı unsurlu bir ilişkiye uygulamak açısından yetkili olarak tayin edilen yabancı kanunun, devletçe aynı konuda kabul edilmiş bulunan milletlerarası sözleşmeye aykırı bir muhteva taşıması halinde ne yapılacağı; bu kanun hükmünün mü yoksa sözleşme hükümlerinin mi uygulanacağı hususu üzerinde durulması gereken problemlerden biridir.

Ancak hemen belirtelim ki, burada söz konusu olan milletlerarası sözleşmeleri, belirli yabancı unsurlu ilişkilerde uygulanacak hukuku göstermek suretiyle, milletlerarası alanda müştereken nazara alınacak gösterici hukuk kuralları (ihtilâf kuralları) getiren milletlerarası sözleşmelerle karıştırmamak gerekir. Zira, bu tip sözleşmeler, daha yetkili hukukun tayini sırasında nazara alınacak sözleşmelerdir ve hâkim tarafından MÖHUK.md.1/f.II'de de belirtildiği üzere, kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanarak yetkili hukukun tayini sırasında, öncelikle dikkate alınıp, bu sözleşmelerde kabul edilen ihtilâf kurallarına göre yetkili hukukun belirlenmesi gerekir. Bu konuya daha önce değinmiştik(74).

Oysa burada incelenecek husus, yetkili yabancı hukukun hâkimce belirlenmesinden sonra ortaya çıkmaktadır. Çünkü, milletlerarası sözleşmelerden bir kısmı, belirli yabancı unsurlu ihtilâflarda uygulanacak maddî hukuk kuralları getirirler. Bu tür sözleşmeler, ihtiva ettikleri maddî milletlerarası özel hukuk kuralları ile yabancı unsurlu ihtilâfları esastan düzenlerler; ilişkiye uygulanacak maddî hukuk kurallarını bizzat tayin ederler. Örneğin; 25.4.1964 tarihli, Menkul Malların Milletlerarası Satışı Hakkında La Haye Sözleşmesi bu tür bir sözleşmedir. Bu sözleşme ile, hasarın alıcıya teslim ile intikal edeceği kararlaştırılmıştır(75).

İşte, burada incelenecek husus, bu tür hükümler getiren sözleşmelerle ilgilidir. Yetkili yabancı hukuk (ister kanunî, ister içtihadî, isterse teamulî nitelik taşıyan bir ihtilâf kuralı veya milletlerarası sözleşmede yer alan ihtilâf kuralı aracılığıyla) hâkim tarafından tayin ve tespit edildikten sonra, uygulanacak bu yetkili kanunun muhtevasının milletlerarası sözleşme ile kabul edilen, maddî özel hukuk kurallarının öngördüğü esas ve çözümlere aykırı olması durumudur.

(74) Ekz.yuk.s.64 vd.

(75) Bu hususta Ekz. Çelikel, MÖH, s.42-43.

fani, yabancı unsurlu bir ihtilâfa esastan çözüm getiren kurallar ihtiva eden milletlerarası sözleşmeye, uygulanacak yetkili kanunun aykırılığı sorunudur.

Böyle bir durumda, hâkimin birbirine aykırı hükümler taşıyan milletlerarası sözleşme hükümleri veya kanundan hangisini hukuki ihtilâfa tatbik edeceği, genellikle hukuku uygulanacak devletin anayasal sisteminde, milletlerarası anlaşmalara verilen hukuki değere göre tayin edilmektedir(76).

2. Milletlerarası Sözleşmelerin Hukuki Değeri

a) Genel Olarak

Her ülkenin Anayasal sisteminde, milletlerarası sözleşmelere verilen hukuki değer farklı olabilir. Şöyleki; milletlerarası sözleşmeler(anlaşmalar) ilgili ülkede, kanunların üzerinde bir güç kazanabileceği gibi, kanunlarla eşit seviyede tutulabilir. Bir iç hukuk kaynağı olan kanun ile, esas itibariyle bir milletlerarası hukuk kaynağı olan milletlerarası sözleşmelerin önceliği-sonralığı meselesi, aslında; bu kuralların ait oldukları hukuk sistemlerinin yani, millî hukuk ile milletlerarası hukukun birbiriyle ilişkilerinin ne olması gerektiği meselesinden kaynaklanmaktadır. Kısaca belirtmek gerekirse sorun, milletlerarası hukukun, millî hukuka (iç hukuka) üstün olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Hemen belirtelim ki, bu problem, devletler umumî hukukunun çok tartışmalı ve anaprobömlerinden birisini oluşturur(77).

Ancak, biz bu konuda milletlerarası tatbikatın,devletler hukuku kurallarıyla, iç hukuk kurallarının çatışması halinde, devletler hukukuna üstünlük tanıdığını belirtmekle yetinelim (78). Mahkemeler,devletler hukukuna aykırı gördükleri kural veya tasarrufun iptali yoluna gitmeden, kuralın devletler hukukuna aykırılığı ve devletin milletlerarası sorumluluğunu tespitle yetinmektedirler(79).

Millî hukuklar seviyesinde ise konu, kabul edilen Anayasal hükümler çerçevesinde bazen devletler hukuku kurallarının üstünlüğü, çoğunlukla da devletler hukuku ile iç hukuk kurallarının eşitliği yönünde düzenlenmiştir(80).

(76) Çelikel:MOH,s.176;karş. Göger:DHH,s.133-134.

(77) Bu hususta bkz. Meray:age.,s.120 vd; Çelik :age.,s.67 vd.;Akipek:Başlangıç,s.21vd

(78) Akipek:Başlangıç,s.30; Meray:age.,s.123; Yazar, Milletlerarası Adalet Divanı'nın kararlarının incelemesinden bu sonuca varıldığını, bunun normal olduğunu, zira, Divanın, Divan Statüsü'nün 38.md.sine göre "kendisine havale edilen uyuşmazlıkları Devletlerarası hukuka uygun olarak çözmek" ile mükellef olduğunu belirtmektedir: Meray:age.,s.124.

(79) Meray:age.,s.124.

(80) Muhtelif devletlerde ki kabultarızları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Meray: age.,s.12 vd.; Akipek:Başlangıç,s.25.vd.

b) Türk Anayasal Sisteminde Milletlerarası Sözleşmelere Verilen Değer

Türk Anayasasında bu konuda açık bir hüküm bulunmamaktadır. 1961 Anayasasında (81) da açık hüküm mevcut değildir. Budünemde, bu Anayasanın milletlerarası sözleşmelerle ilgili 65.md.'sinden hareketle bir sonuca varılmaya çalışılmaktaydı.

Bilindiği üzere, milletlerarası hukuk kaynaklarından olan milletlerarası sözleşmeler, imza eden devletlerin Anayasal sistemleri gereğince, yetkili organları tarafından onaylandıktan sonra yürürlüğe girerler.

T.C.Anayasası (82)'nin 90.md.'sinin I.fikresinde, "Türkiye Cumhuriyeti adınayabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak anlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır" denilerek bu hususa işaret edilmiştir(83).

Anayasa'nın 90.md.'si son fıkrasında, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz" hükmü yer almaktadır(84).

Türk hukukunda, milletlerarası sözleşmeleretanınacak hukukî değer 1961 Anayasası döneminden beri, yukarıda değindiğimiz bu hükümler ışığı altında incelenmektedir. 1982 Anayasası, bu konuda mevcut durumu değiştirecek veya kaldıracak bir sistem getirmemiştir. Bu nedenle, bu konuda yapılacak izâhlar, genelde 1961 Anayasa'nın 1982 Anayasası ile hemen hemen aynı (yalnız yazılış farkı var) hükümleri dikkate alırmak suretiyle yapılmışsada, bunlar halen geçerliliklerini korumaktadırlar.

Türk hukukunda Akipek(85), "1961 Anayasasının devletler hukukunun iç hukuka üstünlüğünü açıkça değilse bile, zımnen benimseyen bir Anayasa" olduğu fikrindedir(86).

Bu fikrin kabulü halinde, milletlerarası sözleşmelere kanunların üstünde bir güç tanımak gerekeceğinden, milletlerarası sözleşme hükümleri ile bir kanunun birbirine aykırı hükümlertaşması halinde, sözleşme hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Zira, kanun milletlerarası sözleşmeye aykırı olamayacaktır.

Diğer yazarlar ise, Anayasanın bu hükmünden kesin bir sonuca varmanın mümkün olmadığı, zira hükmün müphem ve çeşitli yorumlara elverişli bulunduğu (87) görüşünü taşımakla beraber, esas itibariyle Türk sisteminde milletlerarası sözleşmelere kanunların üstünde bir değer verilmediğini, sözleşmelere aykırı kanun çıkarma

(81) 9.7.1961 tarih ve 334 sayılı T.C.Anayasası (RG.20 Temmuz 1961,s.10859).

(82) 9.11.1982 tarih ve 2709 sayılı T.C.Anayasası (RG.9 Kasım 1982,s.17863 Mük.).

(83) Bu madde, 1961 Anayasası'nın 65.md.'si I.f.si ile aynıdır.

(84) Bu madde, 1961 Anayasası'nın 65 md.'si son f.si ile anlaşım itibariyle aynıdır.

(85) Bkz.Akipek;Başlangıç,s.27 vd.

(86) Akipek;Başlangıç,s.30, Yazar,"milletlerarası anlaşmaların Anayasaya aykırı olduğunun iddia edilememesini, devletler hukukunun üstünlüğü tezinin teyidi" olarak görmekte; bu hükmü Anayasanın başlangıç ve diğer bazı maddeleriyle birlikte değerlendirerek bu sonuca varmaktadır;Akipek;Başlangıç,s.30,27-30.

(87) Çelik;Ağ.,s.209-210; Meray;Ağ.,s.131.

yolunun kapatılmadığını, sözleşme hükümlerinin sonradan çıkarılacak bir kanunla kaldırılmasının mümkün olduğunu belirterek, devletler hukukunun üstünlüğü tezinin kabul edilemeyeceği görüşündedir(88).

Anayasa hukukçuları ise, Anayasa'nın md.90/f.V.hükmü ile, milletlerarası hukukun iç hukuka üstünlüğü ilkesini kabul etmediğini, bu hükümle sözleşmelerin kandan daha üstün hukuknormları haline getirilmediğini, dolayısıyla sonradan çıkarılacak bir kanunla milletlerarası sözleşmelerin iç hukuktaki etkilerinin kaldırılmasının mümkün olduğunu belirtmektedirler(89).

Ancak, hangi görüş benimsenirse benimsensin, devletin milletlerarası sözleşmeye aykırı kanunlar çıkarması, devletin milletlerarası yükümlülüklerine uymaması anlamına gelir ve onun milletlerarası hukuk açısından sorumluluğuna yol açabilir. Zira, devletler hukukunun bağlayıcı bir hukuk sistemi olduğunda tereddüt edilemez(90).

Milletlerarası hukuk, milletlerarası camianın hukukudur; milletlerarası camianın ihtiyaçlarından, milletlerarası ilişkilerin dostane bir şekilde yürütülmesi esastır. Bu sebeple, bu camianın bir unsuru olan her devletin milletlerarası hukukun icaplarına riayet etmesi esastır(91).

3. Çeşitli İhtimallere Göre Sorunun Çözümü

Daha öncede belirttiğimiz gibi, yabancı hukukun aynen uygulanması esastır(92). Bu esastan çıkarılacak ilk sonuç, yabancı hukukun kendi ülkesinde uygulandığı, kabul edildiği şekilde uygulanması esastır(93).

Ayrıca, her devletin milletlerarası hukukun icaplarına riayet etmesi de esastır(94).

(88) Meray:age., s.131-132.

(89) Özbudun, E.: Türk Anayasa Hukuku, Ankara 1986, s.177-178; Teziç, E.: Anayasa Hukuku, B.1 İstanbul 1986, s.26.

(90) Bu konuda bkz. Meray:age., s.69 vd.; Çelik:age.s.17 vd.; Akipek:Başlangıç, s.41 vd.

(91) Türk hukukunda Anayasanın belirli maddelerinde devletin milletlerarası hukuka riayet etmesi gerektiği vurgulanmış bulunmaktadır. Örneğin; Anayasanın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten ve Anayasa metnine dahil olan (md.176) başlangıç kısmında, Türk milletinin "...dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi" olduğu belirtildikten sonra, 16.md.sinde "Temel hak ve hürriyetler yabancılar için milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlandırılabilir"; md.92/f.I.de "milletlerarası hukukun mesru saydığı hallerde savaş hali ilânına ve Türkiye'nin taraf olduğu, milletlerarası anlaşmaların veya milletlerarası nezaket kurallarının gerektirdiği haller dışında Türk silahlı kuvvetlerinin yabancı ülkelere gönderilmesine..." denilmek suretiyle milletlerarası hukuka riayet esası benimsenmiştir.

Devletler hukuku esaslarına riayeti vurgulayan Yargıtay kararları da mevcuttur. Örneğin; Y.TD.'nin 23.12.1950 T.ve 5064 sayılı, Y.HGK.'nun 14.5.1958 T. ve E.6/39-K.46 sayılı kararı (Bkz.Meray:age., s.129-130), Y.4HD.'nin 30.9.1955 T.ve E.4710-K.4156 sayılı kararı (Akipek:Başlangıç, s.31).

(92) Bkz.yuk.s.114.

(93) Bkz. Çelikel:MÖH, s.176-177.

(94) Bkz.yuk.s.124'de varılan sonuç.

Kanımızca, problemin; yani uygulanacak yabancı kanunun milletlerarası sözleşmeye aykırı hükümler taşıması halinde ne yapılacağı; kanun hükmünün mü? yoksa milletlerarası sözleşme hükümlerinin mi? uygulanması gerektiği sorununun, bu esaslar çerçevesinde ve aşağıda ele alınacak çeşitli ihtimallere göre değerlendirilmesi gerekir.

Milletlerarası sözleşmeler iki taraflı olabilecekleri gibi, çok taraflı da olabilirler. Ayrıca, bu sözleşmeler, hâkimin mensub olduğu devlet ile hukuku uygulanacak devlet arasında olabileceği gibi, hâkimin mensub olduğu devlet hariç diğer devletler arasında da yapılmış olabilir. Sorunun bu ihtimallere göre ele alınmasının doğru olacağı kanaatindeyiz.

a) Milletlerarası Sözleşmenin For Devleti ile Kanunları Uygulanacak Devlet Arasında Olması

aa) İki Taraflı Milletlerarası Sözleşmelerde

Uygulanacak yabancı kanunun, for devleti ile kanunları yetkili devlet arasında yapılmış ikili bir sözleşmeye aykırı olması durumunda:

a') Hem for devletinde, hemde kanunları kabili tatbik devletin hukuk sisteminde, sonradan çıkarılacak bir kanunla sözleşmeye aykırı hükümler kabul etmek imkânı var ise (yani kanunla milletlerarası sözleşme hükümleri değiştirilebiliyorsa veya kaldırılabiliriyorsa), hâkimin sözleşmeye aykırı da olsa bu kanunu uygulaması gerekir. Zira, her ikidevlette bu ihtimalde açıkça olmasa bile sonradan çıkarılacak bir kanunla, aralarındaki sözleşmenin yürürlükten kalkabileceğini önceden kabul etmiş demektir.

b') Her iki devletin de hukuk sisteminde milletlerarası sözleşmeler kanunlardan daha üst bir önem veriliyorsa, sonradan çıkarılacak kanunda bu sözleşme hükümlerinin insaklı olduğu açıkça belirtilmemiş olsa bile, kanunun sözleşmeye aykırı olan hükümleri uygulanamaz. Zira her iki devletinde kabulü, milletlerarası hukuk kurallarına aykırı kanun hükmünün uygulanmaması yönündedir.

c') Sonradan çıkarılabilecek bir kanunla, devletlerden birinde milletlerarası sözleşmeye aykırı hükümler getirilmesi veya daha başka bir sözleşmeyle kanunla bir milletlerarası sözleşmenin değiştirilebileceği veya ortadan kaldırılabileceği esası kabul edilmişse;

(X) Hâkimin hukukunda sözleşmeye aykırı kanun çıkarmak mümkün iken, hukuku uygulanacak devlet bunu mümkün görmüyorsa, hâkim yabancı hukuku kendi ülkesinde kabul edilen şekliyle uygulamak durumunda olduğundan, yetkili yabancı kanunun sözleşmeye aykırı muhtevasını uygulayamaz. Zira, diğer devlet kendi hukukunu ilgilendiren bir konuda seçimini yapmıştır. Sözleşme hükümlerinin öncelikle uygulanması esastır. Bu noktada tereddüt etmek gerekir. Hâkim, aynı konuda, kendi hukukunun tercih ettiği çözümü kendine saklamak zorundadır. Çünkü, ilgili devletin böyle bir

kanunu çıkarmaktaki gerçek iradesi sözleşme hükümlerinin tadili veya ilgası yönünde olmadığı gibi, tarafların beklentileri de yetkili yabancı hukuk düzeninin çözüm şeklinin kendilerine uygulayacağı yolundadır.

(y) Bir önceki ihtimalin tersi varit olabilir. Hâkimin hukukuna göre, kanunla sözleşme hükümlerinin değiştirilmesi veya kaldırılması mümkün değil iken, hukuku uygulanacak devlette, bu mümkün görülüyorsa ne yapılacaktır? Bu durumda da yabancı hukukun kendi ülkesinde kabul edilen şekliyle uygulaması esas geçerlidir(95). İlgili devlet, kendi ülkesinde bu esas kabul ettiğine göre, o sözleşme hükümlerini sonradan çıkardığı kanunla en azından fiilen tadil veya ilga etmiştir. İlgili devletin bu davranışı, onun milletlerarası yükümlülüğünü ihlâli sebebiyle milletlerarası hukuk açısından sorumluluğuna yol açabilir. Fakat, bu durum, hâkimin ilgili devlet açısından geçerliliğini yitiren sözleşme hükümlerini uygulamakta ısrar etmesini gerektirmemelidir. Çünkü, uygulanacak hukuk, yabancı hukuktur. Hâkim, esas itibarıyla yabancı hukuku, kendi ülkesinde kabul edilen şekliyle uygulamak durumundadır. Sözleşmeye aykırı da olsa bu kanunu uygulamalıdır(96).

bb) Çok Taraflı Milletlerarası Sözleşmelerde

Milletlerarası sözleşmenin yalnız for devleti ile kanunları tatbik edilecek devlet arasında olmayıp, bunların yanında başka devletlerce de üzerinde anlaşılan ve onaylanan (kabul edilen) bir sözleşme olması halinde, diğer ihtimallerdeki gibi, hâkimin mensub olduğu devletin kanunlarla sözleşmeye aykırı hükümler getirilebileceğini kabul etmesinin bir önemi yoktur. Önemli olan, kanunları kabili tatbik devlet hukukunun bu konudaki tutumudur.

Eğer, hukuku uygulanacak devlet, milletlerarası sözleşmelere kanunlara göre daha üstün bir güç tanıyan bir Anayasal sisteme sahipse, (ideal olan da budur) bir sonuç çıkmaz. Sözleşme hükümleri uygulanır.

Ancak, kanunları uygulanacak devlet, kanunla sözleşmeye aykırı esaslar getirilmesini mümkün kılan bir sisteme sahipse; burada hâkimin yabancı hukuku kendi ülkesinde kabul edilen şekliyle uygulaması esas geçerli olamaz(97). Zira ortada bir çok devletin katıldığı, üzerinde uyduğu çok taraflı bir sözleşme vardır. Yani, gerçek anlamıyla bir milletlerarası sözleşme mevcuttur. Kısacası, milletlerarası sözleşmeye aykırı kanun artık uygulanamaz. Çünkü, burada çok taraflı bir milletlerarası sözleşmeyle, üzerinde bir çok devletin anlaşmaya vardığı, milletlerarası toplumun müşterek ve önemli bir meselesi var demektir. Tek taraflı olarak çıkarılan bir kanunla bu sözleşmeye aykırı olarak getirilen çözüm, çok büyük bir ihtimalle milletlerarası hayatın icablarına ters düşecek niteliktedir. Bu sebeple,

(95) Aynı yönde; Çelikel: MÖH, s. 176.

(96) Aksi fikir; Öger: DHH, s. 133.

(97) Aksi fikir; Çelikel: MÖH, s. 197.

ilgili devletin tasarrufu, iki taraflı bir anlaşmanın ihlâlinde olduğu gibi, basit bir ihlal olarak görülemez. Her devletin, milletlerarası taahhütlerine ve bu suretle milletlerarası hukuka uygun davranması esastır. Çünkü, burada milletlerarası toplumun düzen menfaati öncelikle nazara alınmak gerekir. Bu menfaat, devletlerarası ilişkilerin hukuka uygunsürdürülmesindeki milletlerarası toplum menfaatidir. Küçüklerinkorunması veya nafaka ile ilgili birkaç çok taraflı milletlerarası sözleşme örnekleri akla getirildiğinde, neden burada böyle bir sonuca varılması gerektiği; bir başka deyişle, hâkimin yabancı hukuku kendi ülkesinde kabul edildiği şekilde uygulaması esasının geçerli olamayacağı rahatlıkla anlaşılabilir. Zira, milletlerarası sözleşmeye konu edilmiş durumlar, taşıdıkları özellik sebebiyle, tek bir devletin bakış açısına göre düzenlenemeyecek kadar önemli meselelerdir(98).

b) Milletlerarası Sözleşmenin Kanunları Uygulanacak Devlet ile Diğer (for devleti hariç) Devletler Arasında Olması

aa) İki Taraflı Milletlerarası Sözleşmelerde

Burada söz konusu edilen durumu bir örnekle şöyle açıklayabiliriz: Uygulanacak yabancı kanun Alman Kanunudur. Almanya ile Fransa arasında bir milletlerarası sözleşme mevcuttur. Alman devleti sonradan çıkardığı bir kanunla bu sözleşme hükümlerine aykırı esaslar kabul etmiştir(99). Böyle bir durumda Türk hâkimi uygulanacak yabancı kanun(Alman Kanunu) Almanya ile Fransa arasındaki sözleşmeye aykırı ise ne yapmalıdır? Kanunu mu? yoksa sözleşme hükümlerini mi? uygulamalıdır. (100).

Bu konuda Göger (101), "milletlerarası adalet, Türk hâkiminin anlaşmaya aykırı olan kanunu uygulamaması halinde daha kolay gerçekleşir. Bu suretle, devletlerin milletlerarası taahhütlerine sadakatları da sağlanmış olur ve bu yoldaki tutumun özel hukuk açısından doğuracağı sonuçlar önemsizdir," demektedir.

Biz bu fikri paylaşıyoruz.

Yukarıda da belirttiğimiz esaslar dahilinde, burada iki taraflı bir sözleşme söz konusu olduğundan, iki taraflı bir sözleşmenin sonradan çıkarılacak bir kanunla en azından fiilen yürürlükten kalktığı sonucuna varılmalı ve yabancı hukuku kendi ülkesinde kabul edildiği, uygulandığı şekliyle uygulanması esası burada geçerli olmalıdır(102). Bir kere, iki devlet arasında yapılmış bir sözleşmenin

(98) Bu sebeple Göger'in (Göger: DHH, s. 33), bu konuda varit olacak ihtimalleri incelemekten yetkili yabancı kanunun devletler arasındaki anlaşmaya aykırı olan muhtevasının uygulanması gerektiği esasının" anlaşmanın hâkimin mensub olduğu devlet ile kanunları yetkili devlet arasında olması halinde hiç bir kararsızlığa yol açmaktadır" şeklindeki düşüncesine, sadece bu noktada katılıyoruz.

(99) Bu örnek tamamen farazidir.

(100) Benzer bir örnek için bkz. Göger: DHH, s. 133-134.

(101) Göger: DHH, s. 133-134.

(102) Çelikel, açıkça bu ihtimale değirmenle beraber, konu hakkında yaptığı açıklamalardan, yazarın bu görüşte olduğu sonucunu çıkarabiliriz. Çelikel: MÖH, s. 176-177.

hükümlerine uygun davranmayı sağlamak bize düşen bir görev değildir. Bize düşen, yabancı hukuku kendi ülkesinde kabul edildiği şekliyle uygulamaktır. Bu esastır, sadece milletlerarası toplum menfaatinin ağır bastığı hallerde feragat edebiliriz. Ayrıca, böyle bir ihtimalde, diğer devletin sözleşmeden doğan taahhütlerine ne ölçüde bağlı olduğu veya olmak arzusunda olduğunu da bilmiyoruz. Şu da varki, iki taraflı da olsa bir milletlerarası sözleşmenin ihlâli, ihlâl eden devletin milletlerarası hukuktan doğan sorumluluğuna yol açar. Bu sorumluluk, böyle bir ihlâl için yeterli sayılmalı, hâkime, iki devlet arasındaki anlaşmanın hükümlerine uyulup uyulmadığını kontrol etme gibi bir görev yüklememelidir.

Ayrıca, devletler arasında yapılan ikili sözleşmelerin konuları gözönünde tutulduğunda, iki devlet arasında yapılan bir sözleşme ile uzlaşılacak her konunun, her halde milletlerarası toplumun genel menfaatlerine uygun düştüğünün kabulü hatalıdır.

bb) Çok Taraflı Milletlerarası Sözleşmelerde

Uygulanacak yabancı kanunun, hâkimin mensub olduğu devletin taraf olmadığı, fakat kanunları kabili tatbik devlet ile diğer devletler arasında yapılmış bir çok taraflı sözleşmeye aykırı olması halinde ise, hâkim kanunu uygulamamalı, milletlerarası sözleşme hükümlerini uygulamalıdır(103). Zira bu ihtimal yukarıda incelenen(104) çok taraflı bir milletlerarası sözleşmenin olması halindeki durumla aynı niteliğe sahiptir. Tek farkı, burada hâkimin mensub olduğu devletin sözleşmeye taraf olmamasıdır. Bu sebeple orada yapılan açıklamalar ve kabul burada da geçerlidir(105).

E. UYGULANACAK YABANCI KANUNUN ANAYASAYA AYKIRI OLMASI

Kanunlar ihtilâfı kuralları gereğince, yabancı unsurlu bir olay ve ilişkide uygulanacak yetkili yabancı kanunun, somut olaya kabili tatbik hükümlerinin Anayasaya aykırılığı söz konusu olabilir. Uygulanacak yabancı kanunun ilgili hükümleri, for devletin (hâkimin mensup olduğu devletin) Anayasasına aykırı olabilceği gibi, kendi devletinin Anayasasına da aykırı olabilir.

1. Uygulanacak Yabancı Kanunun Kendi Devletinin Anayasasına Aykırı Olması

Yetkili yabancı kanunun somut olaya kabili tatbik hükümlerinin, kendi devletinin Anayasasına aykırı olması halinde bu hükümler uygulanamaz. Ancak, hemen belirtelim ki, burada kastedilen veya söz konusu olan husus, yabancı devletin bu hususta yetkili yargı organlarıca verilmiş bir anayasaya aykırılık kararının mevcut olması durumudur. Yani, yetkili yabancı kanunun ilgili hükümlerinin kendi devletinin Anayasasına aykırı olduğu sabit bulunmuş; bu hususta yetkili millî yargı organınca

(103) Aksî fikir. Çelîkelî, MOH, s. 177.
 (104) Ekz. yuk. s. 126 vd.
 (105) Ekz. yuk. s. 127 dn. 98.

bir karar verilmiş, örneğin; kanunun ilgili hükümleri iptal edilmişse, artık bu hükümlerin uygulanamayacağına tereddüt edilemez(106). Böyle bir durumda, yetkili yabancı kanunun uygulanmaması için, ilgili devlet anayasasına aykırı olduğunun yetkili millî yargı organlarıca tespit edilmiş olması yeterlidir. Eğer, ilgili devletin yetkili yargı organı, anayasaya aykırılığı, iptal kararından başka, verebileceği diğer bir kararla saptama olanağına sahipse, bu kararda yeterli sayılmalıdır. Önemli olan anayasaya aykırılığın ilgili ülkenin kabul ettiği esas ve usuller dahilinde yetkili yargı organınca saptanmış bulunmasıdır.

Yetkili yabancı kanunun uygulanacak hükümlerinin anayasaya aykırı olduğuna henüz hükmedilmemiş olabilir. Bu durumda, yani uygulanacak yabancı kanunun ilgili hükümleri arasında, aynı yabancı devlet anayasasına aykırılığı iddia edilen ve henüz bu aykırılık iddiası yetkili yabancı yargı organlarıca bir karara bağlanmamış; örneğin; hakkında iptal kararı verilmemiş hükümler bulunması halinde ne yapılacaktır? Hâkim, yetkili yabancı kanunu uygulamak zorundadır? Yoksa, aykırılık iddiasını kendisi çözüp bir sonuca mı varmalıdır?

Bu konuda iki fikir ileri sürülmüştür(107).

Bir fikre göre Hâkime yabancı kanunlar üzerinde bu derece ileri giden bir inceleme yetkisi vermek doğru değildir. Bu görüşe göre, for hâkiminin, yabancı kanun hakkında vereceği anayasaya aykırılık kararı, sonuçları yönünden siyasî bir nitelik taşıdığından soruya olumsuz cevap vermek gerekir. Hâkim, bu takdirde, yabancı kanunu uygulamak durumundadır(108).

Buna karşın bazı hukukçular soruna olumlu yaklaşmışlardır.

Bu hukukçular, konuyu ilgili devletin hukuksistemine göre, anayasaya aykırılık iddiasının incelenmesinin, bu konudakurulmuş özel bir mahkemenin görevi içinde bulunup bulunmaması açısından ele almakta ve çözüm önermektedirler. Bunlara göre, eğer hukuku uygulanacak devletin hukuk düzeninde, bu aykırılığın incelenmesi özel bir mahkemenin görevi dahilinde ise, buna imkân yoktur(109).

Buna mukabil, bu tür aykırılığı inceleme yetkisi özel bir mahkemenin değilse, davayı gören mahkemenin yetkisi dahilinde ise, bu aykırılığın incelenebileceği belirtilmiştir(110). Bu duruma göre, hâkimlerine kanunların anayasaya uygunluğunu kontrol etme yetkisi tanıyan bir yabancı devletin (örneğin; Almanya gibi) hukuk kuralları üzerinde for hâkiminin (örneğin; Türk Hâkiminin) de denetim yetkisi olmalıdır. Örneğin; Türk hâkimi uygulamak durumunda kaldığı bir Alman kanununu ilgili hükümlerinin Alman Anayasasına aykırı olup olmadığını tespit etme hakkına sahiptir(111).

(106) Göger;DHH,s.133.

(107) Bu görüşler için bkz. Göger;DHH,s.133.

(108) Batıffol tarafından ileri sürülen bu fikir için bkz.Göger;DHH,s.133.

(109) Bkz. Çelikel;MÖH,s.175-176; Nomer;DHH,s.203.

(110) Bkz.Çelikel;MÖH,s.176;Nomer;DHH,s.203,Nomer;Yabancı Kanun,s.103.

(111) Kegel ve Wolff tarafından sunulan bu görüş için bkz.Göger;DHH,s.133.

Bu son görüşün hâkimlerin yükünü artırdığı ve ilâmların tenfisini güçleştirici bir nitelik taşıdığı belirtilmiştir(112).

Daha öncede belirttiğimiz gibi, uygulanacak yabancı hukuku tespit eden hâkimin yabancı hukukun muhtevasını tam olarak, yani bütün hukuk kaynakları ile birlikte bir bütün olarak tespit etmesi ve uygulaması gerekir. Yabancı hukuk olarak tespit edilecek bu muhtevaya, ilgili devlette hukuki norm karakteri taşıyan tüm kurallar dahildir. Anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik, örf-âdet, teamül, içtihatlar vb. gibi. Hâkim tespit ettiği bu muhtevayı bir bütün olarak nazara alır, bir küll halinde göz-önünde tutar. Bunun anlamı ise, o hukukun daha üst düzeydeki normları ile daha alt düzeydeki normlarının bir bütün halinde ve üst derecedeki normlara aykırılıkları bertaraf edilerek tespiti ve uygulamasıdır. Bu sebeple, kanaatimizce, hâkim Anayasaya aykırılığı iddia olunan veya anayasaya aykırı gördüğü yabancı kanunu hemen uygulamamalı, ülkede anayasaya aykırı mevzuat hükmü nasıl muameleye görüyorsa, for hâkimde^ousul veya uygulamayı takib etmelidir. Bu suretle, hâkim yabancı hukuku kendi ülkesinde kabul edildiği ve uygulandığı şekilde uygulamış olur. Bu noktada, eğer ilgili kanunun anayasaya aykırılığı sebebiyle ilgili milli yargı organına açılmış bir dava mevcut ise, yani konu ilgili yargı merci önüne götürülmüş ancak, henüz bir karar verilmemişse, for hâkimi bu durumu kendi davası yönünden bekletici sorun yapmalı, sonucuna göre yabancı kanunu uygulamalı veya uygulamamalıdır.

2. Yabancı Kanunun For Devletin (Hâkimin Mensup Olduğu Devletin) Anayasasına Aykırı Olması,

Yabancı kanunun somut olaya kabili tatbik hükümlerinin, hâkimin mensup olduğu devletin Anayasasına aykırı olması da muhtemeldir. Böyle bir durum, özellikle millî kanunların uygulamasının hemen hemen kural oluşturduğu ahvali şahsiye ile ilgili konularda ve bu arada aile hukuku alanında belirgin olarak göze çarpmaktadır. İlk planda, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlükleri ortadan kaldıran veya özüne dokunarak kullanılmaz hale getiren, kanun önünde eşitlik esasını bozan yabancı kanun hükümlerinin anayasaya aykırılıkları ileri sürülebilir. Örneğin; boşanmış olmayı bir evlenme engeli sayan, irkî, dinî, siyasî sebeplerle evlenme yasağı getiren, evlenecek olanların fizyolojik yapısına bağlanan (iktidarsızlık, yaşlılık gibi) evlilik engelleri tesis eden, karı-koca arasındaki ilişkilerde erkek lehine eşitliği bozan veya kocaya tek taraflı olarak evliliğin feshi imkânını tanıyan, zinayı sadece karı yönünden boşanma sebebi sayan yabancı kanun hükümlerinin anayasaya aykırı olduğu söylenebilir(113).

Ancak, hemen belirtelim ki, yabancı unsurlu bir ilişkide uygulanacak yetkili kanunun ilgili hükümlerinin anayasaya aykırı olduklarının iddia edilmesi veya

(112) Göger: DHH, s.133.

(113) Örnekler için bkz. Nomer: Armağan, s.549; Sayman, Y.: Türk Devletler Hususî Hukukunda Evlenme Kuruluşu, Tez, İstanbul 1982, s.92.

Anayasaya aykırı olması, bu yabancı kanunun uygulanmasını emreden kanunlar ihtilâfı kurallarının Anayasaya aykırılığı meselesinden farklıdır. Kanunlar ihtilâfı kurallarının, belirli yabancı unsurlu ihtilâflarda uygulanmasını emrettikleri yabancı hukuk kurallarının Anayasaya aykırı olmaları, ilgili kanunlar ihtilâfı kurallarının da Anayasaya aykırı hale gelmesine müncer olmaz(114).

Kanunlar ihtilâfı kuralları gereğince, yabancı unsurlu bir ihtilâfta uygulanmak açısından yetkili olan yabancı kanunun ilgili hükümlerinin, Anayasaya aykırı olup olmadıklarının incelenip incelenemeyeceği veya incelenecekse bunun nasıl yapılması gerektiği konusu, henüz kesin bir çözüme bağlanmış değildir(115).

Yabancı hukukun uygulanma sebebi düşünülünce (116), uygulanacak yabancı kanunun for devletin Anayasasına uygunluk açısından incelenmesi gerektiği sonucuna varılır. Zira, belirli yabancı unsurlu olay ve ilişkilerde yabancı hukukun uygulanması, devletler özel hukuku adaletine göre yapılan bir seçimin sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Yabancı unsurlu ihtilâfa, iç maddî hukuk kurallarının uygulanmasına göre daha âdil ve daha uygun bir çözüm getireceği düşünülen yabancı hukuk, kanunlar ihtilâfı kurallarıyla kabili tatbik kılınmaktadır(117). Bu gerçek gözönünde tutulduğunda, uygulanacak yabancı hukukun Anayasaya uygunluk açısından incelenmesi gereği ortaya çıkar.

Ancak bunoktada, Anayasanın ve özellikle temel hak ve hürriyetlerin ne ölçüde etkili olabileceği, kamu düzeni müdahalesi yanında ayrıca birde anayasal denetim yolunun gerekli olup olmadığı, özellikle Alman Hukukunda tartışmalıdır(118). Bu tartışmaları kısaca incelemek, konunun Türk hukuku açısından değerlendirilmesinde faydalı olacaktır.

a) Alman Hukukundaki Görüşler

aa) Hakim Görüş

Alman doktrinde hakim anlayış, Anayasada yer alan temel hak ve hürriyetlerin, Alman hukukunda uygulandığı ölçüde dikkate alınabileceği, yabancı unsurlu olay ve ilişkilerde yabancı hukukun uygulanmasının kural olduğu, bununla beraber Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklerin yabancı hukukun uygulanmasında tamamen etkisiz olmayıp, kamu düzeninin müdahalesi yoluyla yabancı hukukun uygulanmasında tesirli olacağını yöründedir(119).

Bu görüşe göre, devletler özel hukukun görevi, çeşitli ve farklı hukuk düzenlerinin varlığı karşısında, her hayat ilişkisi için ona en adil ve en uygun

(114) Nomer:Armağan,s.550.

(115) Nomer:Armağan,s.549; aynı manada Çelikel;MÖH,s.175-176.

(116) Bukonuda bkz.yuk.s.40.

(117) Aynımanada Nomer:Armağan,s.550-551.

(118) Geniş bilgi için bkz.Nomer:Armağan,s.553 vd.

(119) Bkz.Nomer:Armağan,s.553-555.

gelecek hukuk düzenini seçmektir. Bu nedenle, devletler özel hukuku, belirli yabancı unsurlu ihtilâflarda yabancı bir hukukun uygulamasını emrediyorsa, bu yabancı hukukun uygulamasında kararlı olmak gerekir. Yabancı hukukun muhtevasına göre bir ayırım yapmak, hoşla gitmeyen, kendi ahlak ve prensiblerimizle tam uyuşmayan hukukları uygulamaktan kaçınmak doğru değildir." Anayasada yer alan temel hak ve hürriyetler tamamen elemanter bir anlama sahip olduklarından maddî bir ilişkiye tatbiki gereken yabancı hukuk içinde ölçü olarak nazara alınamazlar."(120). Kaldığı, kendi prensiblerimizin daha iyi olduğu düşüncesiyle yabancı hukukun tatbikinden vazgeçmek âdil ve uygun sonuçlar vermeyeceği gibi, böyle bir uygulamanın hukukî tesirinin olması da beklenemez(121).

Ancak bu görüş, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklerin, yabancı hukukun uygulamasında tamamen etkisiz olmayıp, kamu düzeninin müdahalesi yoluyla etkili olacağını kabul etmektedir. Böylece temel hak ve hürriyetleri tahammül edilmez bir şekilde ihlâl eden, örneğin; insan haysiyetine aykırı olan, kadın-erkek eşitliğini bozan, dinler arasında fark gözeten, evlenme hürriyetini ortadan kaldıran yabancı hukukun uygulamasından sarfı nazar edilebilecektir. Esasen kamu düzeninin müdahale gerekçesinde budur. Bu uygulama kamu düzeninin istisnâ mahiyetine de uygundur. Zira sadece ilgili hükümlerin uygulaması tahammül edilemez bir ihlâl oluşturursa, uygulamasından vazgeçilmektedir(122).

Alman mahkemeleride daha önceden bu anlayışı benimsenmekte idiler(123).

bb) Azınlık Görüşü

Bu görüş Wengler tarafından öncüllüğü yapılmış ve Federal Anayasa Mahkemesince 4.5.1971 tarihinde verilen kararla açıkça benimsenen görüştür(124).

Bu anlayışa göre, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlükler, yabancı hukukun uygulamasında doğrudan doğruya etkili olurlar(125).

Wengler, hâkim fikri eliptirmekte; Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklerle ilişkin temel normları sadece kanun koyucuya değil, aynı zamanda ve özellikle uygulayıcıya, hukuku uygulamakla görevli makamlara hitap ederek bunları temel hak normuna uygun düşmeyen hukuk kurallarını uygulamaktan menettiğini söylemektedir(126). Yazara göre, asıl üzerinde durulması gereken husus, Anayasa normunun koyduğu bu yasağın, yabancı hukukun tatbikinde bu hukuku uygulamakla görevli makamlar içinde geçerli olup olmadığıdır. Bir başka deyişle "Anayasa normunun uygulama alanının" tespitidir. Anayasa normlarının tatbik alanı hakkında, Anayasada sarîh hüküm yoksa,

- (120) Nomer:Armağan, s.554.
 (121) Nomer:Armağan, s.554-555.
 (122) Nomer:Armağan, s.555.
 (123) Nomer:Armağan, s.555.
 (124) Ekz.Nomer:Armağan, s.556-560.
 (125) Nomer:Armağan, s.556.
 (126) Nomer:Armağan, s.556-557.

yorum yoluyla bir sonuca ulaşılmaya çalışılır(127). Bu sebeple, anayasa normunun uygulama alanı, özel hukukun uygulama alanını belirleyen kanun koyucuya bırakılmaz. Anayasa, anayasa hukuku yönünden tasvip edilmeyen bir özel hukuk düzenlemesini açıkça belirlemek, örneğin medeni nikâh esasını kabul etmek, evlenme ve boşanmasabeplerinin dini esaslaradayandırılmayacağını emretmek suretiyle bunu ya açıkça gösterir, yada açıklık yoksa ilgili normun yorumundan bu sonuca varılır(128).

Bu nedenle, yabancı kanun hükümlerinin Anayasaya aykırılığının sadece kamu düzeni çerçevesi içinde söz konusu olabileceği sonucuna varan hakim fikir, doğru değildir(129).

Federal Anayasa Mahkemesi' de 4.5.1971 tarihinde verdiği bir kararla (130), bu görüşe katılarak, temel hakların şumul sahasının kanunlar ihtilâfı kurallarının düzenlemesine bırakılmayacağını, temel hakların tesir sahasının doğrudan doğruya anayasa normlarından çıkarılması gerektiğini, bunoktada yabancı hukukun tatbikinin bir temel hak normunu "ihlâl ettiği" ortaya çıkarsa, bununla yabancı hukukun belirli bir olayda tatbikinin anayasa nizamı ile uyumadığının tespitinin yapılmış olacağını, böyle bir kabulün devletler özel hukukunun varlığını ortadan kaldıracığı endişesi ile hukukî emniyeti tehlikeye düşüreceği endişesinin yerinde olmadığını belirtmiştir(131).

Özetlersek, hakim fikir ile karşıt fikir arasındaki uyumsuzluğun temelinde kamu düzeni kavramına verilen önem ve anlam yatmakta ve Anayasada düzenlenen temel hakların korunmasında kamu düzeninin yeterliliği tartışma konusu yapılmaktadır(132).

Anayasa normlarının uygulanması, hiç şüphesiz ki kanunlar ihtilâfı kurallarının iznine bağlanamaz(133). Bununla birlikte, belirli yabancı unsurlu ihtilâflarda yabancı hukukun uygulanmasını emredebilen kanunlar ihtilâfı kurallarının Anayasaya uygunluğu tartışma konusuyapılmaktadır. İşte bu uygunluğa ve bu uygunluğun ifade ettiği anlama dayanan hakim fikir, temel hakların doğrudan doğruya tatbikinin mümkün olmayacağını, ancak dolaylı olarak kamu düzeninin müdahalesi ile yabancı hukukun tatbikinde etkili olabileceğini söylemekle(bize göre de) doğru hareket etmiştir(134).

b) Türk Hukukunda Durum

aa) Mevcut Durum ve Bazı Öneriler

Türk hukukunda, yabancı hukukun uygulandığı hallerde, bir anayasa-ya aykırılık iddiası ve bunun incelenmesi mahkeme kararlarına henüz konu olmamıştır.

- 127) Nomer:Armağan, s.557.
 128) Nomer:Armağan,s.557-558.
 129) Nomer:Armağan, s.558.
 130) Söz konusu karar ve karar metninden pasajlar için bkz.Nomer:Armağan,s.559-560.
 131) Nomer:Armağan,s.559-560.
 132) Nomer:Armağan,s.560.
 133) Nomer:Armağan, s.560.
 134) Nomer:Armağan,s.561, Yazarın bu görüşler hakkındaki değerlendirmeleri için bkz. Nomer:Armağan, s.560-563.

Tatbikatta bu konu üzerinde durulmamış olduğu gibi, doktrinde de fazlaca durulmuş değildir(135).

Burada, Türk hukukunun anayasaya aykırılık incelemesini, bu konuda görevli özel bir mahkemeye (Anayasa Mahkemesi) bırakmış olmasının ve özel bir yargılama usulüne tâbi tutmuş olmasının (Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun(136), etkisi şüphesizki mevcuttur. Bundan başka, mevcut suskunluk, Türk hukukunda yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, yabancı kanunun anayasaya aykırılığının söz konusu edilip ayrıca birincelemeye girilmesinin mümkün olmadığı veya ayrıca bir anayasal denetim yolunun kabulüne gerek olmadığı, ancak "kamu düzeninin müdahalesi" yoluyla anayasaya aykırı yabancı kanunların uygulamasının önlenebileceği yolundaki anlayışın genellikle kabul edildiği şekilde yorumlanabilir(137).

Ancak Nomer(138), böyle bir yorumu "çok iyimser" bir yorum ve kabul olarak nitelendirmekte, 1961 Anayasasının md.151/I.f.'da (1982 Anayasası md.152/I) yer alan "... uygulanacak bir kanunun hükümleri..." ibaresinden hareketle, bir Türk mahkemesinde hukukî ihtilafa uygulanacak kanunun anayasaya aykırılığı iddiasının Türk kanunlarına hasredilmediğini bildirmekte(139), ayrıca yazar, uygulanacak kanun hükmünün(Türk veya yabancı) anayasaya aykırılığı iddia edildiğinde, Anayasa Mahkemesinin bir karar vermek zorunda kalacağını, uygulanacak kanunun yabancı kanun olmasının Anayasa Mahkemesinin karar vermek görev ve yetkisini etkilemeyeceğini ilave etmektedir(140).

Yazar, bu noktadan hareketle, hâkimin yabancı kanunu uygularken, bu kanunun anayasaya uygunluğunu gözönünde tutması gerektiğini, ilgili hükmün Anayasaya aykırılığı kanaatine varması veya bu konuda tarafların birinin iddiasını ciddi bulması halinde, durumu Anayasa Mahkemesine intikal ettireceğini söylemektedir(141). Yazar,

(135) Aynı yönde :Nomer:Armağan, s.549-562.

(136) 10 Kasım 1983 tarih ve 2949 sayılı Kanun (RG.13 Kasım 1983,S.18220).

(137) Nomer:Armağan, s.564.

(138) Nomer:Armağan, s.564-565.

(139) Nomer:Armağan, s.564; Aynı görüşte:Sayman:agt.,s.96; ancak, karşı.Nomer:DHH,s.51-52

(140) Nomer:Armağan,s.546; Aynı görüşte:Sayman:agt.,s.96; Ancak Nomer, daha sonradan "...Anayasa mahkemesinin bu görev ve yetkisinde bir değişiklik yapmayacağından hareket edilebilirse ..." diyerek, bu konuda kesin konuşmaktan vazgeçmiştir; Nomer:E.; Devletler Hususi Hukuku, Teori-Uygulama-Milletlerarası Usul Hukuku, B.2, İstanbul 1982,s.53; ayrıca bkz. Nomer: DHH,s.51-52.

(141) Nomer:Armağan, s. 564.

böyle bir durumda, Anayasa Mahkemesinin yabancı kanun hükmünün anayasaya aykırılığı iddiasında kendini yetkili görmesi halinde, yabancı yasayı iptal edemeyeceğini, ancak yabancı kanunun anayasaya aykırılığını "olayla sınırlı ve tarafları bağlayıcı" olarak (Anayasa md.152/IV), tespit edebileceğini (142), mahkemenin de bununla bağlı olacağını(143), Anayasa Mahkemesinin böyle bir tespitte kendini yetkilive görevli görmemesi halinde, Mahkemenin 1961 Anayasasının 151 m.1/4.fikrasına (144) kıyasen aykırılığı kendi kanaatine göre tespit edebileceğini ileri sürmüştür(145).

Ancak, yazar bu yolun işleyebilmesinin her şeyden evvel yabancı kanunların da Anayasaya uygunluk yönünden denetlenebileceği fikrinin kabulüne bağlı olduğunu(146) aynı halde sorunun kamu düzeninin müdahalesi yoluyla çözümlenmesi gerektiğini belirtmektedir(147).

Bu görüşü paylaşan diğer yazarlardan Sayman ise, devletler hususî hukukunun klasik "kamu düzeni" kavramının Anayasa açısından yorumlanması gereğine işaret ederek, yukarıda belirtilen şartlar ve süreç sonunda Türk hâkimi, kararını bu kez "Anayasa ilkeleri açısından yeniden gözden geçirilmiş bir kamu düzeni kavramına" dayanarak vermiş olacağı sonucuna varmaktadır(148).

bb) Görüşümüz

Kanaatimizce, uygulanacak yabancı kanunun Anayasamıza aykırılığı halinde, kamu düzeni müdahalesi dışında ayrı bir denetim mekanizması kurulması ve kabulünü savunmak, mevcut düzenlememiz karşısında ne mümkün nede gereklidir.

- (142) 1961 Anayasasının md.152/f.IV.deki, " Anayasa mahkemesi, diğer mahkemelerden gelen Anayasaya aykırılık iddiaları üzerine verdiği hükümlerin, "olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı" olacağına da karar verebilir." şeklindeki hükmü 1982 Anayasasına almamıştır.
- (143) Nomer:Armağan, s.564; Sayman:agt., s.96-97; Yazar bu ihtimalde, 1961 Anayasasının 151 md'si II ve IV.fikralarına göre, Anayasa Mahkemesinin işin kendisine gelişinden itibaren altı ay içinde bir karar vermemesi halinde, hakimin bu aykırılığı kendi kanısına göre çözeceğini, yabancı yasayı Türk Anayasasına aykırı görüyorsa uygulamamak zorunda olduğunu bildirmektedir; Sayman:agt., s.97.
- (144) 1961 Anayasası md.151/f.IV. " Bu süre içinde karar verilmezse, mahkeme Anayasaya aykırılık iddiasını, kendi kanısına göre çözümlenerek davayı yürütür. Ancak Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkemeler buna uymak zorundadır."
- (145) Nomer:Armağan, s.564-565; Sayman, böyle bir durumda hâkimin Anayasaya aykırı gördüğü yabancı kanunu uygulamaması gerektiğini, zira, hâkimin Anayasasının 132.md'si (1982 Anayasası md.138/I) uyarınca, Anayasa, kanun ve hukuka uygun karar vermek zorunda olduğunu, bu konuda Anayasasının 151/4.hükümünün hâkime dayanak sağlayacağını belirtmektedir; Sayman,agt., s.97.
- (146) Nomer:DHH, s.51; Nomer :Armağan, s.565.
- (147) Nomer:Armağan, s.565.
- (148) Sayman:agt., s.97-98.

İlk olarak, Türk hukukunda özellikle Nömer ve ona ittifakla Sayman tarafından çeşitli ihtimallere göre çözüm öneren görüşe katılamıyoruz. Düşüncemize göre, bu görüş birbiriyle çelişen soruclara varmaktadır.

Şöyleki, bir davada uygulanacak Türk kanunları yanındayabancı kanunların da Türk Anayasasına aykırılık iddiasına konu edilebilecekleri ve bu durumda da Anayasa Mahkemesinin aykırılık iddiası hakkında bir karar vermek yetkisi ve görevinde olduğu kabul edildikten (149), sonra Anayasa Mahkemesinin bu konuda kendini yetkili görüp görmemesine göre bir ayırım yapmak (150) olanağı kalır mı? Anayasa Mahkemesinin seçme hakkı olur mu? Mademki buraya yabancı kanunlarda dahildir, o zaman inceleme yapmak zorunda kalır. O halde, Anayasa Mahkemesi bu konuda ya yetkilidir, yada yetkili değildir. Eğer yetkili görülüyorsa, Anayasa Mahkemesinin behemahal karar vermek zaruretin-den bahsetmek gerekirdi. Zira, hiç bir mahkeme, yetkili ve görevli olduğu bir konuda karar vermekten imtina edemez (Anayasa md.36/II). Yazarlar, başta Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda yetkili olduğunu kabul edip, sonradan Anayasa Mahkemesinin bu konuda kendisini yetkili görüp görmemesine bir ayırım yapmakla, kanımızca çelişkiye düşmüşlerdir.

Mevcut düzenlememiz karşısında da bu görüşe (veya öneriye) katılmak mümkün değildir. Çünkü Anayasa Mahkemesinin görevi yalnız "Türk kanunlarının" Anayasaya uygunluklarının denetimi ile sınırlıdır (151). Bu durum 1961 Anayasasında (md.147/I) böyle olduğu gibi, 1982 Anayasasında (md.148) da böyledir. Hernekadar, ilgili maddelerde açıkça "Türk kanunları" dermiyorsa da, bu kanunların Türk kanunu olduğundan şüphe etmemek gerekir. Anayasanın, anayasal denetimle ilgili tüm maddeleri okunursa, burada yer alan esasların sadece Türk kanunları gözönüne alınarak getirilen esas ve düzenlemeler olduğu hatlıkla anlaşılabilir. Ayrıca, her Anayasa Mahkemesi ancak kendi devlet kanunlarının Anayasaya uygunluklarını denetlemek amacıyla kurulur ve bu işlevi yerine getirir. Yabancı kanunları, yabancı Anayasa mahkemeleri denetler. Yabancı kanunları da anayasa uygunluk yönünden denetleme amacıyla kurulan bir Anayasa Mahkemesi bilmiyorum.

Gerek 1961 Anayasası gerek 1982 Anayasası'nın defî yoluyla somut norm denetimini düzenleyen maddelerinde "... uygulanacak bir kanunun hükümleri..." (1961 Anayasası md.151/I) ve "... uygulanacak bir kanun..." (1982 Anayasası md.154/I) terimlerinin kullanılmış olması, kanımızca bir davada uygulanacak yabancı kanunun da

(149) Bkz. Nömer:Armağan, s.564; Sayman:sgt., s.96; karşı Nömer:DHH, s.51-52.

(150) Bkz. Nömer:Armağan, s.564-565; Sayman:sgt., s.96-97.

(151) "...Anayasa Mahkemesinin asıl görevi, 1961 Anayasasına göre, T.B.M.M.'ce yapılan kanunların... Anayasaya uygunluğunu denetlemektir" Tuğaya, T.Z: Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, B.4, İstanbul 1980, s.145.

uygulanacak kanun olması nedeniyle Anayasaya aykırılığı iddia edilerek, Anayasal denetim yolunun işletileceği anlamına gelmez. İlgili hükümler bu şekilde yorumlanamaz(152). Bu maddelerde "... uygulanacak kanunla " amaçlanan Türk kanunlarıdır. Konuya ilişkin maddelerde, sadece "kanun" dermesi, Anayasa koyucunun burada ayrıca kanunu "Türk Kanunu" olarak tasrih etmeye lüzum hissetmediğini gösterir. Bir başka deyişle, âdeta malûmun ilâmına gerek olmadığı fikrinden kaynaklanır. Kanunun "Türk kanunu" olduğu şüphesizdir. Zira, Anayasa Mahkemesinin yetkisi sadece Türk kanunlarının denetimi ile sınırlıdır. Yabancı kanunları denetleyemez. Aslında, bu maddelerde, Anayasa koyucunun "uygulanacak" kanunla maksadı, davada uygulanacak Türk veya yabancı açısından ayırım gözetmemek değil, anayasaya aykırılık iddiasını, sadece görülmekte olan birdavada "uygulanacak", "kabili tatbik hükümlere" hasrederek, uygulanması kabil olmayan diğer hükümleri aykırılık iddiası dışına almak suretiyle, bir sınırlama yapmaktadır. Zira, buyolla, yani defî yoluyla Anayasaya aykırılık iddiası ancak, görülmekte olan bir davada ilgili tarafa "uygulanacak" "uygulanması kabil" hükümler hakkında yapılabilmektedir(153). Bu sebeple, Anayasa koyucu, bu terimlerle bir sınırlama amacıyla hareket ettiğine göre, "uygulanacak kanun" terimini geniş yorumlayarak yabancı kanunlara da teşmil etmek bizâtihi Anayasa koyucunun amacı ile de çelişebilir.

Bir an için Anayasa Mahkemesinin yabancı kanunun Anayasaya aykırılığını denetleme yetkisine sahip olduğunu kabul etsek bile, Anayasa Mahkemesi yabancı kanunun Anayasaya aykırı olduğu somucuna varırsa nasıl bir karar verecektir? Karar iptal kararı olmalıdır. Oysa, Anayasa Mahkemesi yabancı kanunu iptal edebilir mi? 1982 Anayasasında, 1961 Anayasasında yer alan " olayla sınırlı ve tarafları bağlayıcı" (md.152/IV) olacak şekilde bir "tespit kararı" vermek imkânı da olmadığına göre (154), Anayasa Mahkemesinin anayasaya aykırılığı tespit etmek imkânı da yoktur. Çünkü 1982 Anayasasına bu hüküm alınmamıştır. O halde, Anayasa Mahkemesi ya red kararı yada iptal kararı verecektir. Anayasa Mahkemesi yabancı kanunun iptaline karar veremez. Verrirse gülünç olur. Sadece aykırılığı saptamakla da yetinemez. Zira, hiç bir mahkeme kararında öngörülmeyen böyle bir karar vermek yetkisine sahip değildir.

(152) Karş. Teziç:age., s.211,212 dn.3.

(153) Tunaya:age., s.140; Teziç:age., s.201 vd; Üzbudun:age., s.380 vd.

(154) Ancak Teziç, bu hükmün yeni anayasaya alınmamış olmasına rağmen, yasaklayıcı bir kural getirilmediğini, bu nedenle zayıf bir ihtimalde olsa bu tür kararların verilmesinde Anayasa Mahkemesinin yada dava mahkemesinin kendilerini zorunlu görebileceklerini, çünkü yabancı hukukun uygulanması sırasında taraflardan birinin bunun anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmesi halinde, iptal kararı verilemeyeceğine göre, ister istemez "olayla sınırlı ve tarafları bağlayıcı" bir karar verileceğini, Anayasa Mahkemesi bu konuda kendini yetkili görmese bile, yabancı kanunu uygulamak zorunda olan dava mahkemesinin bu kez Anayasanın 138.maddesi uyarınca Anayasa ile bağlı olduğunu belirtenketif:Teziç:age., s.211-212, dn.3.

Ayrıca, 1982 Anayasasında, ilk derece mahkemesine "anayasaya aykırılık iddiasını" kendi kanaatine göre kararbağlama hakkı da tanınmamıştır. Bu hükmün yerindeliği tartışma konusu yapılabilirse de, bugün için 1982 Anayasasının 152.md'si II.f'sında "Anayasa mahkemesi için kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davaya yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. " denilmek suretiyle 1961 Anayasasının 151/IV.f'sının benimsendiği düzenleme tarzından ayrılmıştır. O halde mahkemenin, aykırılık iddiasını kendi kanaatine göre çözüme bağlaması, veya yazarların dediği gibi uygulama yapma imkânı mümkün bulunmamaktadır(155).

Bütün bu gerekçelerle, yabancı kanunun Anayasaya aykırılık yönünden denetlenmesi veya denetlenebileceği yada denetlenmesi gerektiği yolundaki görüşe (öneriye) katılmıyoruz.

Kamuzoo, yabancı kanunun Anayasaya uygunluk yönünden Anayasal bir denetime tabi tutulması yolundaki görüşler ileri sürmek mümkün olmadığı gibi, gereksizdirde. Bizce, bu sorun "kamudüzeninin müdahalesi " yoluyla halledilebilir ve halledilmedir. Çünkü Türk Anayasasının temel ilkelerine aykırı olan yabancı kanun kamu düzeninin müdahalesi ile karşılaşır ve uygulanamaz.

Yabancı kanunların Anayasal denetime tabi tutulması veya bu yolun açılması para ve zaman kaybına da yol açır. Zira bu yolun seçimi halinde, izlenecek yol ve süreçler davanın uzamısına yol açar. Oysa, mesele kamu düzeni açısından ele alınırsa, Anayasa mahkemesine gitmeye gerek kalmadan hâkim tarafından çözülebilecektir.

Anayasal denetim yolu kabul edilince, yabancı kanunun hangi açılardan Türk Anayasasına aykırılık incelemesine tâbi tutulacağını da açıklığa kavuşturmak gerekecektir. Aöaba, yabancı kanunun Anayasamıza harfiharfine mi uygun olması aranacak, yoksa bazı maddelerine mi? Bu konuda nasıl bir ölçü konacaktır. Bilindiği üzere, her Anayasa kendi toplumu için yapılır. Bir toplumun özellikleri, yaşayışı, tarihi, kültürü, dini, alışkanlıkları, sosyal, siyasal, ekonomik yapısı Anayasayı da etkiler. Bu nedenle yabancı kanunların, yerli kanunlar gibi Anayasamıza uygunluğunu aramak kendi Anayasamıza yabancı kanunlar karşısında evrensel bir temel norm düzeyine çıkarmak anlamına gelecektir. Oysa buna hiç de hakkımız yoktur.

Ancak kamu düzeni müdahalesiyle sorun çözülecek olursa, kamu düzeninin istisnai mahiyeti, yabancı kanunun Anayasasının temel ilkelerine, temel haklara ve temel prensip ve espirisine uygun düşmeyen, bunları tahammül edilemez bir şekilde yaralayan hükümlerinin uygulanmasına mani olacaktır.

I. YABANCI HUKUKUN UYGULANMASININ KAMU DÜZENİNE AYKIRI OLMASI

Yabancı unsurlu olay ve ilişkilere, kanunlar ihtilâfı kuralları gereğince uygulamak açısından yetkiligörülen hukukun uygulaması esas isede mutlak değildir.

(155) Bu konuda bkz. Teziç:age.,s.206; Üzbudun:age.,s.384-395.

Bazı hallerde, devletler özel hukukadaleti ve iç ^{maddi} hukuk adaleti karşı karşıya gelir. Ve yabancı unsurlu bir olay ve ilişkiye devletler özel hukuku adaletine göre seçilmiş hukuk uygulamamak suretiyle iç maddi hukuk adaletine öncelik verilir.

Daha değişik bir ifadeyle, yabancı unsurlu olay ve ilişkilerde kanunlar ihtilâfı kurallarına göre yetkili olarak tayin edilen yabancı hukukun uygulaması kural isede; mutlak değildir. Bazı hallerde ihtilâfa uygulamak açısından yetkili olarak tayin ve tespit edilen yabancı hukuk uygulamaz. Yetkili yabancı hukukun uygulamasını engelleyen bu hal "kamu düzeninin müdahalesi"dir(156).

Hemen belirtelimki, devletler özel hukuku alanındaki kamu düzeni, iç hukuktaki kamu düzeninden farklıdır. İç hukukta, tarafların iradesine tâbi tutulmayan, emredici hükümlerle düzenlenen konular kamu düzeninden sayılmasına rağmen, devletler özel hukuku alanında kamu düzeni kavramı daha dar ve sınırlıdır(157).

Ancak, devletler özel hukuku alanındaki kamu düzeninin, bizâtihi kamu düzeninin zaman içinde, toplumdaki topluma değişen bir kavram olması sebebiyle bir tarifini yapmak ve kesin ölçülerle kapsamını tayin etmek mümkün değildir(158).

Çok genel olarak, kamu düzeni, (devletler özel hukuku alanında), yetkili yabancı hukukun somut olay yönünden uygulamasını berteraf eden; uygulaması, hâkimin hukukunun temel düzenine, temel ilkelerine, temel değerlerine, temel çıkarlarına tahammül edilemez şekilde aykırı düşen yabancı hukukun maddi hükümlerinin uygulamasına engel olan kurallardır, diyebiliriz(159).

MÖHUK,md.5'de " yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükümlerin Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde bu hüküm uygulamaz, gerekli görülen hallerde Türk hukuku uygulanır"

Bu hükümle, Türk hukukunda kamu düzeni istisnai mahiyetinde kabul edilmiştir. Zira, maddeye ^{göre} asıl olan yetkili hukukun uygulamasıdır. Ancak, yetkili hukukun belirli bir olaya uygulanacak hükmü, Türk kamu düzenine açıkça aykırı ise, yani yabancı hukukun uygulaması tahammül edilmez sonuçlar doğuruyorsa, ancak o zaman uygulamayacaktır(160).

(156) Bu konuda geniş bilgi için bkz. Çelikel: MÖH, s.143 vd; Nomer: DHH, s.169 vd; Tekinalp: MÖH, s.38 vd; Seviğ, V.R.: Kanunlar İhtilâfı, s.160 vd; Seviğ M.R-V.R: DHH, s.378 vd; Berki, O.F.: DHH, C.II, s.79 vd; Uluocak: Kanunlar ihtilâfı, s.214vd; Göger: DHH, s.94 vd; Altuğ: age., s.149; Belgesay: Adliye, s.61 vd; Yörüks: age., s.141; İleri: age., s.258 vd; Ökçün: age., s.67 vd; ayrıca bkz. Timur, H.: Devletler Hususi Hukukunda Amme İntizamı, İÜHFH, 1941, C.VII, s.866 vd; Maurj. (Çev.Koral, R-Çobanoğlu, R.) Devletler Hususi Hukukuna ait Bazı Meseleler, İstanbul 1948, s.57 vd.

(157) Çelikel: MÖH, s.143-144; Tekinalp: MÖH, s.39; Seviğ, V.R.: Kanunlar İhtilâfı, s.161 vd.

(158) Çelikel: MÖH, s.153.

(159) Bu anlamda bkz. Çelikel: MÖH, s.144; Tekinalp: MÖH, s.39; Nomer: DHH, s.181.

(160) Nomer: DHH, s.170-171; Tekinalp: MÖH, s.39; Çelikel: MÖH, s.151; Türk hukukunda kamu düzeninin istisnai bir mahiyeti bulunduğu MÖHUK, 'dan öncede kabul edilmekteydi. Bu hususta bkz. Berki, O.F.: Kanun İhtilâfları, s.23-24; Uluocak: Kanunlar İhtilâfı, s.223; Seviğ, M.R.: DHH, s.344; Seviğ, M.R-V.R.: DHH, s.380; Seviğ, V.R.: Kanunlar İhtilâfı, s.161-162; Altuğ: age., s.149; Timur, H.: agm. s.882; Ökçün: age., s.67-68; Göger: DHH, s.102-103.

Yine söz konusu hükümle, yabancı hukukun uygulanmayacağı belirtilerek kamu düzeninin menfi etkisine, gerekli görülen hallerde Türk hukuku uygulanır denilmek suretiyle önce menfi ve sonra müsbet etkisine yer verilmiştir(161).

Daha öncede belirttiğimiz gibi, kamu düzeninin kapsamını belirlemek; bir başka ifadeyle, hangi hallerde kamu düzeninin müdahale ederek, yabancı bir hukukun uygulanmasına engel olacağını önceden tek tek saymak mümkün değildir. Bu konuda bir çok örnekler verilebilir. Ülkenin maddihukuk düzeninin dayandığı temel adalet anlayışı, ülkenin toplumsal ekonomik, politik düzeninin dayandığı temel ilkeler, toplumsal ahlâk anlayışı, bir alanın düzenlenmesinde esas olan temel ilkeler, bu anda hemen akla gelen örneklerdir. Ancak, somut ve genel bir çok örnekler bir yana, genel bir ifadeyle, Türk hâkiminin, yabancı hukuku uygularken, yabancı hukukun somut olaya uygulanacak hükmünün Türk kanunlarının esas prensiplerine, Türk adab ve ahlâk anlayışına, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklere aykırı düşmemesine özen göstererek, bu nitelikteki temel değerlere aykırı düşecek ve sonucu itibariyle, tahammül edilemez bir durum yaratacak yabancı kanunu(hukuku) uygulamaması gerektiğini söyleyebiliriz(162).

Kanunumuza göre, uygulanması Türk kamu düzenine açıkça aykırı düşen yabancı hukukun ilgili hükümleri yerine, bazen Türk hukuku uygulanacaktır. Yabancı hukukun ilgili hükümlerinin uygulanmaması yeterli olmayabilir. İlişkiyi karara bağlamak ve adil bir çözüm getirmek için, kanun, bazı hallerde, "gerekli görülen hallerde" Türk hukukunun veya başka bir yabancı hukukun uygulanmasına imkân tanımıştır(163).

Türk hâkiminin dikkate alacağı kamu düzeni "Türk kamu düzeni"dir. Yabancı hukukun kamu düzeni müdahalesinin de bazı hallerde dikkate alınmasını isteyen görüşler de mevcut olmasına rağmen, yabancı kamu düzeni Türk hâkimini ilgilendirmez(164).

Kanunlar ihtilâfı kurallarının kapsamına giren bir olay ve ilişkide, taraflar ulaşmak istedikleri bir sonuca engel olan bir hukuk düzeninin öngördüğü sonuçtan, (örneğin, boşanmayı kabul etmeyen bir hukuk sisteminden) kaçınmak için, başka bir hukuk düzenine tâbi olmalarını mümkün kılan bir bağlama noktasına gerçekleştirmek suretiyle amaçlarına ulaşmaya çalışırlarsa, (örneğin, vatandaşlık, ikametgâh veya mutad meskenlerini değiştirmek); hileli bir bağlama gerçekleştirilirse (devletler özel hukukunda kamuna karşı hile), bu konuda ayrı bir müeyyideyi savunan yazarlar olmasına karşılık (165) budurumunda kamu düzeni müdahalesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir(166)

{161} Çelikel: MÖH, s.155-156; Nomer: DHH, s.175 vd.; Tekinalp: MÖH, s.40.

{162} Bu konuda bkz. Çelikel: MÖH, s.157 vd.; Nomer: DHH, s.181 vd.

{163} Çelikel: MÖH, s.155-156; karşı. Nomer: DHH, s.177-180; Tekinalp: MÖH, s.40.

{164} Yabancı kamu düzeni hakkında bkz. Nomer: DHH, s.189-191.

{165} Uluocak: Kanunlar İhtilâfı, s.232.

{166} Bu hususta geniş bilgi için bkz. Nomer: DHH, s.131 vd.; Çelikel: MÖH, s.93 vd.; Tekinalp: MÖH, s.37 vd.; Uluocak: Kanunlar İhtilâfı, s.225 vd.; Berki, O.F.: DHH, C.II, s.88 vd.; Göger: DHH, s.104; Seviğ, M.R.-V.R.: DHH, s.384 vd.

D Ö R D Ü N C Ü B Ö L Ü M

YETKİLİ HUKUKUN TESPİTİNİN VE YETKİLİ YABANCI HUKUKUN UYGULANMASININ DENETİMİ

I. GENEL OLARAK

Yabancı hukukun uygulanması gereken hallerde, mahkeme bunu yapmadan veya bunu yanlış yaparak hüküm vermiş, dolayısıyla devletler özel hukukunun icaplarını yerine getirmemiş ve böylece bazı hakların ihlâline sebep olmuş ise, bu durumu düzeltecek bir denetim mekanizmasına ihtiyaç duyulacağı bir gerçektir. Bu durum ortaya yabancı hukukun uygulanmasının denetimi sorununu çıkarır.

Yabancı unsurlu olay ve ilişkilere uygulanacak hukuk, kural olarak devletler özel hukuku adaletine göre tespit edilir. Devletler özel hukuku, kanunlar ihtilâfı kuralları aracılığıyla uygulanacak hukuk düzenini gösterir. İşte, yabancı unsurlu bir ihtilâfı çözmek durumunda bulunan mahkeme, somut olaya uygulanacak hukuk düzenini tespit ederken bir hata yaparsa, bu hata denetime tâbi olacak mıdır? Yani, mahkemenin yetkili hukuk düzenini doğru tespit edip etmediği temyiz mahkemesince denetlenecektir?

Ayrıca, mahkeme ihtilâfa uygulanacak hukuk düzenini doğru tespit edip, ihtilâfa yabancı bir hukukun uygulanması gerektiğini tayin ettikten sonra, bu yabancı hukuku olaya uygularken bir hata yapmışsa, böyle bir hata içinde denetim söz konusu olacaktır?

Görüldüğü üzere birbirine bağlı olan ancak mahiyetçe farklı olan iki mesele söz konusudur(1). Yabancı hukukun temyiz mahkemesince denetlenmesi denince, bu iki mesele anlaşılacaktır. Bunlardan ilki uygulanması gerekli hukuk düzeninin doğru tespit edilip edilmediği, ikincisi ise, tespit edilen yabancı hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığıdır.

Konuya biraz daha açalım: Yabancı unsurlu bir ihtilâfla karşılaşan hâkim, uygulanacak hukuku yanlış tespit etmişse, yani ihtilâfa yabancı bir hukukun uygulanması gerekirken kendi hukukunu, kendi hukukunu uygulaması gerekirken yabancı bir hukuku yada (X) yabancı hukukunu uygulaması gerekirken diğer başka bir yabancı hukuku (örneğin(y) yabancı hukukunu) , uygulamışsa, yetkili hukukun tespitinde yapılan buyanlılık denetlenecektir? Bununla da kalmayıp, yetkili hukuk olarak bir yabancı hukuk doğru olarak tayin ve tespit edildikten sonra, bu hukukun uygulanmasında bir hata yapılmışsa, yani yetkili yabancı hukuk kendi ülkesinde anlaşıldığından başka bir şekilde anlaşılıp, yorumlanarak uygulanmış veya meseleye yabancı hukukun

(1) Nomer: Yabancı Kanun, s.122.

ihtilâfla ilgisiz bir hükmü uygulamışsa, bu durumda denetime tâbi olacaktır?

Mahiyetçe birbirinden farklı olan bu iki sorunun çözüm şekilleri de farklı olabilir.

Nitekim, mukayeseli hukuk açısından konuya baktığımızda değişik kabul şekilleriyle karşılaşmaktayız. Türk hukuku açısından konuyu incelemeye geçmeden önce, yabancı hukuk sistemlerindeki durumun ne olduğuna bakmakta mukayese imkânı açısından yarar görüyoruz. Ancak hemen belirtelimki, yabancı hukukun denetimi konusu hemen hemen bütün ülkelerde eğer konuyu düzenleyen açık bir hüküm yok ise, temyiz mahkemelerinin görevleri açısından da ele alınmakta ve buna göre bir sonuca varılmaya çalışılmaktadır.

II. YABANCI HUKUK SİSTEMLERİNDE DURUM

A. YETKİLİ HUKUKUN DOĞRU TESPİTİ YÖNÜNDEN

Hâkim, yabancı unsurlu ihtilâflarda kendi kanunlar ihtilâfı kurallarını uygulamak suretiyle yetkili hukuku tespit eder. Bu sebeple, yetkili hukukun doğru tespiti mahallî ihtilâf kurallarının doğru uygulanmasına bağlıdır. Bir başka deyişle, hâkim ihtilâf kurallarını doğru uygulamamışsa veya hiç uygulamamışsa, bu kuralları ihlâl etmiş demektir. Bu davranışıyla hâkim, ihtilâfa uygulanacak mahallî hukuk yerine yabancı hukuku, yabancı bir hukuk yerine mahallî hukuku veya (X) yabancı hukuku yerine başka bir yabancı hukuku uygulamış olabilir. Yerine göre, hâkimin yetkili hukuku doğru tayin etmek için yabancı kanunlar ihtilâfı kurallarını da nazara alması gerekebilir. Bu uygulama sırasında yapılan hatada yani yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarını hiç uygulamamak veya yanlış uygulamak da yetkili hukukun yanlış tespitine yol açabilir. O halde konuya ikiye ayırarak incelemek gerekir.

1. Lex fori'nin Kanunlar İhtilâfı Kurallarının Uygulanmasının Denetimi

Yetkili hukukun doğru tespit edilip edilmediği, yani mahkemenin kendi kanunlar ihtilâfı kurallarını doğru uygulayıp uygulamadığı ^{konusunda denetim,} bazı farklılıklarla yabancı doktrin ve mahkeme uygulamasında büyük çoğunlukla kabul edilmektedir(2). Öyleki bu kabul, yabancı hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığı konusu da kural olarak temyiz denetimini kabul etmeyen Almanya ve Fransa gibi ülkelerde de görülmektedir(3). Bu noktadan denetimin varlığı hususunda bir çekişme mevcut değildir. Çünkü, burada sözü edilen husus, hâkimin kendi ülkesinin devletler özel hukukuna ilişkin pasitif kurallarının yanlış uygulanmasından denetimdir(4). Zira, her Yargıtay tipi, en başta kendi kanunlarının doğru uygulanmasını temin için denetim yapar(5).

Bu kısa açıklamalar ışığı altında örnek olarak bazı devlet hukuklarındaki duruma kısaca bakmakta fayda görüyoruz.

- (2) Nomer: Yabancı Kanun, s.122-123; Berk, O.F.: DHH, C.II, s.119; Metyas: Hâkimlerin Vazifeleri, s.10; Hatta, bu noktada her memlekette oybirliği mevcuttur; Seviğ, V.R.: Denetim, s.234.
 (3) Nomer: Yabancı Kanun, s.123-124; aynı manada Seviğ, V.R.: Denetim, s.234-235.
 (4) Göger: DHH, s.135.
 (5) Seviğ, V.R.: Denetim, s.234.

Fransız hukukunda, Fransız Temyiz Mahkemesi, ilk derece mahkemesinin Fransız kanununu uygulaması gerekirken yabancı bir kanunu veya yabancı bir kanunu uygulaması gerekirken Fransız kanununu uygulaması halinde bozma ihtimalini kabul etmektedir(6). Ancak, buruktada Fransız Temyiz Mahkemesi, verilen kararı ancak talep üzerine bozmaktadır(7). Böyle bir talebin yapılabilmesi, yani Fransız kanunlar ihtilâfı kuralının ihlâl edildiğine dayanılabilmesi için, dava konusu olayda yabancı bir hukukun uygulanması gerektiğindava esnasında veya en geç istinaf merciinde dile getirilmiş olması gerekmektedir(8).

Hollanda Yargıtayı ise, ancak kanunî nitelikteki ihtilâf kurallarına aykırılığı denetime tabi görmektedir(9).

Alman Hukukunda, kanunlar ihtilâfı kurallarının doğru uygulanıp uygulanmadığı, süresinde temyiz edilmesi şartıyla denetime tâbidir(10).

Aslında burada şöyle bir saptama yapmak mümkündür. Daha öncede incelediğimiz gibi bir davada yabancı hukukun uygulanması gerekip gerekmediğini ve uygulanacaksa hangi hukuk düzeninin uygulanacağını belirleme görevini hâkimlerine (mahkemelere) bir görev olarak veren hukuk sistemlerinde, bu/uygun davranılıp davranılmadığını kontrol yetkisinin de Temyiz mahkemelerine tanınması, normal ve mantıklı bir sonuçtur. Bu tür hukuk sistemlerinde, sözünü ettiğimiz kontrol yetkisinin Temyiz mahkemelerince kullanıldığını söylemek yanlış olmaz. Hele hele, yabancı hukukun doğru uygulanmasını temyiz denetimi dışında bırakan hukuklarda dahi, bütür bir denetim kabul edilmiş iken.

2. Yabancı Kanunlar İhtilâfı Kurallarının Uygulanmasının Denetimi

Hâkimin, kendi kanunlar ihtilâfı kuralları yanında, bazen yabancı bir ülkenin kanunlar ihtilâfı kurallarını da uygulaması gerekebilir. Özellikle atıf ve önsorunun çözümünde Lex causae'ya göre seçimin yapılacağı kabul edildiği hallerde bu durum ortaya çıkabilir(11).

Hemen belirtelim ki, Yargıtay'ın yabancı kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanmasındaki denetimi, büyük ölçüde (önsorun hariç) hâkimin hukukunda atfın kabul edilip edilmediğine bağlı bir husustur. Eğer hâkimin hukukunda, yetkili yabancı hukukun üçüncü bir devlet hukukuna veya hâkimin hukukuna yapılmış atıf kabul edilmişse, bu kuralların doğru uygulanması açısından da denetim söz konusu olabilir.

Örneğin, Alman hukukunda atıf söz konusu olduğu takdirde, yalnız Alman hukukunun haklı olarak uygulanıp uygulanmadığına ilişkin olarak denetim kabul edilmektedir. Bir başka deyişle, Alman Temyiz Mahkemesi Alman hukukuna yapılan bir atıf söz konusu ise, bu durumu kontrol etmekte ve yabancı ülkenin kanunlar ihtilâfı kurallarının doğru uygulanıp uygulanmadığını denetlemektedir(12).

(6) Metya; Hakimlerin Vazifeleri, s.9; Berki, O.F.; DHH, C. II, s.119.

(7) Seviğ, V.R.; Denetim, s.234.

(8) Nomer; Yabancı Kanun, s.124.

(9) Seviğ, V.R.; Denetim, s.234, dn.16.

(10) Kegel; IPR, s.231; Dölle; IPR, s.109-110; Wolff; IPR, s.53.

(11) Bkz. yuk. s.110.

(12) Nomer; Yabancı Kanun, s.124-125.

İsviçre Hukukunda ise, İsviçre Federal Mahkemesi, sadece, esas meselede hangi hukukun uygulanacağı örmesele teşkil ediyorsa atıf durumunu nazara almakta, bunun dışında İsviçre kanunlar ihtilâfı kurallarının şu veya bu yabancı hukuka atıf yapmış olup olmadığı meselesini, denetim dışında tutmaktadır. Bu tutum, İsviçre hukuk doktrininde eleştirilmektedir(13).

Fransız hukukunda, yabancı kanunlar ihtilâfı kuralları yabancı hukukun bir parçasını teşkil ettiği gerekçesiyle, Fransız hukukuna bir atıfı ihtiva etseler bile denetim dışında bırakılmıştır(14).

Bunun dışında, atıfa hiç yer vermeyen, atıfı tümüyle reddeden (Yunanistan, İtalya ve Danimarka gibi) ülkeler için(15), sadece mahallî kanunlar ihtilâfı kurallarının doğru uygulanması sonucu yetkili hukukun doğru tespit edilmiş olması yeterlidir. Zira, atıf red edildiği için, zaten hâkim yabancı hukuktaki kanunlar ihtilâfı kurallarını nazara almayacaktır.

B. YETKİLİ YABANCI HUKUKUN DOĞRU UYGULANMASI YÖNÜNDEN

Hâkim uygulayacak hukuku doğru tespit edip, yabancı bir hukukun uygulanmasına karar verdikten sonra, bu hukuku uygularken bir hata yapmışsa, bir başka deyişle hâkim yabancı hukuku yanlış yorumlayarak, yabancı hukuka yanlış anlam vererek uygulamışsa, yada ihtilâfa yabancı hukukun ilgisiz bir kuralını uygulamışsa bu yanlışlığında denetime tâbi olup olmayacağı tartışmalıdır. Bazı ülkeler, bu konuda denetim kabul ederlerken, diğerleri ise bazı istisnalar dışında yabancı hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığı konusunda denetimi kabul etmemektedirler.

1. Denetimi Kabul Etmeyen Hukuk Sistemleri

Yabancı hukukun yanlış uygulanması halinde, temyiz denetimini kabul etmeyen hukuk sistemlerinde, bu durumu haklı göstermek için değişik ve kuvvetli gerekçeler ileri sürülmektedir. Konunun genellikle, temyiz mahkemelerinin işlevleri açısından ele alındığı söyleyebiliriz.

a) Fransız Hukuku

Fransız hukukunda, kural olarak yabancı hukukun yanlış uygulanmasının bir temyiz sebebi teşkil etmeyeceği, dolayısıyla bu hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığının Fransız Temyiz Mahkemesince denetlenemeyeceği kabul edilmektedir(16). Özellikle, Fransız Temyiz mahkemesince kabul edilen bu uygulamayı haklı göstermek maksadıyla çeşitli görüşler ileri sürülmektedir(17).

- (13) Nomer:Yabancı Kanun, s.125.
 (14) Nomer:Yabancı Kanun, s.126.
 (15) Atıf kabul veya reddeden ülkeler hakkında bkz. Çelikel;MÖH, s.112-117, 125-126; Seviğ, M.R.-V.R.;DHH, s.396-397.
 (16) Nomer:Yabancı Kanun, s.129,146; Seviğ, V.R.;Denetim, s.238;Seviğ, V.R.;Kanunlar İhtilâfı, s.211; Berki, O.F.;DHH, s.II, s.120; Metyas;Hâkimlerin Vazifeleri, s.10; Göger; DHH, s.136; Sivrihisarlı;agt., s.50.
 (17) Bu hususta geniş bilgi için bkz.Nomer:Yabancı Kanun, s.146 vd.; Seviğ, V.R.;Denetim, s.230-231,238 vd.; Sivrihisarlı;agt., s.50 vd.

Tespit edilen bu gerekçeleri başlıca üç grupta toplayabiliriz:

1. Temyiz denetiminin ana fonksiyonu, yabancı kanunlara aykırılığı denetlemek olmayıp Fransız yasalarına aykırılığı denetlemek suretiyle, Fransız hukuk uygulamasının, dolayısıyla Fransız hukukunun (mahallî hukukun) birliğini sağlamak ve korumaktır.

2. Yabancı hukuk kuralları Fransız ülkesinde yayınlamadıkları için, bunların hâkimce bilirmesi güçtür. Hâkim yabancı hukukun muhtevası hakkında, Lex fori yönünden sahip olduğu güvene ulaşamamaktadır(18). Bu gerçek, yüksek mahkemenin bu sorunla uğraşmasını zorlaştırır, bu zorluk ise yüksek mahkemenin bu alanda hata yapma ihtimalini artırarak, sonuçta, otorite ve itibarının zedelenmesine yol açar.

3. Yabancı hukukun denetlenemeyeceği, yabancı hukukun "vakıa" niteliği ile de açıklamak istemiştir. Buna göre yabancı hukuk bir maddi vakıadır(19). Oysa Temyiz Mahkemeleri, bu arada Fransız Temyiz Mahkemesi de hukukun uygulanmasını kontrol eder. Maddi vakıaların değerlendirilmesi, Temyiz Mahkemesinin değil, davanın esasına bakan mahkemelere ait bir görevdir(20).

Ancak, verilen bu gerekçeler Fransız doktrininde eleştiriye uğramıştır(21). Yapılan bu eleştirileri şu şekilde sıralayabiliriz:

1. Bir eleştiriye göre, Fransız hukukunda, yabancı hukukun hiç uygulanmaması temyiz sebebi olarak kabul edilirken, yanlış uygulanmasının temyizdenetiminin dışına bırakılmasının mantiki bir izâhı olamaz(22). Ayrıca, hâkimin yabancı hukuku yanlış uygulaması durumunda, aslında onun yabancı hukuku uyguladığı söylenemez. Öyleki hatalı uygulama hiç uygulamamaya müncer olur. Örneğin; bir davada Fransız hukukunu uygulayacak olan hâkim Fransız hukukundaki rüşt yaşını yanlış olarak 15 kabul edip karar verirse, hâkimin burada Fransız hukukuna uyguladığı söylenebilir mi? Burada uygulanan yabancı kanun olmayıp, hâkimin kendi zihninde uydurduğu bir kumaldır. Böylesine açık ve yanlış bir uygulamada denetimi kabul etmek, yabancı kanunların değişik ve biçimleri bozulmuş uygulamalarıyla tarafları karşı karşıya bırakmak, gerek yabancılar gerekse onlarla ilişkiye giren vatandaşlar arasında bir belirsizlik meydana getirir ve hukukî güvenlik zedelenir. Bu husus, tarafların olduğu kadar, Fransız devletin de menfaatlerine aykırıdır(23).

Bu sebeple, Fransız Yargıtayının kuruluş amacının (24), sadece Fransız hukuk birliğini sağlamak olmadığına işaret edilmiş, ne pozitif metinlerde nede

(18) Ayrıca, yabancı hukukun tespitinin, Fransız Temyiz Mahkemesinin genellikle teşebbüs edemeyeceği araştırma, teknik ve bazı usuli işlemleri gerektirdiğine işaret edilmiştir; Bkz. Nomer: Yabancı Kanun, s.146.

(19) Bu hususla ilgili olarak bkz. yuk.s.11 vd.

(20) Bkz. Metya: Hâkimlerin Vazifeleri, s.10, Berki, O.F.: DHH, C.II, s.120, Seviğ, V.R.: Denetim, s.238, Güger: DHH, s.136; karşı. Nomer: Yabancı Kanun, s.126, 128-129.

(21) Yapılan eleştiriler için bkz. Sivrihisarlı: agt., s.51-52; Nomer: Yabancı Kanun, s.154-156; Metya: Hâkimlerin Vazifeleri, s.10; Berki, O.F.: DHH, C.II, s.120.

(22) Nomer: Yabancı Kanun, s.155.

(23) Buğürüş için bkz. Sivrihisarlı: agt., s.51-52.

(24) Bu hususta bkz. Seviğ, V.R.: Denetim, s.230-231; Sivrihisarlı: agt., s.7-11.

hazırlık çalışmalarında, yeknasak uygulamanın sadece Fransız kanunları ile sınırlı olduğunadair hiç bir hükümün bulunmadığı belirtilmiştir(25).

2. Ayrıca, yabancı kanunların Fransa'da yayınlarmamış olmasının onların doğru uygulanmasının kontrol edilemeyeceğine gerekçe olamayacağı, çünkü Fransız Temyiz mahkemesinin her gün memlekette yayınlarmamış olan yabancı kanunların uygulanmamış olmasından ötürü kararları bozmaya devam edegeldiği söylemiştir(26).

3. Yabancı hukukun uygulanmasının denetimetâbi tutulması halinde bu durumun Temyiz mahkemesinin otorite ve itibarını zayıflatacağı yolundaki endişeye karşı, esasında denetimin kabul edilmemesi ve yapılan hatalara göz yumulması halinde yabancı hukukun uygulanmasında çok daha fazla hata yapılacağı, yüksek mahkemenin itibar ve otoritesinin bu halde daha çok (yabancı hukukun hatalı uygulaması önlenmediği için) sarsılacağı savunulmuştur(27).

Yapılan bu eleştirilerin etkisiyle, bugün Fransız hukukunda, Fransız Temyiz Mahkemesi istisnai bazı hallerde, yabancı hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığını kontrol etmekte ve bu hallerde yabancı hukukun yanlış yorumlanıp uygulanması sebebiyle mahkeme kararlarını bozmaktadır. Bu istisnai durumları (28) üç grupta toplayabiliriz:

1. Yabancı hukuka yanlış bir mahiyet izafe edilmiş olması (dénaturation)

Fransız Temyiz Mahkemesi, bu yolla hâkimin yabancı hukuku yorumlamasına denetlemekte, hâkimin yabancı hukuku uygularken, yabancı kanunun açık anlamını bozarak veya değiştirerek uygulamasını, bir başka deyişle yabancı hukuku anlam itibariyle bozarak uygulamasını engellemektedir. Bu açıdan yapılan denetime "Montefiore Olayı" örnek olarak gösterilmektedir(29).

2. Yabancı hukukundoğru uygulanıp uygulanmadığının denetimi Fransız Temyiz Mahkemesince "gerekçe yetersizliği" veya "gerekcelendirme hataları" yönünden yapılandırılmı sonuçunda da dolaylı olarak ortaya çıkmaktadır. Bu durum özellikle, taraflarca mahkemede yabancı hukuk hakkında farklı bir yorum tarzı ileri sürülmüş olmasına rağmen bu durumun mahkemece sukûtle geçilmiş olması halinde önem kazanmaktadır(30).

(25) Bkz. Sivrihisarlı, agt., s. 52; Metya, Fransız Temyiz Mahkemesi kurulurken görevinin dahili içtihatları birleştirmek olduğu kabul edildiği halde, daha sonradan devlet münasebetlerinin arttığını ve devletler hukuku ile ilgili meselelerinde Fransız Temyiz Mahkemesine tevdi olduğunu belirterek savunulan gerekçeye katılmaktadır; Metya; Hakimler Vazifeleri, s. 10.

(26) Metya; Hakimler Vazifeleri, s. 10.

(27) Bkz. Sivrihisarlı; agt., s. 52.

(28) Bu istisnalar hakkında geniş bilgi için bkz. Nomer; Yabancı Kanun, s. 148-152; Sivrihisarlı; agt., s. 52-54; Seviğ; V.R.; Denetim, s. 238-242.

(29) Montefiore Olayı (davası) ve bu konuda yapılan değerlendirmeler için bkz. Özellikle Seviğ, V.R.; Denetim, s. 239-242; Nomer; Yabancı Kanun, s. 150.

(30) Nomer; Yabancı Kanun, s. 152; Sivrihisarlı; agt., s. 53-54.

3. Fransız Temyiz Mahkemesi, tipik karakterli ve çok tekrarlanan ve bu sebeplede olayın taraflarında başka taraflarada kural olarak örnek teşkil edebilecek akit ve akit şartları söz konusu olduğunda, olay mahkemesinin yaptığı yorumu denetlemektedir. Fransız Temyiz Mahkemesi, hukuk birliğinin bozulması tehlikesi endişesiyle akitler alanında kabul ettiği bu istisnayı yabancı hukukun uygulanması hâline de teşmil etmektedir(31). Bu hususa örnek olarak, Fransız Temyiz Mahkemesinin 20.12.1950 tarihli kararına konu olan Falk Olayı gösterilmektedir(32).

Sonuç olarak, Fransız hukukunda genel eğilim, yabancı hukukun hatalı uygulanmasının denetime tâbi olmadığı yönünde ise de; yukarıda sayılan ve oldukça önemli sayılabilecek istisnai hallerde bu nevi denetimin kabul edildiğini söyleyebiliriz.

b) Belçika Hukuku

Belçika hukukunda yabancı hukukun yorumunun kural olarak denetlenemeyeceği kabul edilmektedir. Ancak Belçika hukukundada "gerçekleştirme aksaklıklarının" denetlenmesi yoluyla, hâkimin yabancı kanunu yorumlamasında hata edip etmediği dolaylı yoldan kontrol edilmektedir(33).

c) Alman Hukuku

Alman hukukundayabancı hukuk, hukuk olarak kabul edilmesine rağmen, yanlış uygulanması ve yanlış yorumlanması halinde temyiz denetimi kural olarak kabul edilmemektedir(34). Alman Usul Kanununun (ZPO § 549/I ve § 550) 549 ve 550. paragraflarından zorunlu olarak bu sonuç çıkmaktadır(35). Bu durum, Alman Temyiz Mahkemesinin müstekar içtihadı haline gelmiştir(36).

Kegel'e göre, bu düzenleme tarzı şu düşünceye dayanmaktadır. Temyiz mahkemesi sadece ülkede "hukuk birliğini" gerçekleştirmeli ve bunun dışında yabancı hukuk üzerinde "yanlış kararlarla" itibarını riske atmamalıdır(37).

Ancak bu durumun, Alman doktrininde haksız bulunarak eleştirilmekte "de lege feranda"(olması gereken hukuk) yönünden reddedilmektedir(38). Zira, yabancı hukukun aslına uygun bir şekilde uygulanmasının sağlarmasında Temyiz Mahkemesi en iyi kuruluştur ve giderek artan milletlerarası karmaşıklık yabancı unsurlu ihtilâflarda da, kazaf içtihadın yüksek idaresini arzu etmektedir(39).

(31) Nomer: Yabancı Kanun, s.149,150-151.

(32) "Falk Olayı" için bkz. Nomer:Yabancı Kanun, s.151,dn.510.

(33) Sivrihisarlı:agt.,s.54.

(34) Alman hukukundaki durum için bkz. Nomer:Yabancı Kanun, s.142-146,153-154,157; Sivrihisarlı:agt.,s.54-55; Göger:DH, s.136. Seviğ,V.R.:Denetim,s.231-232,237-238; Seviğ,V.R.:Kanunlar İhtilâfı,s.210-211.

(35) Kegel:IPR,s.231;Dölle:IPR,s.109;Wolff:IPR,.56.

(36) Bkz. Nomer:Yabancı Kanun, s.142 dn.478'de anılan yazar ve kararlar.

(37) Kegel:IPR,s.232; aynı manada Dölle:IPR,s.109.

(38) Kegel:IPR,s.232;Dölle:IPR,s.109-110;Nomer:Yabancı Kanun, s.142 dn.481'deki yazarlar

(39) Kegel:IPR,s.232.

Yanlış bir karar yüksek mahkemeye düzeltilmelidir. Çünkü, yabancı hukukta doğru tatbiki Alman hukukunun doğru uygulamasını sağlar. Eğer hâkim yabancı hukukun uygulanmasında bir yanlış anlamaya düşmüşse (hata yapmışsa) Alman hukukunu da otomatikman çiğnemiş (ihlâl etmiş) sayılır(40).

Doktrinde yapılan bu eleştiriler karşısında, Alman Temyiz Mahkemesi, Alman Usul Kanunu (ZPO) nun yukarıda sözü edilen hükümlerine rağmen, yabancı hukukun yanlış yorumlanmasının denetimi yönünde bazı istisnalar getirmiş bulunmaktadır(41). Bu gibi hallerde, Temyiz mahkemesinin yabancı hukukun ilk derece mahkemesince yapılan yorumunda denetlediği kabul edilmektedir. Tespit edilen bu istisnalara göre(42);

1. Alman hukukunun uygulaması yabancı hukukun uygulamasına bağlı ise (Alman hukukuna atıf söz konusu ise)
2. Alman Mahkemelerinin milletlerarası yetkisi yabancı hukukun uygulamasına bağlı bir husus ise (özellikle yabancı vatandaşlık hukuku)
3. Yabancı bir ilâmın (kararın) tanınması (ZPO § 328/I nr.5) e göre) karşılıklılık esasına tabi tutulmuşsa
4. İstinaf mahkemesinin yabancı hukuk kuralını ihmali sabit olmuşsa
5. Eğer temyiz edilen kararın verilmesinden sonra yabancı hukuk geçmişe etkili olacak şekilde değişmişse,

Bu hallerde, yabancı hukuk kuralının uygulanmasının Temyiz Mahkemesince denetleneceği kabul edilmektedir.

Ayrıca, Alman Usul Kanununun hâkime yabancı hukukun tespitinde görev yükleyen (ZPO § 293) hükmü sebebiyle, hâkimin bu görevi gereği gibi yapmayarak Alman Usul Hukukunu ihlâl edip etmediği açısından da yabancı hukukun hatalı uygulamasının denetime konu olabileceği belirtilmiştir(43).

Sonuç olarak, Alman hukukunda yabancı hukuk hukuk olarak kabul edilmiş olmasına rağmen, yabancı hukukun yanlış uygulamasının yukarıda sayılan istisnalar dışında Temyiz mahkemesinin denetimine konu olmayacağı kabul edilmektedir.

d) İsviçre Hukuku

İsviçre Federal Mahkemesi, yalnız Federal hukuk alanındaki hukuk uygulamasında birliği temin etmekle görevli kabul edildiğinden, yabancı hukukun uygulaması temyiz yolu ile incelenmemektedir(44). Öyleki İsviçre Federal Mahkemesi, 1966

(40) Döller: IPR, s. 109-110.

(41) İstisnalar için bkz. Özellikle Kegel: IFR, s. 232; Döller: IFR, s. 109-110.

(42) Bkz. Kegel: IFR, s. 232.

(43) Kegel: IPR, s. 232, 237; ayrıca bkz. Nömer: Yabancı Kanun, s. 145 dn. 492 de anılan yazarlar.

(44) Bkz. Nömer: Yabancı Kanun, s. 141, ayrıca s. 141 dn. 471 ve 475'de anılan yazarlar.

yılında vermiş olduğu bir kararında (45) vazgeçinceye kadar, yabancı hukukun yerine ikame hukuk olarak İsviçre hukukunun uygulandığı olaylarda bile, İsviçre hukukunun incelermesini reddetmekteydi(46).

Neuchatel Kanton hukukunda ise, Temyiz Mahkemesi 8 Mart 1963 tarihli kararında, hâkimin yabancı hukukun uygulama şeklinin, hükmün kanuna aykırılık veya hukukî hata sebebiyle bozulmasına imkân vermeyeceğini, ancak, hâkimin yabancı hukuku uygulama şeklinin keyfi (irdi) olması halinde denetimin söz konusu olacağını kabul etmiştir(47).

e) İngiliz-Amerikan Hukuku

Yabancı hukukun vakia olduğu yolundaki anlayış gerek İngiliz ve gerekse Amerikan hukuklarında, yabancı hukukun temyiz mahkemesince kontrolü açısından gerektiği kullanılmayan bir varsayımdır(48).

İngiliz hukukunda, İngiliz Yargıtay'ı kenarında olan House of Lords hukukun uygulaması yanında maddi vakıaların tespitini de denetleyebilmektedir(49). Bu mahkeme istinafin istinafidir. Bununla birlikte, House of Lords, istikrarlı denebilecek bir uygulama ile, esasa bakmış olan mahkemelerin tespit ve takdirinde uyuşmuş oldukları maddî vakıaları tekrar incelemekten (50) veya yabancı hukukun kontrolünden uzaklaşmıştır(51).

Amerikan hukukunda ise, istisnaen bazı Eyalet kanunlarında yabancı hukuk hakkında mahkemelerce yapılmış tespitlerin inceleneyeceği yolunda açık hüküm varsada, genel eğilim yabancı hukukun uygulamasını kontrol dışı bırakma yönündedir(52).

f) Diğer Bazı Hukuk Sistemleri

Romanya, Hollanda, Lüksemburg, Yunanistan ve İspanya hukuklarında yabancı hukukun uygulaması temyiz kontrolü dışında bırakılmıştır(53).

2. Denetimi Kabul Eden Hukuk Sistemleri

a) İtalyan Hukuku

İtalyan hukukunda yabancı hukukun uygulaması halinde temyiz denetimi kabul edilmektedir(54).

(45) Bu karar için bkz. Nomer:Yabancı Kanun, s.141,dn.474.

(46) Nomer:Yabancı Kanun, s.141.

(47) Umar, B.: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Mevaz Neuchatel Kantonundaki Tatbikatı İstanbul 1967, s.251-252.

(48) Nomer:Yabancı Kanun, s.128.

(49) Seviğ, V.R.:Denetim, s.232-233; Nomer:Yabancı Kanun, s.128.

(50) Seviğ, V.R.:Denetim, s.233.

(51) Nomer:Yabancı Kanun, s.128.

(52) Nomer:Yabancı Kanun, s.128.

(53) Bu hususta bkz. Nomer:Yabancı Kanun, s.140 dn.470.

(54) Wolff:IPR, s.56; ayrıca bkz. Nomer:Yabancı Kanun, s.139 dn.465'de anılan yazarlar.

Hernekadar İtalyan Yargıtay'ı Fransız Yargıtayı model alınarak kurulmuş isede (55), yabancı kanunun yorumunun denetimi konusunda XIX yy. sonundan itibaren olumlu bir yol tutmuştur. Nitekim, İtalyan Temyiz Mahkemesinin müstekar içtihatları, yabancı kanunun İtalyan mahkemesince yapılan yorumuna denetime tabi olacağı merkezindedir (56).

b) Avusturya Hukuku

Avusturya hukukunda da yabancı hukukun uygulandığı hallerde yapılan yorumun denetleneceği kabul edilmektedir (57).

Avusturya Usul Kanununun 1895 yılında yürürlüğe girmesinden sonra hiç bir zaman yabancı hukukun hatalı uygulanmasının Avusturya Yargıtayınca denetleneceğinden şüphe edilmemiştir (58).

Avusturya hukukunda yabancı hukukun muhtevası tespit edildikten sonra, Yargıtay denetimi açısından bu muhteva Avusturya hukuku ile eşit sayılmaktadır (59).

c) Sovyet Hukuku

Sovyet hukukunda, Sovyet yüksek mahkemesinin, yabancı hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığını kontrol ettiği tespit edilmiştir (60).

Bu hukuk sisteminde, yabancı hukukun mahiyetçe "hukuk" olarak vasıflandırılıp kabul edilmesisebebiyle, yabancı hukuk kurallarının hatalı uygulanması, Sovyet Medeni Usul Kanununun temyiz sebeplerini düzenleyen ilgili hükümlerinin (61) kapsamına giren bir temyiz sebebi teşkil edeceğikabul edilmektedir (62).

Doktrinde de, yabancı hukuk kurallarının doğru uygulanmamasının mahiyetçe, Lex fori'nin kanunlar ihtilâfı kuralının bir "ihlâlini" oluşturacağı görüşü kabul edilmektedir (63).

d) İskandinav ve Yugoslav Hukuku

Bu hukuk sistemlerinde, yabancı hukukun uygulanmasının Temyiz mercince incelendiği tespit edilmektedir (64).

Ancak, bu hukuk sistemlerinde, gerek vakıaların tespiti, gerekse hukukî meselelerin incelenmesinin Temyiz mercinin görevine girmesi nedeniyle, yabancı hukukun vakıa olarak mı? yoksa yabancı hukuk olarak mı? temyizen incelendiği anlaşılamamaktadır (65).

(55) Sivrihisarlı: a.g.t., s. 11.

(56) Seviğ, V.R.: Denetim, s. 243 dn. 35 de anılan yazar.

(57) Wolff: IPR, s. 56; ayrıca bkz. Nomer: Yabancı Kanun, s. 139 dn. 466'da anılan yazarlar.

(58) Seviğ, V.R.: Denetim, s. 243, dn. 36'da anılan yazar.

(59) Seviğ, V.R.: Denetim, s. 243.

(60) Nomer: Yabancı Kanun, s. 139; Seviğ, V.R.: Denetim, s. 243; Berki, O.F.: DHH, C. II, s. 120.

(61) Bu hükümler için bkz. Nomer: Yabancı Kanun, s. 139 dn. 467.

(62) Nomer: Yabancı Kanun, s. 139 dn. 467.

(63) Nomer: Yabancı Kanun, s. 139 dn. 467'de anılan yazar.

(64) Nomer: Yabancı Kanun, s. 140.

(65) Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. Nomer: Yabancı Kanun, s. 140 dn. 469.

●) Diğer Bazı Hukuk Sistemlerinde

Cekoslavakya, Polonya, Portekiz hukuklarında yabancı hukukun temyiz mahkemelerince incelenmesi kabul edilmektedir(66).

Bustamente Cod'unun (Codigo Bustemante) yürürlükte olduğu Latin Amerika ülkelerinde de denetim kabul edilmektedir(67).

3. Mukayeseli İncelemeden Çıkarılacak Sonuçlar

Hukuk ve vakia ayrımı istinaf mahkemesince yapılacak denetim açısından önemli değildir. Zira istinaf mahkemeleri hem vakı alanın tespiti, hemde hukuk kurallarının uygulanması açısından denetim yaparlar, bir anlamda ilk derece mahkemesinin baktığı davayı yeniden görürler(68). Bu ayırım, temyiz mahkemesince yapılan kontrol açısından önem taşıyabilir. Ancak yabancı hukukun uygulamasının temyiz mahkemesince denetimi konusunda, yukarıda incelediğimiz hukuk sistemlerinde kabul edilen değişik çözüm tarzlarından çıkarılacak ilk sonuç, yabancı hukukun ilgili hukuk sisteminde "vakia" veya "hukuk" olarak kabul edilmesinin pek önemli olmadığıdır(69). Zira, yabancı hukukun hukuk olarak kabul edilmiş olması, onun mutlaka temyiz mahkemesince denetleneceği anlamına gelmediği gibi (örneğin, Almanya), yabancı hukukun vakia olarak kabulü, bu hukukun uygulamasının her zaman temyiz denetimi dışında kalmasına (örneğin Fransa'da önemli sayılabilecek istisnalar düşünülünce) yol açmamaktadır(70). Zaten, yabancı hukuk uygulamasının temyiz mahkemesince kontrol edilememesini, yabancı hukukun vakia olduğu anlayışına dayandıran anlayış, bugün artık savunulamayan ve terkedilmiş bir anlayıştır(71).

Mukayeseli incelemeden çıkarılabilecek ikinci sonuç; yabancı hukukun uygulamasının Temyiz mahkemelerince denetimin kabulü veya reddinin, ilgili hukuk düzenlerinde Temyiz Mahkemelerine verilen görev açısından ele alınıp değerlendirildiğidir. Temyiz Mahkemesinin görevi, sadece mahallî hukukun birliğini temin ise, yabancı hukukun uygulaması kontrol edilmemekte veya bu husus kontrol edilmemeye gerekçe olarak gösterilmektedir(72).

Bu incelemeden çıkarılabilecek diğer bir sonuçta, yabancı hukukun uygulamasında, Temyiz Mahkemesinin kontrolünün bir zaruret olarak hemen her yerde kendini hissettirdiğidir. İlk derece mahkemelerinin hata yapmak ihtimalinin özellikle daha çok olduğu ve ilk derece mahkemelerinin genellikle yabancı hukukun muhtevasını araştırmada isteksiz görünmeleri ve yüzeysel bir araştırma ile yetirme eğilimlerinin bulunduğu bu alanda yüksek mahkemece yapılacak denetimin önemli bir tedbir olduğu savunulmuştur(73).

(66) Seviğ, V.R.; Denetim, s.243; Nomer: Yabancı Kanun, s.140 dn.468; Güger: DHH, s.136.

(67) Seviğ, V.R.; Denetim, s.243 dn.39.

(68) Nomer: Yabancı Kanun, s.126.

(69) Nomer: Yabancı Kanun, s.126, 159.

(70) Nomer: Yabancı Kanun, s.130, 159.

(71) Nomer: Yabancı Kanun, s.126, 159.

(72) Nomer: Yabancı Kanun, s.136, 159+160.

(73) Nomer: Yabancı Kanun, s.156.

III. TEMYİZ MAHKEMELERİNİN İŞLEVLERİ (GÖREV VE AMAÇLARI)

A. GENEL OLARAK TEMYİZ MAHKEMELERİNİN İŞLEVLERİ

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, yabancı hukukun hatalı uygulaması halinde, bunun Temyiz Mahkemesince denetime tâbi olup olmayacağı, her hukuk sisteminde genellikle Temyiz Mahkemelerinin kuruluş amaçları (74) açısından ele alınıp cevaplandırılmaktadır. Bu durum karşısında, genel olarak temyiz mahkemelerinin kuruluş amaç ve görevlerinin ortaya konulması gerekliliği kendisini hissettirmektedir.

Temyiz Mahkemelerinin kuruluş amacının ne olduğu konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür(75).

Gerçekten de Temyiz mahkemeleri, somut olayda âdil kararlar verilmesi, ilk derece mahkemelerini kontrol ve hukuk uygulamasında birliği sağlama gayesiyle kurulmuş olabilir(76).

Bir görüşe göre, Temyiz mahkemesinin kuruluş amacı, hukukun uygulamasında birliği sağlamak ve hukukun gelişimine katkıda bulunmaktır. Bu görüşe göre, bu amaç ile diğer amaçlar her zaman birbiriyle uyum içinde olmayabilir, böyle bir durumda bu amacın ağır basması ve gözetilmesi gerekir(77).

Bir diğer fikre göre, Temyiz mahkemeleri dahi tarafların menfaatine hizmet etmelidir. Bu sebeple hukuk kurallarının yeknesak uygulaması amacına öncelik vermek gerekir. Bu görüş taraftarlarına göre, hukuk uygulamasında birlik ve adalet birbirinden ayrılamayan ve bu sebeple de birbirinden bağımsız olarak düşünülemez değerlerdir. Her iki değer çatışması halinde adaletin sağlanmasına, dolayısıyla tarafların menfaatine önem vermek gerekir(78).

Nitekim, diğer bir görüş, hukukun uygulamasında birlik ve hukukun gelişimine katkıda bulunmak amacı ile yanlış kararların kaldırılarak maddî haklılığın sağlanması amacı arasında zarfî bir bağın bulunduğunu, bu sebeple Temyiz Mahkemesinin ilk derece mahkemesinin her türlü hükmünü denetlemekle görevli olmayıp, yalnızca hukukî bakımdan özel öneme sahip ve bu nedenle de yeknesak hukuk uygulamasını tehlikeye düşürecek nitelikteki kararların Temyiz Mahkemesince denetlenmesi gereğine işaret etmektedir(79).

(74) Çeşitli hukuk sistemlerinde Temyiz Mahkemelerinin kuruluş nedenleri için bkz. Sivrihisarlı:sgt., s.7 vd.

(75) Bu görüşler hakkında bkz. Üstündağ:Kanun Yolları 1984, s.32 vd.

(76) Üstündağ:Kanun Yolları 1984, s.32.

(77) Bu görüş hakkında bkz. Üstündağ:Kanun Yolları 1984, s.32.

(78) Bu görüş hakkında bkz. Üstündağ:Kanun Yolları 1984, s.32.

(79) Bugörüş hakkında bkz. Üstündağ:Kanun Yolları 1984, s.33.

Özetlemeye çalıştığımız bu görüşler karşısında, Temyiz Mahkemelerinin her ülkede değişik görev ve amaçlarla faaliyet gösterdiklerini söylemek yanlış olmaz. Ancak, her hukuk sisteminde, Temyiz Mahkemeleri kuruluş amacı ve görevleri açısından değişik görünüm arz etmelerine rağmen, bunların iki temel görevinin söz konusu olabileceğini saptamak mümkündür(80).

1. Hukukun Uygulanmasında Birliği Sağlamak

Her Temyiz Mahkemesinin, hukuk politikası bakımından en başta gelen görevinin hukukun ülke içinde birlik surette uygulanmasını sağlamak ve hukuku geliştirmek olduğu söylenebilir(81).

Soyut nitelikteki hukuk kurallarının mahkemelerce somut olaylara doğru uygulanması, ilgili hukuk kurallarının doğru yorumlanmasını ve bu esnada büyük titizlik gösterilmesini gerekli kılar. İşte, bu sırada yapılacak hatalar hukukun uygulanmasında farklılık yaratırlar. Temyiz Mahkemeleri ilk derece mahkemelerinin kararlarını inceleyerek hatalı gördüklerini bozmak suretiyle hukuk kurallarının uygulanmasında ortaya çıkacak farklılıkları önlemeye çalışırlar. Bu suretle, hukukun ülke içinde yeknasak bir şekilde uygulanması sağlanır(82).

Bu görev aynı zamanda, ülkede hukukun uygulanmasının birlik içinde temini suretiyle, mahallî hukukun birlik içinde gelişimini de sağlar(83).

Eğer, Temyiz Mahkemesinin görevi sadece ülke içinde hukukun yeknasak bir şekilde uygulanması ve gelişimini temin etmek olarak görülürse, bu durumda yabancı hukukun uygulanmasının denetim dışında kalacağı söylenebilecektir(84). Çünkü, bu halde Temyiz Mahkemesinin görevi tespit edilmiş olgulara hukukun doğru bir şekilde uygulanmasını kontrol suretiyle ülke içinde hukuk uygulamasında birliği temin etmekle sınırlı kalacak, yabancı hukukun yanlış uygulanmasını düzeltmek veya yabancı hukukun uygulanmasında birliği temin etmek ve o hukukun gelişimine katkıda bulunmak temyiz mahkemesinin görev ve yetkisi dışında kalacaktır(85). Bununla beraber, tipik karektere sahip ve aynı ülke içinde oldukça sık karara bağlanan ve bu yüzden de anlam ve önemi sadece ihtilâfın taraflarına münhasır olmayan, aynı tip maddi ilişkilere ülke içinde çeşitli mahkemelerce birbirinden farklı karar verilmesi, o ülkede millî hukuk birliğini tehlikeye sokabilir. Bu durum ise yabancı hukukun uygulanmasının temyizen denetimini gerektiren bir istisna oluşturacaktır(86).

(80) Nomer: Yabancı Kanun, s. 131.

(81) Nomer: Yabancı Kanun, s. 131; Nomer: DHH, s. 205; Sivrihisarlı: a.g.t., s. 156; Üstündağ: Kanun Yolları 1984, s. 34.

(82) Bilge, N.: "Üst Mahkemeler" Ord. Prof. Sabri Şakir Ansay'ın Anısına Armağan, Ankara 1964 (Armağan), s. 66.

(83) Nomer: DHH, s. 205; Üstündağ: Kanun Yolları 1984, s. 34.

(84) Örneğin; Türk hukuku yönünden Üstündağ bu sonuca varmaktaydı; Üstündağ: Kanun Yolları 1977, s. 44-45; karşı Üstündağ: Kanun Yolları 1984, s. 51.

(85) Nomer: DHH, s. 205, 206; Nomer: Yabancı Kanun, s. 131.

(86) Nomer: Yabancı Kanun, s. 131-132; Nomer: DHH, s. 206.

2. Somut Olayda Maddî Haklılığın (Adaletin) Sağlanması (Âdil Karar)

Hukukun uygulanmasında birliği sağlamak ve hukuku geliştirmek amacı kamu yararına dayanır(87). Temyiz mahkemelerinin sadece bu amacı gerçekleştirmek için kurulduğunu söylemek, yargılamanın amacı ile çelişebilir. Bu nedenle somut olaylarda verilen yanlış kararların berteraf edilerek, maddî açıdan haklılığın sağlanması, bir başka deyişle her hukukî ihtilâfın hukuka uygun ve haklı bir şekilde karara bağlanması da veya Nomer'in deyişiyle "vaka" (olay) hakkaniyetine hizmet etmek gayesi"de Temyiz mahkemelerinin görevini oluşturur(88). Bu amaç daha çok tarafların menfaatine hizmet eder(89).

Bu son amaçta Temyiz mahkemelerinin görevi olarak kabul edilirse, yabancı hukukun uygulanmasının Temyiz denetimine tâbi olacağına tereddüt edilemez. Çünkü, temyiz mahkemesinin, yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, bu amaçtan ayrılmasının veya bu görevi yerine getirmemesinin mantikî bir sebebi olamaz(90). Ayrıca, yabancı hukukun uygulandığı ihtilâflarda, sırf bu sebeple Temyiz mahkemesinin bu görevine bir istisna getirilmesini, haklı gösterecek bir sebepte yoktur. Bu nedenle "yabancı hukukun bilirmesindeki zorluk", "itibar ve otorite kaybı", "pratik zorluklar" ve "iş yükünün artması" gibi sebepler, bu konuda inandırıcı ve haklı gerekçeler sayılamaz(91).

O halde, sonuç olarak Temyiz Mahkemelerinin hukukun uygulanmasında birliği sağlamak ve hukuku geliştirmek amaç ve görevi yanında, ayrıca aynı önemde somut olaylarda maddî haklılığın sağlanması, âdil kararların verilmesini(olay hakkaniyeti) sağlamak amacından söz edilebilir.

B. TÜRK TEMYİZ MAHKEMESİNİN (YARGITAY'IN) İŞLEVLERİ

1. Kuruluş ve Görevleri

Türk hukukunda bugün adli yargı alanında Temyiz fonksiyonunu ifa eden kuruluş Yargıtay adını taşımaktadır(92).

Yargıtay adli yargı alanında faaliyet gösteren en üst mahkemedir. Anayasamızda da "Yüksek Mahkemeler" arasında düzenlenmiştir(Anayasa md.154/f.I) Anayasamızın 154.md.'si I.fikrasına göre " Yargıtay, adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adli yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalarda ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar."

(87) Üstündağ; Kanun Yolları 1984, s.32.

(88) Nomer; Yabancı Kanun, s.132,156; Nomer; DHH, s.205-206; ayrıca bkz. Sivrihisarlı; agt., s.136-157.

(89) Üstündağ; Kanun Yolları 1984, s.32.

(90) Nomer; Yabancı Kanun, s.132,156-157.

(91) Nomer; Yabancı Kanun, s.132,156-157; karşı Sivrihisarlı; agt., s.158-159.

(92) Türk hukukunda Temyiz Mahkemesinin tarihi gelişimi ve bu gelişim süreci içinde işleyiş ve işlevleri konusunda geniş bilgi için bkz. Seçkin, A.R.; Yargıtay Tarihçesi Kuruluş ve İşlevi, Ankara 1967, s.3.vd.

Yargıtay'ın kuruluş ve görevleri Anayasamızın 154.md.si V.fıkrası hükmüne uygun olarak kanunla düzenlenmiştir. Bu kanun 2797 sayılı "Yargıtay Kanunu"dur(93). Bu kanunun 1.md.'sine göre: Yargıtay, Anayasa, Kuruluş Kanunu ve diğer kanunlarla kendisine verilen görevleri yapmakla görevlendirilmiş bağımsız bir yüksek mahkemedir.

Yargıtay'ın görevleri, Yargıtay Kanunu'nun 13.md.'sinde sayılmıştır. En önemli görevi ise, gerek Anayasa (md.154/f.I) gerek Yargıtay Kanunu'nun 1 ve 13.md.'lerinde tekrarlanmış bulunan, adliye mahkemelerince verilen karar ve hükümleri, son inceleme merci olarak, inceleme görevidir.

Buna göre, Yargıtay, ilk derece mahkemelerince verilen nihai karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Yargıtay, bu karar ve hükümleri kural olarak hukuka uygunluk açısından inceler; yani temyiz incelemesinin konusu hukuk kurallarının somut olayda doğru olarak uygulanıp uygulanmadığıdır(94). Ancak, ülkemizde istinaf mahkemeleri henüz mevcut olmadığından, Yargıtay HUMK.md.428/f.5.'de yer alan "mesel-i maddiyenin takdirinde hata edilmesi" şeklindeki temyiz sebebini istinaden, maddi meselelerin veya delillerin takdirinde hata edilip edilmediğini de incelemektedir(95).

2. İşlevleri

Kuruluş ve görevlerine kısaca işaret ettiğimiz Yargıtay'ın, ilk derece mahkemelerince verilen karar ve hükümleri hukuka uygunluk açısından kontrol ederken yerine getirdiği fonksiyonlardan birisi, hiç kuşkusuz ki hukuk kurallarının tüm ilke düzeyinde aynı biçimde uygulanmasını temin etmektir.(96). Yargıtay, her şeyden önce hukukun uygulanmasında birliğe (vahdete) duyulan ihtiyacı karşılamak üzere kurulmuştur(97). Hukuk alanında istikrar ve güven en önemli unsurlardan biridir. Benzer olaylarda (aynı nitelikteki) benzer uygulamaların benimsenmemesi, bir başka deyişle aynı nitelikteki olaylarda farklı kuralların uygulanması veya aynı kuralların farklı yorumlanarak uygulanması sonucu hatalı ve çelişkili kararların verilmesi, hukuki istikrar ve güvenliği bozar(98) Bu durum adalet duygusunu incitir, vatandaşların

(93) 4 Şubat 1983 ve 2797 sayılı kanun(RG.8 Şubat 1983,S.17953).

(94) Kuru, B. :Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.IV, B.4, Ankara 1984(HMU), s.3290.

(95) Kuru:HMU,C.IV,s.3306-3307; Üstündağ;Kanun Yolları 1984,s.56 vd.;Postacıoğlu:age., s.724 vd.

(96) Kuru :HMU,C.IV,s.3497-3498; Üstündağ;Kanun Yolları 1984,s.35; Postacıoğlu:age.,s.94; Bilge;Armağan,s.66-67; Gürdoğan:agm,s.274,280;Seçkin:age.,s.3 ; Öktem,İ.Üst Mahkeme-İstinaf" Ord.Prof.Sabri Şakir Ansay'ın Anısına Armağan,Ankara 1964,s.100; Olgaç,S.:"Adaletin Gerçekleştirilmesinde Hâkimlerin Ödevleri ve Kanunların Yorumlanması ve İctihatların Belli Edilmesinde Yargıtay'ın Görevleri", Yargıtay100 Yıl Dönümü Armağanı, İstanbul 1968,s.111.

(97) Hatta"...Böyle bir yüksek murakebe organına duyulan ihtiyaç, mahkemelere karşı duyulan güvensizlikten ziyade, kazai bir vahdet temini gayesinden doğmuştur": Gürdoğan:agm.,s.274.

(98) Olgaç:agm.,s.111; Seçkin:age.,s.3-4.

adalete ve onu mahkemeler eliyle doğru bir şekilde dağıtmak zorunda olan devlete karşı güvenlerini sarsar(99). Oysa hukukun birlik içinde yeknasak bir şekilde uygulaması ve bu güveni sağlar ve pekiştirir. Zaten bu durum, Anayasa'da yer alan kanun önünde eşitlik ilkesinin (Anayasa md.10) bir sonucudur(100).

Ancak, Yargıtay'ın görevi sadece bununla da sınırlı değildir. Yargıtay, bu amacı gerçekleştirirken aynı zamanda da adaletin gerçekleşmesine de hizmet eder. Zira, somut olayda yanlış ve hakkız olarak verilen kararların bozulması, sadece hukukun uygulamasında birliği sağlamak için değil, aynı zamanda davaya doğru yönün verilmesi suretiyle tarafların menfaatlerine de uygun olarak, hukukî ihtilafın âdil haklı ve uygun bir şekilde çözümüne kavuşturulması amacına da yönelmiştir. Ayrıca, HUMK.md.428/5'de yer alan "meselei maddiyenin takdirinde hata edilmesi" şeklindeki temyiz sebebi bu hususta önemli bir dayanak oluşturur(101). Ancak, Türk Temyiz Mahkemesinin (Yargıtay'ın) genel olarak Temyiz Mahkemelerinin işlevlerini oluşturan hukukun uygulamasında birlik ve somut olayda maddî haklılığın sağlanması (âdil kararların verilmesi) amaçlarından hangisine öncelik verdiği ise tartışmalıdır(102).

Üstündağ'a göre(103), bu konuda HUMK.md.427'de temyizi kabil kararlar için bir miktarın öngörülmüş olması, her iki düşünceye de delil olabilir. Yazar'a göre, temyiz kanun yolu her karara karşı açılmamış olmakla beraber, temyizi kabil kararlar için ilgili maddede konulan değirin düşük tutulmuş olması, temyiz kanun yolunun öncelikle tarafların menfaatleri nazara alınarak öngörüldüğü şeklinde düşünülebilir. Ancak, miktar ne olursa olsun, temyiz kanun yoluna başvurabilmek için bir değirin mücerret tayin edilmiş olması, temyiz kanun yolunda taraf menfaatlerinin ikinci plana atıldığı ve dolayısıyla hukukun uygulamasında birliğin esas alındığının delilidir.

(99) "...Sosyal açıdan adaletin en önemli gereklerinden birisi, belli olaylara belli hükümlerin tek anlamda olmak üzere uygulamasıdır. Demekki, aynı nitelikteki olaylara başka hükümlerin yada aynı hükmün başka başka biçimlerde uygulanması, doğru-
dan doğruya adalet duygusunu incitici ve yurttaşların Devlete karşı güvenini azaltıcı ve yerine göre temelden sarsıcı bir etki doğurmaktadır. İşte, sosyal bakımdan çok ağır olan bu sakıncayı önlemek üzere Anayasa, Yargıtay'a adli yargı alanında hukuk uygulamalarında birliği sağlamak görevini dahi vermiştir: Anayasa Mahkemesinin 12.6.1969 T.ve E.1968/38/K.1969/34 sayılı kararı (RG.29.1.1970, S.13412) (ANMKD, S.7, B.2, Ankara 1978, s.331-337).

(100) Seçkin: age., s.3; Olgaç: age., s.111.

(101) Ekz.Nomer:Yabancı Kanun, s.133-134; karşı.Üstündağ: Kanun Yolları 1984, s.34-36.

(102) Bu hususta bkz. Nomer:Yabancı Kanun, s.132 ve.; Üstündağ: Kanun Yolları 1984, s.34 vd.

(103) Üstündağ: Kanun Yolları 1984, s.34-35.

"Kanun yararına temyiz" kurumu açısından ise esas amacın hukukun uygulanmasında birliği temin olduğu üzerinde bir ihtilâf yoktur(104). Gerçekten de, HUMK.'un 427.md.sinin VI. fıkrasında "kesin olarak verilen hükümlerle niteliği bakımından yürürlükteki hukuka aykırı bir sonucu ifade eden ve Yargıtay'ca incelemeksizin kesinleşmiş bulunan hükümler, Adalet Bakanlığının göstereceği lüzum üzerine Cumhuriyet Başsavcısı tarafından kanun yararına temyiz olunur" denilmekte, devam eden fıkrada ise, hükmün kanun yararına bozulması durumunda bu bozmanın hükmün hukukî sonuçlarını kaldırmayacağına işaret edilmektedir(md.427/f.VII) Bu nedenle"kanun yararına bozma" halinde, bu bozma kararının, daha önce karara bağlanan somut ihtilâfa tesir etmeyeceğinin kabul edilmiş olması nedeniyle, bu müessesenin hukukun uygulanmasında birliği temin amacını sağlamaya yönelik bir kurum olduğu söylenebilir(105).

Nomer'e göre(106) bu durum, " olay hakkaniyetine hizmet" gayesinin Yargıtay için bir amaç teşkil etmediğini göstermez. Olay hakkaniyetine hizmet gayesi de, Temyiz Mahkemesi için feda edilemeyecek bir amaçtır. Yazar, bu fikrine gerekçe olarak HUMK. md.428/5'de yer alan "maddi meselelerin takdirinde hata" temyiz sebebine istinaden Yargıtay'ın kararın maddi yönünde (delillerin takdirinde hata olup olmadığını) incelemesini ve 9.5.1960 tarihli bir İçtihadı Birleştirme Kararı'nı göstermektedir.

Gerçekten de bu İçtihadı Birleştirme Kararı'nda (107), "...Nihayet, içtihadı birleştirme kararıyla kabul edilen afaki esasları tatbik ederek istikrarı sağlama prensibinin sayısı belli hadiselerde feda edilmesinde de bir yolsuzluk düşünülemez ve bu şekilde bir tatbikat, adalete güveni sarsmak şöyle dursun bilakis bu güveni kuvvetlendirir" denilerek sayısı belli olaylarda, maddi hakka ulaşma gayesinin hukukî güvenliğe tercih edilebileceğine işaret edilmiştir(108).

Bu karara değinen Üstündağ, Yargıtay'ın bu uygulaması ile, kararın maddi yönünü de inceleyerek "kararın maddi haklılığına öncelik verdiğini" kabul etmektedir(109).

Nomer'e göre, bu uygulama ile Yargıtay, gerektiğinde olay hakkaniyetini sağlamak için, hukukun uygulanmasında birliği sağlamak gayesinden dahi feda edilebileceğini ifade etmiş olmaktadır(110).

(104) Kurum:HMU,C.IV,s.3451 ve dn.846'da anılan Y.HGK.kararı;Üstündağ;Kanun Yolları 1984, s.34-35; Nomer:Yabancı Kanun, s.133.

(105) Nomer:Yabancı Kanun, s.133; Üstündağ;Kanun Yolları 1984,s.34-35.

(106) Nomer:Yabancı Kanun, s.133.

(107) 9.5.1960 T.E.1960/21-K.1960/9 sayılı Y. İBK.,(RG.28.6.1960,S.10537).

(108) Aynı manada Üstündağ;Kanun Yolları 1984,s.35.

(109) Üstündağ;Kanun Yolları 1984,s.35; Ayrıca bkz. Üstündağ,S.:"Temyizin Nakzından Sonraki Hukukî Durum", İÜHEM,1962,C.KXVIII,S.1,(Temyizin Nakzı),s.148-151.

(110) Nomer :Yabancı Kanun, s.133; Nomer:DHH,s.206 dn.214.

Kanaatimizce, sözü edilen İçtihadı Birleştirme Kararı ve Yargıtay'ın HUMK. md.428/5'de düzenlenen temyiz sebebine istinaden maddi meselelerin takdirinde hata edilip edilmediği yönünden gerçekleştirildiği inceleme(111) düşünüldüğünde, Yargıtay'ın bu gün hukuk alanında sadece ve her halde hukukun uygulanmasında birliği gerçekleştirme amacına yöneldiği söylenemez. HUMK.nun 428.md/5.bendinde yer alan bozma sebebi olmasa bile, kanımızca, Yargıtayın temyiz incelemesi sonucu yanlış karar ve hükümleri bozarken sadece bu yanlış uygulamaları düzeltme ve hukuk kurallarının ülkenin her yanında aynı şekilde uygulanmasını sağlamak amacını düşündüğü (veya gözönünde tuttuğu) söylenemez. Bozma kararlarının, hakka ve usule uygun karar vermeyi sağlamaktan ibaret olan gayesi ve yargılamanın hakka varma veya hakka ulaşma olan nihai amacı (112) gözönünde bulundurulduğunda, Yargıtay'ın temyiz incelemesi sırasında hukukî ihtilâfın somut olayın şartlarına göre haklı, uygun ve âdil bir çözüme kavuşturulup kavuşturulmadığını dikkate almayacağı, savunulamaz. Ayrıca, taraf menfaatlerini ve dolayısıyla maddî hakka ulaşma gayesini ikinci plana atan bir temyiz yolunda, nüracaatın ihtilâfın taraflarına da açık bırakılmasının ve bozma kararının, kanara bağlanan ihtilâfa ve taraflarına tesir imkânının tanınmasının bir anlamda kalmazdı.

Varılan bu sonuç, daha öncede belirttiğimiz gibi yabancı hukukun hatalı uygulanmasının temyiz denetimine tabi olup olmadığı açısından önem kazanmaktadır. Zira, Türk Yargıtay'ının amacı, sadece ve öncelikle Türk hukuk kurallarının uygulanmasında birliği sağlamak olarak düşünülürse, bu açıdan yabancı hukukun uygulanmasının denetim işi kalacağı iddia edilebilir(113). Oysa Yargıtay'ın görevi, hukukun uygulanmasında birliği temin yanında, bununla birlikte ve aynı önemde, maddî hakka ulaşma, somut olayda âdil bir kararın verilmesini sağlama, Nomer'in deyişiyle "vak'a(olay) hakkaniyetine hizmet etmek" olarak düşünülürse, yabancı hukukun uygulanması ilk açıdan olmasa bile, bu açıdan temyiz denetimine tâbi olacaktır(114).

IV. TÜRK HUKUKUNDA DURUM

A. YETKİLİ HUKUKUN TESPİTİNİN DENETİMİ

Hâkim, yabancı unsurlu olay ve ilişkilerde uygulanacak hukuku kendi kanunlar ihtilâfı kurallarını uygulayarak tespit edecektir. Türk hukukunda atıf da kabul edilmiş olduğuna göre (MÜHUK.md.2/III) hâkim, yetkili hukuku tayin ederken, yabancı hukukun ihtilâf kurallarını da nazara almak zorundadır. İşte hâkim, bunları yapmayarak veya yanlış yaparak, yabancı unsurlu bir ihtilâfta uygulanacak hukuk düzenini yanlış tespit etmiş olabilir. Bu yanlış tespit, ihtilâf kurallarının kullandığı bağlama

(111) B u durum, Yargıtayın iş yükünü artırdığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Eleştiriler için bkz. Üstündağ; Kanun Yolları 1984, s.36-39, ayrıca arada anılan yazarlar.

(112) Bkz. yuk.s.57, 107'de sözü edilen Y.İBK. I'nolu mülahazası.

(113) Türk hukuku yönünden Üstündağ, bu sonuca varmaktaydı; Üstündağ; Kanun Yolları 1977, s.44-45; karşı. Üstündağ; Kanun Yolları 1984, s.51.

(114) Nomer; DHH, s.207.

noktalarının yanlış takdiri veya somut olayda yanlış tespiti sonucu doğabileceği gibi, vasıflandırma hatası (bağlama konusunun yanlış vasıflandırılması), atıfla ilgili yanlış bir uygulama sonucunda doğabilir(115). Böylelikle, hâkim, yabancı unsurlu bir ihtilâfta, yabancı bir hukuku uygulaması gerekirken Türk hukukunu, Türk hukukunu uygulaması gerekirken yabancı hukuku veya (X) yabancı hukukunu uygulaması gerekirken diğer bir yabancı hukuku uygulamışsa yapılan bu hata denetime tâbi olacaktır mıdır?

Bu soruya hemen "evet" cevabını verip konuyu Türk kanunlar ihtilâfı kuralları ile yabancı kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanması açısından ikiye ayırarak incelemeye geçebiliriz.

1. Türk Kanunlar İhtilâfı Kurallarının Uygulanmasının Denetimi

Hâkimin, yabancı unsurlu bir olay ve ilişkide uygulanacak hukuku re'sen tespit etmesi gerektiğini daha öncede belirtmiştir(116). Çünkü, hâkim Türk kanunlarını, bu arada Türk kanunlar ihtilâfı kurallarını re'sen uygulamak zorundadır(HMK.md. 76/c.1 ve MÖHUK.md.2/f.1).

Yabancı unsurlu bir hukukî ihtilâfta, uygulanacak hukuk, kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanması suretiyle hâkim tarafından tayin ve tespit edilir. Kanunlar ihtilâfı kuralları, daha doğrusu devletler özel hukuk kuralları da iç hukuktur. Ohalde, uygulanması gerekli hukuk düzeninin seçiminde (tayininde) yapılan hata, Türk mahkemesinin önündeki bir davada, Türk kanunlar ihtilâfı kurallarının yanlış uygulanması, böylece onun da dahil bulunduğu Türk milli hukukunun yanlış uygulanması anlamına gelir. Türk hukuk kurallarının yanlış uygulanması da HMK.md.428/f.1. b.1'de açıkça bir boşza sebebi olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu sebeple ilk derece mahkemesi, kanunlar ihtilâfı kurallarını yanlış uygulayarak, yabancı unsurlu bir ihtilâfta kararını, uygulanması gerekli Türk hukuku yerine yabancı bir hukuka, veya yabancı hukuk yerine Türk hukukuna, veya (X) yabancı hukuku yerine başka bir yabancı hukuka dayandırırca, bu durum, Türk kanunlarının Yargıtayca denetimini gerektiren bir ihlâlini oluşturur. HMK."un 428/İf.1.bendi gereğince,"Kanunun...yanlış tatbik edilmiş olması"ndan ötürü verilen hüküm bozulur.

Bu durum doktrinde aynı gerekçelerle eskiden beri kabul görmüştür(117).

(115) Bu sebeple Nomer'in "...genellikle bir bağlama noktasının yanlış değerlendirilmesiyle ortaya çıkan böyle bir hatadan" bahsetmesini isabetli buluyoruz. Bkz. Nomer:Yabancı Kanun, s.123; Nomer:DHH,s.205.

(116) Bkz.yuk.s.88.

(117) Seviğ,M.R.:Sentez,s.26; Seviğ,M.R-V.R.:DHH,s.430; Seviğ,V.R.:Denetim,229-230,234; Seviğ V.R.:Kanunlar İhtilâfı, s.208; Berki, O.F.:DHH, C.II,s.119; Göger:DHH,s.137; Göger:İçtihatlar,s.33 vd.; Nomer:Yabancı Kanun, s.123; Nomer:DHH,s.205; Uluocak: Kanunlar İhtilâfı, s.35; Metya:DHH,s.101; Metya:Hâkimlerin Vazifeleri,s.9; Çelikel: MÖH,s.174-175; Çelikel-Nomer:Örnek Olaylar 1986,s.220-221; Sakmar ve arkadaşları: Pratik, s.268-269; Tuluay;agm.s.29-30; Berki,Ş.:age.,s.41 ve dn.2.

Usul hukukçuları için bkz. Üstündağ:Kanun Yolları 1984 s.49-50;Kuru:HMU,C.IV, s.3305; Ansay:age.,s.351;Postacıoğlu:age.,s.723;Bilge-Önen:s.649;Gürdoğan:agm., s.280; Sivrihisarlı:agt.,s.49; Ertem:agm.s.724.

Türk mahkeme uygulamasında da buhusus istikrarlı bir biçimde(118) kabul görmüş bulunmaktadır(119).

Daha öncede belirttiğimiz gibi, devletler özel hukuku, şekli kaynaklar itibarıyla iç hukuktandır. Devletler özel hukuku kurallarının, başlıca kanunlar ihtilâfı kurallarının, yabancı unsurlu ihtilâflarda öncelikle nazara alınıp uygulanması gerekir. Eğer bu kurallar hiç uygulanmazsa veya yanlış uygulanırsa, bu durum Türk kanunlarının daha doğru bir deyişle Türk hukukunun bir parçası olan ihtilâf kurallarının ihlâli demektir. Bu sebeple temyiz denetimine tâbi olacağından tereddüt etmek gerekir(120).

Tekrar belirtelimki, burada ihlâli söz konusu olan norm iç hukuka dahil olan kanunlar ihtilâfı kuralının (ihtilâf kuralının) bizatihi kendisidir, yoksa iç hukukun maddi hükümlerideğil. Bu sebeple "mahallî hukuk yerine yabancı bir hukukun veya yabancı hukuk yerine mahallî hukukun tatbikinde, mahallî "maddî" hukuk normunun da ihlâli vardır. Birinci durumdakı tatbik edilmemek, ikincisinde ise tatbik edilmek suretiyle mahallî maddî norm ihlâl edilmiş olmaktadır. Ve ancak yabancı bir hukuk yerinediğer yabancı bir hukukun tatbiki olayında mahallî maddî normun ihlâlinden, bahsedilememektedir"(121), şeklindeki düşünceye katılma imkanı yoktur.

Çünkü, böyle bir görüş devletler özel hukukunun bağımsızlığı kavramına ters düşer. Zira, böyle bir kavramdan elde edilen ilk esas, mahallî maddî hukukun kanunlar ihtilâfına ilişkin çözümlerle bir alakası (ilgisi) bulunmadığı yolundadır. Mahallî maddî hukuk, kural olarak kanunlar ihtilâfı sorunlarına karşı "nötr"dür. İstisnası, doğrudan doğruya uygulanan kanunlar ile (yine bunların bir türü olan ve o sebeple belki de ayrıca sayılmasına dahi ihtiyaç bulunmayan) kendi bağlama kurallarını kendinde taşıyan münferid maddî hukuk kurallarıdır(122).

(118) Y.2HD.'nin bu esastan ayrılan 29.9.1964 T.ve 4525 sayılı "davada ecnebi hukuku uygulaması icab edeceği iddia ve ispat edilmemiş olması hasebiyle, Türk kanunlarına göre hüküm verilmesinde bir yolsuzluk bulunmadığı" şeklindeki kararı (Berki, C.F., DHH, C.II, s.116 nak.) doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir. Bkz. yuk. s.61 dn. 48'de anılan yazarlar.

(119) Y.2HD.'nin 18.6.1946 T. ve E.580/K.5897, 10.11.1960 T.ve E.5305/K.5390, 18.11.1958 T.ve E.5646/K.5414, 6.11.1958 T.ve E.5134/K.5199, 17.7.1947 T.ve E.2860/K.4186, 24.5.1945 T.ve E.2530/K.2793, 15.1.1957 T.ve E.6883/K.145 ve 31.3.1944 T.ve E.6883 K.145 sayılı kararları (Berki-Ergüney: age., s.61, 68 vd., 91 vd., 93 vd., 96 vd., 125, 143 vd., 144 vd.); Y.2HD.nin 18.3.1969 T.ve 8.1.1970 T.ve E.3916/K.94 sayılı kararları (Yazıcı-Atasoy: age., s.291, no:472 ve s.790, no:1386).

(120) Bhusus, 1967 tarihli Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanun Tasarısında açıkça bir bozma sebebi olarak düzenlenmişti bkz. aşa.s.164dn.137-138.

(121) Lewald'ın bu görüşü, Nomer:Yabancı Kanun, s.122 dn. 388'den nak.

(122) Bu hususta bkz. Tekinalp: MÖH, s.43 vd.

Hemen belirtelim ki, HUMK.md.428/f.I.b.1.'de yer alan " kanunun...yanlış tatbik edilmesi " bozma sebebine kanunun hiç tatbik edilmemesi de dahildir(123).Bu sebeple, yabancı unsurlu ihtilâflarda, hâkimin kanunlar ihtilâfı kurallarını gözardı ederek, bu kuralları hiç uygulamaması, bu suretle yetkili hukukun tayininde hataya düşmesi de, bu madde hükmüne giren bir temyiz sebebi teşkil eder.

Ayrıca, Türk hukuku yönünden tarafların yabancı hukukun uygulanması gerektiğini ileri sürmelerine gerek olmadığını belirtmiştik(124). Çünkü, hâkim Türk kanunlarını re'sen uygular, bu nedenle hâkim bir davada tarafların ileri sürdüğü hukuki sebeplerle bağlı olmadığı gibi, tarafların davalarını bellibir kanun hükmüne dayandırmaları da zorunlu değildir. Hâkim, yabancı unsurlu ihtilâflarda da uygulanacak hukuk kurallarını re'sen tespit etmek zorundadır. Hakim bunuyapmamış, yabancı bir hukuku uygulayacakken uygulamamış ise, taraflar bunu dava sırasında, ister davanın başında isterse usulün her safhasında ileri sürme hakkına sahipken sürmemiş olsalar bile, ilk kez Yargıtay'da da ileri sürebilirler(125). Çünkü, ihtilâfta yabancı bir hukukun uygulanması gerektiği yolundaki iddia, bir vakianın ileri sürülmesidemek olmadığından (126), Yargıtay aşamasında ileri sürülmesi, iddia ve müdafanın değiştirilmesi veya genişletilmesi anlamıgelmez (127).

Ayrıca, HUMK.md.439/2.uyarınca, Yargıtay temyiz incelemesi sırasında tarafların ileri sürdüğü temyiz sebepleri ile bağlı olmayıp, re'sen görülecek sebeplerden ötürü de kararı bozabildiğinden, yabancı hukukun uygulanmamış olduğu veya yetkili hukukun yanlış tespit edilmiş olduğu yolunda bir talep olmasa bile, bu durumları re'sen nazara alarak hükmü bozar(128).

Ancak, akitler alanında devletler özel hukukundaki irade muhtariyeti prensibi uyarınca, taraflara uygulanacak hukuku seçme yetkisinin verildiği hallerde(MUHUK.m.24/I), bir özellik söz konusudur. Daha öncede belirttiğimiz gibi(129), yabancı unsurlu bir sözleşmede taraflar, aralarındaki ihtilâfa uygulanacak hukuku önceden açıkça seçebilirler veya mahkemede bu hususta anlaşabilirler. Birinci halde âkitler, aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuk konusunda anlaşıklarını mahkemeye (hâkime) bildirmek zorundadırlar. Aksi halde, hâkim taraflar arasında yapılmış böyle bir anlaşmanın varlığını, onlar tarafından ileri sürülüp ibraz edilmedikçe bilemeyeceğinden, yetkili hukuku kanunlar ihtilâfı kurallarını uygulayarak tayin ve tespit eder. İşte bu durumda, kanaatimizce, taraflar Yargıtay aşamasında bu sözleşmeye dayanarak, uygulanacak hukuk düzeninin yanlış tespit edildiğini ileri süremezler. Zira bu sözleşmenin

(123) KuruluşMU, C.IV, s.3306; Üstündağ; Kanun Yolları 1984, s.48; Bilge-Önensage, s.649, Kanunun hiç uygulanmamasının bir bozma sebebi olduğu CMUK'un 307.md.si/II.fıkra-sında, 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Hakkında Kanunun 207.md:si/II.fikrasında açıkça düzenlemiştir.

(124) Bkz.yuk.s.60 vd.

(125) Seviğ, V.R.:Denetim, s.234-235; Seviğ, V.R.:Kanunlar İhtilâfı, s.208; Sakmar ve arkadaşları;Pratik, s.268-269; KuruluşMU, C.II, s.1173; aynı manada Tuluy:agm.s.30.

(126) Kural olarak Yargıtay aşamasında yeni vakıalar ileri sürülemez; KuruluşMU, C.IV, s.329

(127) Örneğin; Y.2HD.'nin 10.11.1960 T.ve E.5305/K.5390 sayılı kararı(Berki-Ergüney: age., s.68 vd.)

(128) Seviğ; Kanunlar İhtilâfı, s.208; Seviğ; Denetim, s.235; Sakmar ve ark. ^{daşları}Pratik, s.269.

(129) Bkz.yuk.s.67vd.

(veya sözlü anlaşmanın) varlığının ileri sürülmesi, yani bir vakianın ileri sürülmesi anlamını taşıyacaktır. Fakat, taraflar aralarındaki akdi ilişkiye uygulanacak hukuk üzerinde anlaşmaya vardıklarını hâkime bildirmelerine, veya bu anlaşmayı mahceme önünde yapmalarına, söz konusu anlaşmadan hâkimi bilgi sahibi kilmalarına rağmen, hâkim, bu hukuku uygulamayarak, başka bir hukuku, örneğin MÖHUK.md.24/f.II'de gösterilen ifa yeri hukukunu uygularsa, bunun bir temyiz sebebi teşkil edeceği açıktır. Zaten, hâkimin taraflar arasında yapılmış sözleşmeyi (mukaveleyi) yanlış uygulamasının, bir temyiz sebebi oluşturacağı da, HUMK.md.428/b.1'de ayrıca hükme bağlanmıştır.

Son olarak, HUMK.428 md/I.f.1.bendinde geçen "kanun" terimi, dar anlamda değil, hukukun diğer kaynaklarını da kapsayacak şekilde, "hukuk kuralları" anlamında kullanılmıştır. Bu sebeple, kanun yanında diğer hukuk kurallarına aykırılıkta (başlıca, tüzük, yönetmelik, örf ve âdet kuralları gibi) bir temyiz sebebi oluşturur(130). Dolayısıyla, kanunî ihtilâf kurallarının yanısıra, hukukun diğer kaynaklarından elde edilen ihtilâf kurallarına aykırılık, bu tür kuralların hiç uygulamaması veya yanlış uygulaması da bir temyiz sebebidir. Daha öncede belirttiğimiz gibi(131), hâkim kanunî ihtilâf kurallarının yanısıra, yetkili yabancı hukuku tayin ederken, milletlerarası sözleşmede yer alan ihtilâf kurallarını, içtihadî nitelikteki ihtilâf kurallarını ve diğer yazılı olmayan ihtilâf kurallarını re'sen nazara alıp uygulamak zorundadır. Hâkim bunu yapmadan veya bu kuralları yanlış uygulayarak bir sonuca gitmişse; kısaca bu nitelikteki ihtilâf kurallarına aykırı davranmışsa, bu durumda denetime tâbidir ve temyiz sebebi olur. Kararın bozulmasını gerektirir(132).

2. Yabancı Kanunlar İhtilâfı Kurallarının Uygulanmasının Denetimi

Hâkimin yetkili yabancı hukukun tespiti ederken, yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarını da nazara alıp almayacağı, hâkimin mensup olduğu ülkenin atfı kabul edip etmemesine bağlı olduğunu daha önceki açıklamalarımızda belirtmiştik(133).

Eğer, atıf bizim hukukumuzda olduğu gibi kabul edilmişse(MÖHUK.md.2/III), yetkili yabancı hukukun ihtilâfın hallini hâkimin hukukuna (iade atıf) veya üçüncü (3.) bir ülkehukukuna gönderen kanunlar ihtilâfı kuralları da nazara alınıp uygulanmak suretiyle, somut olayda asıl kabili tatbik yabancı maddî hukukun tespiti edilmek zorundadır. O halde, bu durumda yetkili yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının, uygulanıp uygulanmadığı ve doğru uygulanıp uygulanmadığı da dolaylı bir surette denetime tâbi olmaktadır. =

(130) Kurus:HMU,C.IV,s.3305; Postacıoğlu:age.,s.723;Üstündağ:Kanun Yolları 1984,s.48; Bilge-Önen:age.,s.649;Gündoğan:agn.,s.280.

(131) Bkz.yuk.s.63 vd.

(132) Seviğ,V.R.:Kanunlar İhtilâfı,s.207-208;Seviğ,V.R.:Denetim,s.229-230,234-235; Nomer:Yabancı Kanun,s.123; Sivrihisarlı:agt.,s.49-50.

(133) Bkz.yuk.s.108.

Türk hukukunda atfın kabul edilmiş olduğu MÖHUK.'un md.2/f.III.'de açıkça hükme bağlanmıştır(134). Bu hükme göre "uygulanacak yabancı hukukun başka bir hukuku yetkili kılması halinde bu hukukun maddi hükümleri uygulanır" denilmektedir. Bu sebeple, uygulanacak hukukun başka bir hukuka atıfta bulunmuş olması halinde, mahkemece bu hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının nazara alınmaması veya yanlış uygulanması suretiyle somut olayda asıl yetkili hukukun tayininde hataya düşülmesi, sonuç itibariyle Türk kanunlar ihtilâfı kurallarının yanlış uygulanmasına neden olacağından, HUMK.md.428/1'in kapsamına giren bir husus ile karşı karşıya kalınacaktır(135).

Ancak, Türk hukukunda, MÖHUK.md.2/f.III ile, kanımızca atfın bir kere yapıldıktan sonra durması, yani sadece iade atıf ve üçüncü bir devlet hukukuna yapılan atıf kabul edildiğinden, hâkim yabancı devletin kanunlar ihtilâfı kurallarını nazara alıp uyguladıktan sonra, yetkili olarak tespit edeceği bu yabancı devletinde kanunlar ihtilâfı kurallarını nazara almak zorunda değildir(136). Bu sebeple, bu devlet kanunlar ihtilâfı kurallarının nazara alınmış olması bir temyiz sebebi oluşturmaz. Çünkü yetkili hukuk, kanunlar ihtilâfı kurallarının emri veçhile, artık tespit edilmiştir.

Bu konuyu kapatmadan evvel özetle; Türk kanunlar ihtilâfı kurallarının hiç uygulanmaması veya yanlış uygulanmasının yanında, atıf halinde de yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının doğru uygulanmaması veya nazara alınması gerekirken nazara alınmamasının bir temyiz sebebi oluşturduğunu ve denetim gereğinin HUMK.md.428/1. den kaynaklanan bir zaruret olduğunu söyleyelim. Türk pozitif hukuku bakımından varılan ve varılması zorunlu olan bu sonuç, daha önce de değindiğimiz Yargıtay'ın işlevlerine de uygun düşmektedir. Madem ki, Yargıtay, Türk hukukunun uygulanmasında birliği temin gayesine yönelmiştir, Türk hukukundan olduğu kuşku götürmeyen Türk kanunlar ihtilâfı kurallarının, Türk mahkemeleri önünde karara bağlanacak bir davada doğru ve aynı şekilde uygulanması amacına da hizmet eder. İşte bu noktada, konumuz açısından, daha açık bir deyimle Yargıtay'ın "ihtilâf kurallarının uygulanmasında birliği sağlama" amacına hizmet ettiğini söyleyebiliriz.

B. YETKİLİ YABANCI HUKUKUN UYGULANMASININ DENETİMİ

1. Genel Olarak

Yabancı unsurlu bir ilişkide, kanunlar ihtilâfı kuralları gereğince yetkili olarak tespit edilen yabancı hukukun, uygulanması sırasında hata yapılması halinde bunun denetime tâbi olup olmadığı meselesi, bir önceki mesele gibi üzerinde hiç olmazsa gerekçelerini bakımından kolaylıkla uyusula bilen bir mesele değildir (daha doğrusu değildir). Hâkim, yabancı hukukun ilgili hükümlerini somut olaya uygularken

(134) Ekz.yuk.s. 108-109.

(135) Aynı manada Nomer:Yabancı Kanun, s.124 vd; Nomer:DHH,s.205.

(136) Ekz. Çelikel:MÖH,s.126 vd; Nomer:DHH,s.160 vd.; Tekinalp:MÖH,s.33-34; aksi fikir: Seviğ,V.R.:Etilten,s.15-16.

hataya düşmüş olabilir. Bu hata, yanlış bir hükmün olaya uygulanması veya ilgili hükümlere yanlış bir anlam verilmesi (yanlış yorumlanması) sebebiyle ortaya çıkabilir. Gerçekten de hakim, yabancı unsurlu bir ihtilâfta, yabancı hukukun söz konusu ihtilâfa kabili tatbik olan hükmü yerine, başka bir hükmünü örneğin, yabancı kanunun 50.md.'si yerine 20 md.'sini uygulayarak hata yapmış olabilir. Yada yabancı hukukun ilgili hükümlerini yanlış yorumlamak, yabancı hukukta sözkonusu kurala verilen anlamı bozarak uygulamış ve yanlış sonuçlara varmış olabilir. Netice itibariyle, her iki halde de yabancı hukuk (hatalı) yanlış uygulamış demektir.

İşte, burada üzerinde duracağımız konu, yabancı hukukun uygulanması sırasında yapılan bu hataların denetime tâbi olup olmayacağı hususudur.

Yabancı hukuk sistemlerinde bu konunun, genellikle temyiz mahkemelerinin işlevleri açısından ele alındığını; bazı hukuk sistemlerinde temyiz mahkemelerinin görevinin sadece millî hukukların uygulamasında birliği sağlama olarak görülerek, veayrıca yabancı hukukun doğru olarak saptarmasındaki pratik bazı güçlükler düşünülerek, denetimin kabulü halinde, Temyiz Mahkemelerinin yanlış kararlarla "otorite ve itibarının" zedelenmesine yol açılacağı gerekçesiyle, yabancı hukukun hatalı uygulamasının (bazı istisnalarla) denetim dışında tutulduğunu görmüştük.

Türk hukuk doktrininde ise, konu yabancı hukukun yanlış uygulamasının açıkça temyiz sebepleri arasında gösterilmemiş olması nedeniyle, MÖHUK.'un kabulünden önce, yabancı hukukun ispatını, uygulamasını talep eden tarafa yükleyen HUMK.'un 76 md/2 ve 3.cümleleri çerçevesinde değerlendirilerek bir sonuca ulaşılmaya çalışılmıştır. Yabancı hukuku bir vakia olarak gören yazarlardan bir kısmı, denetim gereğini kabul etmekle beraber bunun HUMK.md.428/5'e göre yapılacağını ^{sevünürken} hukuk olarak görenler ise, denetim gereğini HUMK.md.428/1'e dayandırmışlardır. Türk hukukunda, MÖHUK.'un kabul edilmesi ile kanımızca da, HUMK.md.75/2 ve 3.cümleleri zımnen ilga edilmiş ve yabancı hukukun "hukuk" olduğu açıkça vurgulanmıştır.

Bu sebeple, Türk doktrinini incelerken konuyu iki dönemde, yani MÖHUK.'un kabulünden önceki ve sonraki dönem olarak incelemeyi uygun buluyoruz. Doktrindeki bu duruma karşılık, Türk mahkeme tatbikatı istikrarlı bir tutum içinde, yabancı hukukun hatalı uygulanmasından denetlemekte ve yanlış hükümleri boza gelmektedir.

1. Kanunî Düzenleme

HUMK.'un temyiz sebeplerini düzenleyen 428.md.'sinde, yabancı hukukun yanlış uygulamasını bir temyiz sebebi olarak düzenlenmiş değildir. Her ne kadar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Tadil Tasarısında (137), HUMK.'un 428.maddesine 3.bend olarak "~~olayda yabancı bir hukukun uygulanması gerekli iken kanuni bir sebep olmaksızın~~

(137) 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Başlığının ve Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi, Bazı Maddelerinin Kaldırılması, Bu Kanuna Bazı Maddeve Fıkralar Eklenmesi Hakkındaki Kanun Tasarısı (TASARI), T.C.Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Tetkik Dairesi, s.71-494/7629, 29.11.1967.

bunun hiç uygulanmamış veya "yanlış uygulamış olması" hükmü eklenmiş (138) ve böylece yabancı hukukun yanlış uygulamasının da Temyiz Mahkemesince denetleneceği açıklığa kavuşturulmuş olmasına rağmen (139) bu tasarı bugüne kadar kanunlaşmamıştır.

Bu durum karşısında, denetim konusunun yabancı hukuk, "hukuk" olarak kabul edildiği takdirde HUMK.md.428/1.f.1.bentte yer alan "Kanunun...yanlış tatbik edilmiş olması" hükmü kapsamı açısından değerlendirilmesi gereği ortaya çıkmaktadır.

Yabancı hukuk, eskiden yapıldığı gibi, HUMK.un 76.md.'si 2 ve 3.cümleleri hükümlerine bağlı kalınarak vakia olarak görülürse, bu durumda, yabancı hukukun yanlış uygulamasının HUMK.md.428/5'de yer alan "mesele-i maddiyenin takdirinde hata edilmiş" olması temyiz sebebine göre denetlenebileceği iddia edilebilecektir. Gerçekten de, bu bend hükmüne dayanılarak yapılan temyiz incelemesiyle, yabancı hukuk eğer vakia olarak görülürse, yanlış uygulaması da maddi vakıaların takdirinde hata edilip edilmediği yönünden temyizden incelenebilecektir.

3. Doktrin

a) MÖHUK.'un Kabulünden Önceki Dönem

Bu dönemde, yukarıdaki kanunî düzenleme karşısında yabancı hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığının denetime tâbi olup olmadığı, eğer olacaksa bunun hukukî dayanağının ne olacağı konusunda bir fikir birliği mevcut değildi.

aa) Denetimi Kabul Etmeyen Yazarlar

Türk hukukunda Üstündağ, yabancı hukukun vakia olduğunu (140), buna uygun olarak yabancı hukukun yanlış uygulaması halinde bunun bir temyiz sebebi olmayacağı görüşünü taşımaktaydı. Yazar'a göre, "yabancı hukuk kaidelerinin uygulandığı hallerde, bunların yanlış, yani hatalı uygulamış olması temyiz sebebi teşkil etmez. Çünkü, yabancı hukuka aykırılık temyiz sebebi sayılmamıştır" (141).

Yazar ayrıca, Alman hukuk doktrini ve tatbikatının bu yönde olduğunu, bu durumun bizim mevzuatımızda uygun olduğunu, zira HUMK.un 76.md.sisteminin de

(138) Bkz. TASARI, md.147. Tasarı gerekçesinde, "Türkiye gibi yabancı memleketler ile münasebetleri günden güne gelişmekte olan bir memleketin mahkemelerinde yabancı kanunların uygulanmasını gerekli kılacak davaların görülmesi daima mümkün ve yabancıların haklarının bu kabil teminat altına alınması zamanın ihtiyaçlarından doğma bir zaruret olduğu düşünülerek bu hüküm sevk olunmuştur" denilmektedir. Nomer:Yabancı Kanun, s.135 dn.451.

(139) TASARI'nın ilgili hükmünün değerlendirilmesi yönünden bkz. Nomer:Yabancı Kanun, s.135-136, dn.451; ayrıca karşı.Üstündağ:Tasarı, s.176-177.

(140) Bkz. yuk.s. 22 ve ayrıca dn. 89.

(141) Üstündağ:Kanun Yolları 1977, s.44.

buna cevap veremeyeceğini, ayrıca Temyiz Məhkemelerinin sadece millî hukukların uygulanmasında birliği sağlamak amacıyla kurulduklarını bildirerek görüşünü desteklemekteydi(142).

Üstündağ TASARI ile (143) getirilmek istenen yabancı hukukun yanlış uygulanmasının temyiz denetimine tabi tutulması yolundaki hükmü eleştirmekte, bu alanda himayenin daha fazla teşmiline gerek olmadığını belirtmekteydi(144).

bb) Denetimi Kabuleden Yazarlar

Yabancı hukukun hatalı uygulanması halinde, bu hususun Yargıtay'ca denetleneceği yazarların büyük çoğunluğunca kabul edilmekteydi.

aaa) Denetim Gereğini HUMK.'un md.428/f.I.b.5'e Dayandıranlar

Denetim gereğini kabul eden yazarlar bir kısmı denetimin HUMK.md.428/5'de yer alan "mesele-i maddiyenin takdirinde hata" temyiz sebebine istinaden gerçekeşeceğini kabul etmekteydiler(145).

Ancak, yazarlardan bazıları bu konuda bir ayırım yapmak suretiyle, yabancı hukuka göre karar verilmiş olmakla birlikte, somut olaya yabancı hukukun olayla ilgili olmayan bir kuralı uygularmış olması halinde, bu hatalı uygulamanın HUMK.md.428/1'e göre denetime tâbi olduğunu (146) yabancı kanunun yanlış yorumlanarak uygulanması halinde denetimin HUMK.'un md.428/5'e göre cereyan edeceğini belirtmişlerdir(147).

(142) Üstündağ: Tasarı, s.176-177; Üstündağ: Kanun Yolları 1977, s.44-45.ve dn.6c.

(143) Bkz.yuk.s.164-165.

(144) Üstündağ: Tasarı, s.176-177.

(145) O.F.Berki'ye göre" HUMK.'md.428,b.5'de meseləyi maddiyenin takdirinde hata edilmesi bozma sebeplerinden sayılmış olmak itibariyle , Türk hukukunda yabancı kanunun hatalı tatbikinin bozma sebebi teşkil etmesi gerekir";Berki,O.F.:DHH,C.II, s.120; Göger ise, " Türk hukukunda yabancı hukukun bir vakıa olduğunu, aslında vakıaların Yargıtay'ca incelememesi gerektiğini, ancak HUMK.md.428/5'e dayanarak Yargıtay'ın vakıaları inceleyebildiğini, bu durum karşısında, yetkili yabancı kanunun hatalı uygulanmasının bir bozma sebebi teşkil ettiğini" belirtmektedir; Göger:DHH,s.137-138;Ş.Berki," Türk hukukunda yabancı kanunun hatalı tatbik edilmiş olması da bozmayı muciptir.Zira, Hükük Usulü Məhkemeleri Kanununun 428.md/sinin 5.bendi meseleyi maddiyenin takdirinde vaki hatayı dahi nakız sebebi saymaktadır";Berki,Ş.sage.,s.41-42.

(146) Seviğ,M.R.:Sentez, s.29; Seviğ,M.R-V.R.:DHH,s.433;Uluocak:Kanunlar İhtilâfı, s.35.

(147) Seviğ,M.R.:Sentez, s.29; Seviğ,M.R-V.R.:DHH,s.434-435; Buna karşılık V.R.Seviğ, mevzuatımızın yabancı kanunun yorumunun denetimi açısından elverişli olduğunu, yabancı kanun hükmü maddi vakıa sayıldığı takdirde 428/5'e göre, tam anlamıyla hukuk sayıldığı takdirde 428/1'e göre denetimin mümkün olduğunu belirterek kesin bir tavır almamaktadır; Seviğ,V.R.:Denetim,s.244; aynı görüş Seviğ, V.R.: Kanunlar İhtilâfı, s.211; Uluocak:Kanunlar İhtilâfı, s.35; Ayrıca burada konuya sadece yabancı hukukun yanlış yorumunun denetimi açısından eğilen Sakmar zikredilebilir.Nitekim Yazar yabancı kanunun yanlış yorumlanmasını denetime tâbi olması gerektiği fikrini taşımakla beraber"maddi vakıalarda hata edilmesini dahi temyiz sebebi sayan HUMK.'un 428/maddesinin bu denetimi kabul için gayet elverişli olduğu bir gerçektir" demek suretiyle kanımızca,denetimin gerekçesini 428/5'e dayandırma eğiliminde olduğunu ortaya koymuştur;Bkz.Sakmar ve arkadaşları;Pratik, s.270.

ccc) Denetim Gereğini HUMK.md.428/f.I.b.1'e Dayandıranlar

Denetim gereğini savunan yazarlardan diğer bir kısmı ise, denetimin HUMK.md.428/1'e göre gerçekleşeceğini kabul etmektedirler.

Bu düşünceye sahip devletler özel hukukçularından (148) özellikle Nomer, modern hukuk anlayışına uygun olarak Türk hukukundada yabancı hukukun "hukuk" karakteri taşıdığını, bu sebeple ilk derece mahkemesince yabancı hukukun hatalı uygulanmış olması halinde, kararın Yargıtay'ca, "Kanunun...yanlış tatbik edilmiş olması " sebebiyle HUMK.md.428/1'e göre incelenip, görevi gereği bozulması gerektiğini kesin bir tavırla belirtmiştir(149).

Yazara göre, bu kabul, Yargıtay uygulamasına uygun düştüğü gibi, Türk Yargıtay'ının kararları hukuka uygunluk yönünden denetlerken, hukukun uygulanmasında birlik yanında, "olay hakkaniyetine" hizmet amacını da kendisine hedef alması yüzünden en azından bu son amaç yönünden denetim zorunludur(150).

Usul hukukçularından çoğunda, yabancı hukukun hatalı uygulanması halinde, bunun Yargıtay'ca denetleneceğini, zira HUMK.md.428/1'de yer alan bozma sebebine yabancı hukuk kurallarına aykırılık halinde girdiğini, dolayısıyla denetimin 428/1'e göre gerçekleşeceğini kabul etmektedirler(151).

(148) Tekrar belirtelim ki, yabancı hukukun somut olaya kabili tatbik hükmü yerine yabancı hukukun olayla ilgili olmayan bir hükmünün tatbiki suretiyle, yabancı hukukun hatalı uygulanması halinde bir kısım yazarlarda denetimin HUMK.md.428/1'e göre yapılacağını kabul etmekteydiler: Ekz.yuk.s.136 dn.146'da anılan yazarlar. Ayrıca V.R Seviğ, yabancı kanun hükmü maddi vakıa sayıldığı takdirde 428/5'e göre tam anlamıyla hukuk sayıldığı takdirde 428/1'e göre denetimin mümkün olduğunu belirterek (Seviğ,V.R.:Denetim,s.244), kanaatimizce, pek tutarlı davranmamakla beraber,yabancı hukukun tam bir vakıa sayılmadığını (Seviğ, V.R.:Kanunlar İhtilâfı: s.209), ayrıca günün birinde istinaf mahkemeleri kurulupta 428/5'in temyiz sebebi olmaktan çıkarılması halinde bile, yabancı hukukun yanlış yorumunun Yargıtay'ca denetlemeye devam edileceğini bildirmesi (Seviğ,V.R.:Denetim, s.245-246; Seviğ, V.R.:Kanunlar İhtilâfı,s.211), yazarın,denetimin daha çok 428/1'e göre yapılması gerektiği görüşünde olduğu şeklinde değerlendirilebilir.

(149) Nomer:Yabancı Kanun,s.135; Çelikel-Nomer:Örnek Olaylar 1980,s.224,235.

(150) Nomer:Yabancı Kanun, s.132-133,134-135; Çelikel-Nomer:Örnek Olaylar 1980,s.224.

(151) Kuru'ya göre, yabancı hukukun yanlış uygulanması da HUMK.md.428/1'e göre bir bozma sebebidir:Kuru:HMU 1974,s.700 dn.17a; Postacıoğlu, yabancı kanunun yanlış tatbikinin (HUMK.md.428/1'e göre) denetimi yolundaki düşünceyi haklı bir eğilim olarak nitelendirmektedir: Postacıoğlusage.,s.723; Bilge-Önen'e göre, yabancı kanunun tatbikini isteyen taraf onu ispat etmek mecburiyetinde olduğuna göre, ispat edilmiş olan bir kaidenin doğru uygulanmaması, bir temyiz sebebi teşkil etmelidir: Bilge-Önen:sage.,s.649; ayrıca,bkz.Bilge,N.:Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, B.2,Ankara 1967,s.571; Ansay'a göre, ispatlanmış olmak şartıyla 428/1'e göre yabancı kanunun yanlış uygulanması denetime tâbidir: Ansay:sage.,s.351;aynı manada Ertem:agn.s.724; Belgesay, uygulanması gerekli yabancı kanunun yanlış uygulanmasının zorunlu olarak onun uygulanmasını emreden Türk kanunlarının yanlış uygulanması denek olacağı fikrindedir:Belgesay,M.R.:Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Serhi,II.Kitap,İstanbul 1939,s.366.

Sivrihisarlı(152), konuyu doktrin ve tatbikat açısından geniş bir şekilde ele aldıktan sonra, Yargıtay'ın yabancı hukukun hatalı uygulamasını denetlediğini, ancak denetimin kabul edildiği kararların hiç birinde 428/5'in ihlaline dayanılmadığını belirterek, bu olgu sebebiyle denetimin "hukuk kuralına aykırılık" açısından (md.428/1) yapıldığı sonucuna varmaktadır(153).

b) MÖHUK.'un Kabulünden Sonraki Dönem

Bu dönemde, yani bugünde, yabancı hukukun hatalı uygulamasının denetime tâbi olacağına ilişkin hukukumuzda herhangi bir kanunî hüküm bulunmamaktadır. Ancak, yabancı hukukun uygulaması MÖHUK.'un 2.md.si ile yeniden düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu hükümle "Hakim, Türk Kammlar ihtilâfı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygular" (MÖHUK.md.2/f.I.c.1) denilmek suretiyle, Türk hukukunda yabancı hukukun kanaatimizce de eskiden olduğu gibi, bu günde "hukuk" olarak kabul edilip uygulanacağı, açıkça vurgulanmış bulunmaktadır(154). Ayrıca, söz konusu hükümle yabancı hukukun muhtevasının hakimce re'sen araştırılacağıda belirtilmiş bulunmaktadır(155).

Bu durum karşısında, yazarlardan bazıları yayınladıkları yeni eserlerinde, yabancı hukukun hatalı uygulamasının denetime tâbi olduğu ve bu denetimin HUMK.md.428/1'e göre gerçekleşeceği yolundaki eski görüşlerini, isabetli ve haklı olarak yeni dönemde tekrarlamışlardır(156).

Çelikel, yabancı hukukun yanlış uygulamasını HUMK.'un md.428/5'e göre temyiz denetimine tabi tutan görüşleri eleştirmekte, bu gerekçeye katılmanın mümkün olmadığını, çünkü hukukumuzda yabancı hukukun " hukuk " olarak kabul edildiğini (157), adaletin ve ülkedeki hukuk birliğinin yabancı hukukun doğru uygulaması ve bu uygulamanın da denetim altında yapılması halinde gerçekleşeceğini belirtmektedir(158).

(152) Sivrihisarlı:sgt.,s.56 vd.

(153) Bununla beraber yazar, yabancı hukuk kuralına aykırılık denetimi ile iç hukuk kuralına aykırılık denetimi arasında bir derece farkı bulunduğuna, öyleki, Yargıtay'ın pratik zorluklar nedeniyle yabancı hukuk kuralını araştırmayıp, dosyaya aksetmiş hükümlerle yetirmek zorunda olduğuna işaret etmektedir: Sivrihisarlı:sgt.,s.58.

(154) Bu konuda bkz. yuk.s.21 vd.

(155) Bu konuda bkz. yuk.s.88 vd.

(156) Nömer: DHH,s.205-207;Yazar, MÖHUK.'un 2.md.sinin bu haliyle yasalaşmasında hazırlık çalışmalarında büyük çaba göstermiş, budüzenlemenin halen mevcut olan fiili uygulamaya uygun bir düzenleme tarzı olduğunu belirtmiştir: Ekz.Nömer: Sempozyum,s.31-32,45-50, 52-53; KurushMU,C.IV,s.3305; Kuru-Arslan-Yılmaz:age.,s.247 Çelikel:MÖH,s.175.

(157) Çelikel:MÖH,s.175;Çelikel-Nömer:Örnek Olaylar 1986,s.221-222.

(158) Çelikel:MÖH,s.170; Çelikel-Nömer:Örnek Olaylar 1986,s.195-196,222.

Yazara göre, " bir hukukun yanlış uygulanması halinde bunun Yargıtay'ın denetimine tâbi olması gerektiğinde şüphe yoktur. Bu nedenle, HUMK.'un 428/1'de yer alan "kanunun yanlış tatbik edilmesi " ifadesinin yabancı hukukun yanlış tatbik edilmesini de içine alacağını kabul etmek doğru olacaktır."(159).

Yeni dönemde, (günümüzde)(160), yabancı hukukun uygulanmasının denetim dışı kalacağına savunan bir yazara rastlanmadığı gibi (161), yabancı hukukun hatalı uygulamasının Yargıtay'ca HUMK.md.428/5'e göre denetleneceğini savunan bir yazara da tesadüf edilmemiştir. Hatta, yeni kanunu özellikle komuyu ilgilendiren 2.md'si açısından olumlu bir şekilde değerlendiren yazarlar mevcuttur(162). Bu durum gözönünde bulundurulduğunda, Türk hukukunda yabancı hukukun hatalı(yanlış) uygulanmasının ve bu hatalı uygulamanın yabancı hukukun "hukuk" olarak kabul edilmesi nedeniyle HUMK.md.428/1'e göre denetleneceğinin doktrinde kabul edildiği sonucuna varabiliriz.

4. Mahkeme İctihatları

Türk Yargıtay'ının yabancı hukukun hatalı uygulanması halinde mahkeme kararlarına bu yönden bozduğunu, bu hususta hiç bir tereddüt göstermeyerek bu istikrarlı tutumuyla devletler özel hukukunun amaç ve gereklerine uygun düşen bir uygulama örneği sergilediğini hemen söyleyebiliriz.

Yargıtay, yabancı hukukun uygulandığı hallerde, somut olaya uygulanan yabancı hukuk kuralının kabili tatbik bir hüküm olup olmadığını, yabancı hukukun ilgili hükümlerinin doğru bir anlam verilerek(yorumlanarak) uygulanıp uygulanmadığını incelemekte ve hata gördüğü takdirde hükmü bozmaktadır.

(159) Çelikel;MÖH,s.175.

(160) Tekinalp'indenetim konusuna değirmemekle beraber bu fikirde olduğunu söyleyebiliriz; Tekinalp;MÖH,s.41-43.

(161) Daha önceki dönemde yabancı hukuk kurallarının uygulanmasının denetlenemeyeceğini savunan Üstündağ (bkz.yuk.s.165), MÖHUK.'un hazırlık çalışmaları sırasında, mevcut metne göre (HUMK.md.76) yabancı kanunun bir maddi vakıa gibi ele alındığını, bunun da doğru olduğunu, oysa getirilmek istenen hükmün (MÖHUK.md.2'nin) yabancı hukukun gerek tespiti gerekse denetimi açısından bazı sakıncaları da beraberinde getirdiğini bu sebeple eski sistemin muhafazasını savunmaktaydı;Bkz.Üstündağ; Sempozyum,s.42-44; katılan Şener;Sempozyum, s.44-45.

Üstündağ, MÖHUK.'un kabul edilmesinden sonra " HUMK.'un 76.md.'si evvelce yabancı hukukun uygulanması bakımından farklı bir çözümü ihtiva ediyordu. Bu çözüm, 2675 sayılı MÖHUK.'un 2.md'si ile terk edildi." denektedir;Üstündağ;MYH,s.207; yazar ayrıca, yabancı hukukun uygulanmasından denetimi açısından, daha önce ileri sürdüğü esasların (Üstündağ;Kanun Yolları 1977, s.44-45), bugün için geçerli olamayacağını da belirtmektedir; Üstündağ;Kanun Yolları 1984,s.51.

(162) Tuluay'ın,yeni kanunun 2.md.siyle Türk kanunu ile yabancı kanun arasında uygulama açısından yapılan ayırımı kaldırdığını söylemesi (Tuluay;agm.s.29), yabancı hukukun Yargıtay aşamasında ileri sürülmesi bakımından, "...bidayet mahkemesinde hukuk olan yabancı hukuk, hiç olmazsa hukukun yaknesak uygulanmasını temin etmek işlevi bakımından yabancı hukuk açısından fark gözetmeyen güncel kanun yolu sistemi içinde temyiz mahkemesinde "vakıa" niteliğine bürünemeyeceğine göre..." şeklindeki gerekçesi gözönünde tutulduğunda, yazarın hatta 428/1'e göre denetim görüşünde olduğunu söyleyebiliriz;Bkz.Tuluay;agm.,s.30.

Yargıtay'ın, bu uygulamayı benimseyen kararları çok eskiye dayarmakla birlikte (163), bu uygulamanın özellikle ve açıklıkla belirlediği ilk karar Yargıtay 2.Hukuk Dairesinin 9.11.1948 tarihli kararıdır(164).Yargıtay bu kararında;

"... İspanyol Devleti tebasından olan taraflar hakkında milli kanunların tatbiki gerekli olmasına ve İspanya Medeni Kanununun 104.md.sinde boşanma yalnız karı-kocanın birlikte yaşamlarının inkıtasını husule getireceği ve 52.md.sinde evlilerin karı-kocadan birinin ölümü ile nihayet bulacağı tasrih edilmiş olmasından mezkur kanunun 105.md.'sinde yazılı boşamanın evliliğe nihayet vermeyen ve ancak müşterek hayatı inkıtaa uğratan Türk Kanunu Medenisi'ndeki ayrılıktan başka bir şey olmadığı anlaşılmakta bulunmuş olmasına göre... Türk ve İspanyol Medeni Kanunları meçzedilmek suretiyle evliliğe tamamen nihayet veren bir boşarmaya karar verilmesi yolsuz..." gerekçesiyle,

İstanbul 9.Asliye Hukuk Mahkemesinin kararını bozmuştur.

(163) Bu yöndeki kararlar için bkz.Y.2HD.'nin 3.11.1934 T.ve E.2473/K.3316 sayılı ve 1.11.1937 T.ve E.2737/K.3801 sayılı kararları (Berki-Ergüney:age.,s.58 vd.,83 vd. Buna karşılık, Y.2HD.'nin 17.7.1947 T.ve E.2860/K.4186 sayılı; " gerçekten de evlatlığa alınanların evlatlık olabilmesinde milli kanunlarındaki şartlara riayet gerekir isede, davalının evlat olmaya muvafakat eylediği o babdaki dosyanın tetkikinden anlaşılmiş ve davacı mumaileyhanın milli kumununda riayeti gerekli başka bir şart bulunduğuna mütedair bir vesika ibraz etmemiş olduğu gibi, tercümesi dosya arasında bulunan maddelerde de böyle bir sarahate tesadüf olunmamış olmasının menbi varit görülmeyen itirazların reddi ile ..!" şeklindeki kararı (Berki-Ergüney: age.,s.96-97), farklı şekillerde yorumlanmıştı:

Üstündağ'a göre, temyiz mahkemesi bu kararında yabancı hukuku birvakia gibi ele almış, ilgili hukuk normu ne şekilde ispat edilmiş ise, o şekilde uygulanacağını, yabancı hukukun muhtevasının re'sen araştırılamayacağını kabul etmiştir. Bu durum müellifçe yabancı hukukun hatalı uygulanmasının temyiz denetimine tâbi olmayacağına delil olarak gösterilmiştir;Üstündağ:Kanun Yolları 1977,s.46 dn.6c.

Sivrihisarlı, bu konuda Üstündağ'a katılmamakta, bu kararın yabancı hukuka aykırılığın kuralın ispatlanmış olması halinde denetime tâbi olacağı şeklindeki görüşe uygun düştüğünü, söz konusu kararın " dosyadamevcut maddelerde açıklık bulunduğu takdirde bunun gözönünde tutulmaması halinde temyiz itirazının haklı görüleceği " anlamını taşıdığını belirtmiştir;Sivrihisarlı:agt.,s.57, dn.103.

Nomer, Temyiz Mahkemesinin bu kararının yorum denetimini genellikle ilk derece hâkimince tespit ve tatbik edilen hükümler üzerinde yapılan bir örneği olarak göstermekte, aslında Temyiz Mahkemesinin yorum denetimini kabul ettiğini ve yabancı hukuku " hukuk " olarak gördüğünü, daha sonra verdiği kararlarında yabancı hukukun ilgili hükümlerini bizzat bulup yorumlamak suretiyle, kesinlikle ortaya koyduğunu belirtmektedir;Nomer:Yabancı Kanun, s.137-138.

Kanaatinizce, söz konusu karar, yabancı hukukun ilgili hükümlerini araştırılmasında hâkimden ziyade taraflara görev yükleyen, tarafların bu konudaki faaliyetleriyle yetinen, bu sebeple de temyiz mahkemesi uygulamasında bir istisna teşkil eden karar olarak görülebilirse de, yabancı hukukun hatalı uygulanmasını denetim dışı gören bir karar olarak yorumlanamaz. Çünkü, bu kararda bile Temyiz Mahkemesi, tespit ve tatbik edilen yabancı hukuk kuralları yöünden hatalı uygulama olup olmadığını denetlemiş bulunmaktadır.

(164) Y.2HD., E.3492/K.5343 sayılı kararı (Berki-Ergüney:age.,s.64 vd.).

Bu suretle Yargıtay, İspanyol Medeni Kanununun 105.md.sindeki hükmü yanlış yorumlayan; aslında "aykırılık kurumunu" düzenleyen bu hükmü boşama olarak anlayan ve buna göre hüküm kuran mahkeme kararını bozmuştur(165).

Yargıtay'ın bu yöndeki diğer kararlarından (166), oldukça önemli ve nisbeten yeni sayılabilecek diğer bir kararında Yargıtay 2.Hukuk Dairesinin 18.3.1969 tarihli kararıdır(167). Yargıtay bu kararında;

"...Yugoslav Medeni Kanununa istinaden boşama kararı verilmişse de adı geçenkanunun hangi maddesine dayandığı hüküm yazında belirtilmemiştir. Dava niteliğine göre, tarafların milli kanunu olan Yugoslav Medeni Kanununun 58.maddesine dayanıldığıının kabulü gerekmektedir. Anılan maddede ise suiniyetle ve yetersiz sebeplerden dolayı terk edilen eş, terk gününden itibaren altı ay müddet geçtikten sonra, boşama isteyebilir esası konmuştur.B₁ maddeye dayanandavada, davalı aleyhine boşama hükmü verilebilmesi içimmüşterek haneyi davalı eşin terketmiş olduğunun , bu terkte suiniyetli bulunduğu hiç değilse terk için yeterli sebeplerin bulunmadığının sabit olması lazımdır....sadece altı ay geçen fiili aykırılık boşama sebebi sayılmamıştır." gerekçesiyle

sadece altı aylık fiili ayrılığı nazara alarak, yabancı hukukun ilgili hükmünü (olayda Yugoslav Medeni Kanununun 58 md.sini), yanlış yorumlayıp hatalı bir şekilde uygulayarak boşama kararı veren mahkemenin kararını bozmuştur(168).

Bu kararda aslında dikkati çeken iki husus vardır. Temyiz mahkemesi hem yabancı hukukun olaya kabil-i tatbik hükmünü bizzat araştırarak tespit etmiş, hemde bu hükmün nasıl yorumlanması ve uygulanması gerektiğini belirtmiştir(169).

(165) Bkz.Nomer:Yabancı Kanun, s.136-137; Sakınar ve arkadaşları:P_ratik,s.271;Sivrihisarlı: agt.,s.58.

(166) Bkz.Y.2.HD.'nin 4.1.1951 T. veE7973/K.57 ve 10.11.1960 T. ve E.5305/K.5390 sayılı kararları (Berki-Ergüney:age.,s.123 vd.,68 vd.); Y.2HD.'nin 18.3.1969 T.ve E.6548/K.1610:sayı ve 15.10.1968 tarihli kararları (Y_azıcı-Atasoy:age.,s.291 vd.,no:472 791 vd.,no:1388);Bu son kararın konumuz açısından değerlendirilmesi için bkz. Nomer:Yabancı Kanun, s.138 ve dn.464.

(167) Y.2HD.'nin E.6548/K.1610 (Y_azıcı-Atasoy:age.,s.291-292,no:472)

(168) Bkz.Nomer:Yabancı Kanun, s.137-138; Çelikel-Nomer: Örnek Olaylar 1986,s.221 vd.; Çelikel:MÖH,s.171-172; Sakınar ve arkadaşları:P_ratik,s.271; Sivrihisarlı:agt.,s.58.

(169) Aynı fikirde :Nomer: Yabancı Kanun, s.138; Çelikel-Nomer:Örnek Olaylar 1986,s.222.

Yargıtay'ın denetimle ilgili kararlarının hiç birinde HUMK.md.428/5 hükmünün ihlâline dayanılmamıştır(170). Ayrıca, Yargıtay'ımızın yabancı hukuku hukuk olarak kabul ettiğini, buna uygun olarak da HUMK.md.76/2 ve 3.cümledeki yabancı hukukun muhtevasının taraflarca ispatını öngören kurala itibar etmeyerek, yabancı hukukun muhtevasının hâkimce bizzat araştırılması gerektiğini kabul ettiğini, bu esasa uygun olmayan mahkeme kararlarını bozduğunu daha öncede söylemiştik(171).

Bu durum karşısında, yabancı hukukun hatalı uygulanmasının Yargıtay'ımızca, HUMK.md.428/f.I bend 1'e aykırılık nedeniyle temyizden incelendiğini ve kararın bu hükme göre bozulduğu sonucuna varabiliriz.

FÖHUK.md.2'de yabancı hukukun "hukuk" vasfı açıkça vurgulanmadan ve hâkime yabancı hukukun muhtevasını araştırma yetki ve görevi açıkça verilmeden önce bile, HUMK.md.76/2.cümle hükmüne rağmen(veya bu hükmü amaca uygun şekilde uygulayıp yorumlayarak) bu uygulamayı kabul eden Yargıtay'ın, bu günkü pozitif düzenleme karşısında farklı bir uygulama benimseyeceği düşürülemez.

Buraya kadar yaptığımız açıklamalarda yabancı hukukun hatalı uygulanmasının denetimi konusunda Türk doktrini ve mahkeme uygulamasında vaktiyle kabul edilmiş esasları ve mevcut düzenlemenin karşısında varılan sonuçları incelemiştir bulunuyoruz.

Kanaatimizce de, HUMK.nun temyiz sebeplerinidüzenleyen 428.md.de yabancı hukukun hatalı uygulanmasının açıkça temyiz sebebi gösterilmemiş olması karşısında, konunun genel olarak Yargıtay'ın işlevleri ve yabancı hukukun mahiyeti gözönünde bulundurulurken değerlendirilmesi gerekir.

Ancak ilk önce, yabancı hukukun hatalı uygulanmasının da denetime tâbi olması gerekliliği üzerinde anlaşmak, bu hususu kabul ettikten sonrada yabancı hukukun hatalı uygulanmasının denetime yabancı hukukun mahiyetine uygun düşecek bir hukukî dayanak aramak icab eder.

Herşeyden evvel, yabancı unsurlu bir ihtilâfta yabancı bir hukukun uygulanması kabul ediliyorsa, bu kabulün bir anlam taşıyabilmesi için, yabancı hukukun doğru bir şekilde uygulanması gerekir. Bu alanda denetimden kaçınmak, yabancı hukukun yanlış uygulanmasına göz yummak demek olur ki, bu durum neticede yabancı hukukun hiç uygulanmamasına müncer olur. O halde, yabancı hukuk uygulanacaksa doğru uygulanmalıdır (172).

(170) Sivrihisarlı:agt., s.58.

(171) Bkz. yuk.s.86 - 87.

(172) "Eonebi hukukun tatbikine dair olan emri kabul edipte, onun tatbikindeki Yargıtay kontrolünü tanımamak, hem tatbik emrinin müeyyedesini inkar demek hemde, tatbiki emredilen yabancı kanunu müeyyidelerden mahrum bırakmak olur"; Sevig, N.R-V.R.:DHH, s.434 dn.86.

" Ne olursa olsun, yabancı kanun tatbik ediliyor süsü verilerek yabancı kanunun tatbik edilmemesi yahut aynı yola çıkacak surette fena ve yanlış tatbik edilmesi, kanun koyucunun yabancı kanunu tatbik hususunda ki amacı ile kabili telif olmaz. Kanunlar ihtilâfı kurallarında müdemiş kanunî emir ve mecburiyete muhalefet demektir"(173).

Mahkemelerce verilen kararların doğru olması, denetimden geçerek bu kararlar üzerindeki yanlışlık şüphesinin ertadan kaldırılması veya yanlış olanların bozulmak suretiyle doğru kararların verilmesinin sağlanması, adalete olan güveni güçlendirir(174). Bu sebeple, Yargıtay'lara yabancı hukukun uygulanmasının denetimi görevini vermek, bu kurumların otorite ve itibarını sarsmaz, bilâkis güçlendirir. Asıl, yabancı hukukun hatalı uygulanmasına seyirci kalan bir Yargıtay'ın otorite ve itibarından şüphe edilir. Ayrıca, kararların doğru olarak verilmesinde toplumun menfaati söz konusudur. Yabancı kanunların anlamlarının tespiti ve bunların yorumlanması işini mahkemelere verip, bu görevin gereği gibi yapıp yapılmadığını kontrol etmemek, aynı kanun hükümlerinin değişik şekillerde anlaşılıp uygulanması sonucu, birbirleriyle çelişen kararlar verilmesine neden olur(175). Bu sebeple, Yargıtay'ların sadece kendi millî hukuklarının uygulanmasında birliği sağlama amacını taşıdıkları, yabancı kanunlar için böylebir görevin bulunmadığını söylemek, günümüzde artan milletlerarası ilişkiler ve dolayısıyla yabancı hukuku sıkça uygulanır olması karşısında, realitelere uygun düşmez. Ayrıca, bu alanda ki istikrarsızlık millî hukuk birliğinin de bozucu bir etki yapar. Bu gerçek karşısında, temyiz denetimi açısından yabancı hukuk ve millî hukukun uygulandığı davalar arasında fark görmemek gerekir. Hukukun uygulanmasında birliği sağlama amacı, ister yabancı bir hukuk isterse milli hukuk tatbik ediliyor olsun, genel anlamda hukukun uygulanmasında birlik sağlama amacına hizmet etmelidir. Aslında, yabancı bir hukuka dayanılarak hüküm verilmiş bile olsa, hükmün bir Türk mahkemesinden sadır olması, başlı başına denetimi gerekli kılar. Önemli bir sebep olmalıdır. Üstelik Türk Yargıtay'ının görevi ve amacı, sadece ülke düzeyinde hukukun uygulanmasında birliği sağlamakla sınırlı da değildir. Somut olayda adil ve doğru kararların verilmesi, "adaletin" sağlanmasında vazgeçilmeyecek bir diğer amaçtır. Herşeyden evvel, yabancı bir hukuka istinaden mahkememiz aracılığıyla hakkının tanınmasını; karar altına alınmasını isteyen ilgili tarafın hakkını, yabancı hukuka uygun ve doğru bir şekilde teslim etmek zorundayız. Bunun için, yabancı hukukun doğru yorumlanması ve uygulanması gerekeceği aşıkardır.

Yabancı hukukun Yargıtay'ca yorumlanması, yabancı Yargıtay'ın görevine bir tecavüz oluşturmaz. Zira, burada Yargıtayca yapılacak iş, yabancı kanunun hükümlerini bizzat yorumlamak değil, yabancı hukuk kurallarının kendi hukuklarındaki uygulama ve

(173) Seviğ, M. R. : Sentez, s.28; Seviğ, M. R.-V. R. : DHH, s.434.

(174) Aynı maddede Seçkin: age., s.3.

(175) Seviğ, V. R. : Denetim, s.237.

Yorumlama biçimini tespittir. Yabancı kanuna yeni bir yorum getirmek elbetteki bizim işimiz değildir. Yargıtay'ın buradaki görevi, yabancı hukuk kurallarının kendi ülkelerinde yorumlandığı, anlaşıldığı şekilde uygulanıp uygulanmadığını tespittir(176).

Daha önceki açıklamalarımızda, hâkimin yabancı hukukun gerçek muhtevasını tespit etmek zorunda olduğu, yabancı hukuk kuralları yanında, onların ülkesinde uygulanış ve yorumlanış şekli ile birlikte bir küll halinde yabancı hukuku tespit etmesi gerektiğini belirtmiştik(177). Bu tespit, yabancı hukukun kendi ülkesinde anlaşılıp uygulandığı şekliyle uygulanması için gereklidir. İşte, bu tespit işinin ve uygulanmanın Türk mahkemelerince yeknasak bir şekilde yapılabilmesi ancak, bu alanda Yargıtay denetimi ile sağlanabilir(178) ve yanlış anlaşılma ve uygulamalar önlenerek, bu alanda hukuki güvenlik tesis edilmiş olur(179).

Yabancı hukukun yorumu konusunda yapılacak tespit ve denetim, yabancı hukukun yorumunu kalıplaştırmaz; condurmaz. Zira, Yargıtay denetiminin amacı, yabancı hukukun her zaman aynı yorum şekliyle uygulanmasını sağlamak değildir. Bu nedenle, yabancı hukuk kurallarına kendi ülkelerinde verilen anlam ve yorum şekli değiştiğinde, yabancı hukukun bu yeni yorum şekliyle anlaşılması ve uygulanması, Yargıtay'ın da bu gelişime paralel bir denetim yolu izlemesi gerekir(180).

Ayrıca, yabancı hukukun uygulanması sırasında, bir boşluk olması durumunda hâkim ilgili yabancı hukuk düzenine nüfuz etmek, onun ilke ve esaslarına aykırı düşmemek üzere, yani "yabancı bir hâkim" gibi ilgili hukuk kurallarını yorumlayarak söz konusu boşluğu doldurabilir. Zira, behemehal karar vermek zarureti, hâkimin inkâkı haktan imtina edememesinin bir sonucudur. İlk derece mahkemesince yapılan bu yorum şeklinin denetlenmesi, gerektiğinde Yargıtay'ın bu yorumu bizzat yaparak boşluğu doldurması mümkündür(181).

Bütün busöylenenler yabancı hukukun hatalı uygulanmasından denetlenmesi gerektiğini ortaya koyar sanırız. Yabancı hukuku hukuk olarak kabul ettikten sonra, onun uygulanmasının da denetime tâbi olacağına hiç tereddüt etmemek gerekir. Zira, yabancı hukukun hukuk olarak tam manasıyla uygulanması, onun denetime tâbi tutulmasıyla mümkündür.

Yabancı hukukun uygulanmasının denetime tâbi olduğu kabul edildikten sonra, bu denetimin dayanağının HUMK.md.428/f.I.bend 1.hükümünün olması gerekir. Bu madde de geçen "kanun" terimi, doğru anlamıyla hukuk kurallarını ifade eder. Yabancı hukuk da "hukuk" olduğundan buraya dahil olacaktır. Yabancı hukuku "hukuk" olarak kabul ettikten sonra" mesele-i maddiyenin takdirinde hata" (HUMK.md.428/f.I.bend 5) şeklindeki bir sebebe dayanılmaz. Dayanılmasına da gerek yoktur.

(176) Seviğ, V.R.: Denetim, s.244; Sakmar ve arkadaşları: Pratik, s.270.

(177) Bkz. yuk. s.112 vd.

(178) Seviğ V.R.: Denetim, s.244.

(179) Seviğ, V.R.: Kanunlar İhtilâfı, s.211.

(180) Seviğ, V.R.: Denetim, s.244.

(181) Seviğ, V.R.: Denetim, s.244; aynı manada N. mer: DHH, s.202-203.

Açıkladığımız nedenlerle, yabancı hukuku vakia olarak telakki edip onu Yargıtay denetiminden uzak tutan görüşler isabetsiz olduğu gibi, böyle bir denetimi kabul edip, fakat denetimi HUMK.md.428/5'e dayandıran görüşlerde, sonuçta yabancı hukuku bir vakia mesabesine indirdikleri için isabetsiz bulmaktadır. Genelde, MÖHUK.'dan önce HUMK.md.76/2 ve 3.e.nin lâfzına bağlı kalınarak ortaya atılmış bu görüşlerin bugün için, yabancı hukuku birhukuk olarak kabul edip, bunun içeriğinin tespitini ve uygulanmasını hâkime resmi bir görev olarak yükleyen MÖHUK.'ın 2.md.'si karşısında, hiç bir inlem ve değeri kalmamıştır.

S O N U Ç

Tez çalışmamızda "Yabancı Hukukun Uygulanması" başlığı altında, devletler özel hukuku adaletinin icablarına uygun olmak belirli yabancı unsurlu olay ve ilişkilerde, kanunlar ihtilâfı kuralları ile uygulanması emredilen yabancı bir hukukun fiilen ve gerçekten uygulanmak suretiyle devletler özel hukuku kurallarının hayata geçişini; hayatiyet kazanışını; yabancı hukuk kurallarının uygulanarak öngörülen çözümlerin belirlenmesi suretiyle devlet özel hukuku adaletinin somut olarak tahakkukunu incelemiş bulunuyoruz. İncelememiz sırasında, genel bir ifade ile belirtilecek olursa, yabancı hukukun uygulanma sebebi ve uygulanma şekline, uygulanma sırasında ortaya çıkan veya çıkabilecek problemlere ve bunların çözümüne, yabancı hukukun uygulanma gereğinden başlayarak, yabancı hukukun muhtevasının tesbit edilip, tesbit edilen bu muhtevanın uygulanması ve bu uygulamanın kontrolüne kadar açıklık getirmeye çalıştık.

Tez çalışmamızda varmış olduğumuz sonuçları şöylece özetliyebiliriz.

1) Yabancı hukuk, mahiyeti icabı bir "Hukuk" tür. Yabancı hukukun "vakıa" olduğu yolundaki anlayış, vaktiyle pratik bazı kolaylıklar sağlamak ve mevcut bazı usul kurallarını açıklamak amacı ile dayanılmış bir varsayımdır. Gerek realitelerle, gerekse devletler özel hukukunun amaç ve gerekleri ile bağdaşmayan bu anlayış, bugün için artık terk edilmiş bulunmaktadır. Günümüzde, yabancı hukukun vakıa gibi görülmesini ve hukuk vasfının inkarını haklı gösterecek hiç bir makul, mantıkî, akilî ve hukukî gerekçe bulunamaz.

2) Yabancı hukuk özü, mahiyeti icabı bir hukuk olduğuna göre, uygulanması sırasında bu özü yitirdiği söylenemez. Bu nedenle yabancı hukuk "hukuk sıfatıyla", ancak mahallî hukuk haline gelmeden uygulanır. Bir devlet ülkesinde, belirli yabancı unsurlu ilişkilerde yabancı bir hukukun uygulanması, bu hukukun uygulanma alanının genişletilmesi anlamını taşır; bu suretle o mahalde şekillen yürürlükte olmayan yabancı hukuk kuralları, kanunlar ihtilâfı kuralları aracılığı ile o mahalde uygulanmak suretiyle maddi geçerlilik (etkililik) kazanırlar.

3) Bugün için belirli yabancı unsurlu olay ve ilişkilerde, yabancı hukukun uygulanması kaçınılmaz bir gerçektir. Hiç bir devlet bu nitelikteki ilişkilerin düzenlenmesinde daima kendi hukukun uygulanmasında ısrar edemez. Bunun sonucu olarak, yabancı hukukun uygulanması hukuku uygulanan devlet için bir lütuf olarak görülemez. Yabancı hukuk, hâkimin mensub olduğu devletin kanunlar ihtilâf kurallarının emri gereği uygulanmaktadır. Devletler özel hukuku gösterici nitelikteki ihtilâf kuralları aracılığı ile, yabancı unsurlu ilişki ve olaylarda

uygulanacak hukuk düzenini gösterir. Yabancı unsurlu bir ihtilâfa uygulanmak açısından yabancı bir hukukun yetkili görülmesi, sözkonusu ihtilâfa doğru, haklı âdil ve uygun bir çözümler için devletler özel hukuku adaletine göre ilişkiye uygulanmak açısından yetkili hukuk düzenleri arasında yapılan bir seçimin sonucudur.

Devletler özel hukuku, yabancı (milletlerarası) unsur taşıması nedeniyle tüm unsurları/¹¹tek bir hukuk düzenine tâbi meselelerden farklı bir adalet anlayışına göre çözümlenmesi gerekli, özel hukuka ilişkin ve bireyler arası eşit menfaat ilişkilerini, kısaca milletlerarası toplum hayatının bir vechesini düzenlemeyi amaç edinmiş, kendine özgü değer ve menfaatleri ve kendine özgü metodu bulunan bağımsız ve millî devletleri zorlayıcı bir hukuk sistemidir. Ancak, bu zorlayıcılık pozitif bir mecburiyet veya üst bir manevî hukukî veya siyasi otoritenin zorlayıcılığı olmayıp, bizzat devletler özel hukukunun düzenlemeyi amaç edindiği ilişkilerin niteliğinden kaynaklanan, devletler özel hukukunun işlevsel mahiyetinden doğan bir zorlayıcılıktır. Mademki, her devlet bugün milletlerüstü bir kanun koyucu olmadığı için, milletlerarası unsurlu, bu sebeple birdençok hukuk düzenini ilgilendiren milletlerarası toplum hayatına ait özel hukuk ilişkilerini kendi vaz ettikleri kurallar aracılığıyla düzenliyorlar; kanunlar ihtilâfî kurallarını yürürlüğe koyuyorlarsa, bu ilişkilerin niteliğine uygun düşün çözümler de getirmek durumdadırlar. Çünkü, devletler özel hukuku şekli kaynaklar, yürürlük alanı itibarıyla iç (millî) hukuktan olmasına karşılık, işlevsel yönden milletlerarası hukuktandır. Her devletin milletlerarası hukukun icablarına riayet etmesi esastır.

4) Yabancı hukuk hukuktur ama, ne de olsa yabancıdır. Bu sebeple hâkimin hukuku bildiği faraziyesi (iura novit curia) yabancı hukuk yönünden geçerli değildir. Çünkü hâkim genellikle yabancı hukuku bilmez. Iura novit curia ilkesi, hâkimin kendi hukuku yönünden zaten bir varsayımdan ibaret iken, yabancı hukuk açısından da geçerli sayılması doğrudan doğruya bir inkânsızlığa müncer olur.

5) Hâkim, yabancı unsurlu ihtilâflarda kanunî ihtilâf kuralları yanında hukukun diğer kaynaklarından elde edilen ihtilâf kurallarını da re'sen uygulamak (MÖHUK.md.2 ve HUMK.md.76/e.1) ve yetkili hukuk düzenini bizzat tayin etmek zorundadır. Bu görev ilgili ihtilâfa uygulanması uygun düşün ihtilâf kuralının tesbiti ve ihtilâfı belli bir hukuk düzenine bağlayan bağlama noktalarının hangi hukuk düzeni içinde gerçekleştiğinin tesbitini de kapsar. Hâkim, bağlama noktalarının gerçekleşip gerçekleşmediğini ve gerçekleşti ise hangi hukuk düzeni içinde gerçekleştiğini re'sen araştırmak zorundadır. Zira bu husus yetkili hukuk düzeninin tayini ile doğrudan ilgili bir husustur. Hâkim yetkili hukuk düzenini tayin için mutlaka bir bağlama noktası tesbit etmek (birincil bağlama noktası tesbit edilemiyor ise ikincil, üçüncül...) durumundadır. Usul hukukunun

prensipleri, bağlama noktalarının tesbiti açısından devlet özel hukuku bağımsız bir hukuk dalı olması nedeniyle burada uygulanamaz. Bu kabil aynı zamanda devletler özel hukukunun amaç ve gereklerine uygun olduğu gibi bağlama noktalarının bağlama kurallarındaki konumu gözönünde tutulduğunda teknik açıdan da zorunludur.

6) Kanunlar ihtilâfı kuralları ile belirli yabancı unsurlu ihtilâflarda uygulanmak açısından yetkili görülen yabancı hukukun muhtevasını tesbit etmek de hâkimin aslî görevidir (MÖHUK.md.2) çünkü, hâkim kanunlar ihtilâfı kurallarına ve bu kurallara göre yetkili yabancı hukuku re'sen uygular. Yabancı hukukun ispatını taraflara yükleyen, daha doğrusu ifade şekli açısından böyle bir yorum müsait olan ve hatta bazı yazarlarca bu şekilde anlaşılan HUMK.'un 76 md.sinin 2 ve 3 cümleleri bugün için MÖHUK.md.2 ile yürürlük gününü kaybetmiş bulunmaktadır.

Yabancı hukuku re'sen uygulamakla görevli kılınan hâkim, uygulayacağı bu hukukun muhtevasını da re'sen araştırıp bulmak zorundadır. Bu sebeple, yabancı hukukun muhtevasını hâkim bilmiyorsa araştırmak zorundadır. Araştırma usulünde hâkime geniş bir serbesti tanınmıştır. Hâkim bu hususta tarafların yardımını isteyebileceği gibi, bilirkişiye, konsolosluk ve temsilciliklere başvurabilir. Hâkimin sahip olduğu bu imkâna taraflarda sahiptir. Ancak hâkim, yabancı hukukun hakuk olması nedeniyle tarafların tesbiti (veya ispat) ile bağlı olmadığı gibi, tarafların bu konuda araştırmaya girişmiş olmaları, hâkimi yabancı hukukun muhtevasını araştırma görevinden kurtarmaz. Zira, aslî görevli hâkim, taraflar ise yardımcıdır.

7) Hâkim ve tarafların tüm çabalarına rağmen yabancı hukukun ihtilâfa uygulanacak hükümlerinin tesbit edilmesi mümkün olmayabilir. Bu durumda ihtilâfın Türk Hukukuna göre çözümlenmesi kanun gereğidir. (MÖHUK.md.2/f.II). yabancı hukukun muhtevasının tesbit edilememesi halinde Türk hukukunun uygulanması (Lex fori esası) bir hukuk ihlâli söz konusu olmadığına göre "müeyyide" nokta-i nazarına bağlanamayacağı gibi "qala rücu" olarak da nitelenemez. Lex fori 'nin (Türk hukukunun) uygulanması, tekniğin çarşız kalması nedeniyle ihtilâfın çözümsüz bırakılmaması amacıyla öngörülmuş son bir çaredir. Unutulmamalıdır ki, Türk hukukunda muayyen bazı haller de Lex fori 'de bir bağlama noktası olarak işlev görmektedir.

8) Hâkim, yabancı hukuku tekml hukuk kuralları ile birlikte ve kendi ülkesinde uygulanma ve yorumlanma biçimiyle bir bütün olarak tesbit edip, yabancı hukuku kendi ülkesinde kabul edilip uygulandığı şekliyle "aynen" uygulamak zorundadır.

Hukuku uygulanacak Devletin tanınmamış olmasının yabancı hukukun uygulanmasına hiç bir etkisi veya engeli olamaz. Önemli olan uygulanacak hukuk kurallarının yürürlükte ve fiilen geçerli kurallar olmasıdır. Yabancı hukukun kendi ülkesinde kabul edildiği ve bu uygulandığı şekilde uygulanması esası, yabancı hukukun ihtilâfa kabil-i tatbik hükümlerinin üst düzeydeki normlara aykırılıklarının bertaraf

edilerek uygulanmasını gerekli kılar. Bu sebeple, hâkim Anayasana temel ilkelere ve kural olarak milletlerarası sözleşme hükümlerine aykırı içerik taşıyan yabancı kanunları uygulamama durumundadır.

9) Yabancı unsurlu olay ve ilişkilerde devletler özel hukuku adaletine göre kanunlar ihtilâf kararları aracılığıyla yetkili olarak belirlenen yabancı bir hukukun uygulanması esas ise de, mutlak değildir. Bazı hallerde iç maddî hukuk adaleti devletler özel hukuku adaletinin önüne geçer. "Kamu düzeninin müdahalesi" yetkili yabancı hukukun ihtilâfa uygulanmasının hâkimin mensup olduğu devletin temel düzenine, temel değer ve çıkarlarına aykırı olması durumunda, yabancı hukukun uygulanmasını engellemek suretiyle kendisini gösterir. Gerçekten de, yabancı hukukun uygulanması açıkça kamu düzenimize aykırı ise, bu hukuk uygulanamaz. Gerekli görülen hallerde Türk Hukuku uygulanır (MÖHUK.md.5).

10) Yabancı hukukun yukarıda tesbit edilen esas ve ilkelere uygun olarak uygulanıp uygulanmadığı da Yargıtay'ın denetimine tâbidir. Yabancı hukuk hukuk olduğuna ve hukuk olarak uygulandığına göre, bu hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığı da denetime tâbidir. Türk Temyiz mahkemesinin işlevi, sadece millî hukukun ülke içerisinde birlik surette uygulanmasını sağlamakla sınırlı olmayıp aynı zamanda mahkemelerce verilen ve somut olaya uygun düşmeyen yanlış ve haksız kararların önüne geçmek suretiyle adalete güveni tesis etmektir.

Bu durum karşısında, yabancı hukuku bir vakıa muamelesine tâbi tutarak denetim dışı bırakmak mümkün olmadığı gibi, yabancı hukuk hukuk olduğuna göre denetim gereğinin pozitif dayanağını, HUMK. md.428/f. I, bend.1'de öngörülen hukuk kurallarının yanlış uygulanması teşkil edecektir.

BİBLİYOGRAFYA ^(x)

I. GENEL ESERLER

- AKIPEK, Ö.İ. : Devletler Hukuku, Birinci Kitap, Başlangıç, Ankara 1963.
- AKIPEK, Ö.İ. : Devletler Hukuku, İkinci Kitap, Devletler Hukukunun Şahıslarından Devlet, Ankara 1964.
- ALTUĞ, Y. : Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 1973.
- ANSAY, S.Ş. : Hukuk Yargılama Usulleri, B.7, Ankara 1960.
- BELGESAY, M.R. : Devletler Hususi Hukukunda Adliye, I. Kısım, Umumi Hükümler, İstanbul 1937.
- BELGESAY, M.R. : Hukuk Usulü Mahkemeleri Kanunu Şerhi, II. Kitap, İstanbul 1939.
- BERKİ, O.F. : Devletler Hususi Hukuku, C.I, "Tâbiyet ve Yabancılar Hukuku", Ankara 1970.
- BERKİ, O.F. : Devletler Hususi Hukuku, C.II, "Kanun İhtilâfları", B.6, Ankara 1966.
- BERKİ, O.F. : Türk Hukukunda Kanun İhtilâfları, B.2, Ankara 1971.
- BERKİ, O.F. - ERGÜNEY, H. : Yabancılar Hukuku ve Kanun İhtilâfları ile İlgili Yargıtay Kararlarının Tahlil ve İzâhları, Ankara 1963.
- BERKİ, Ş. : Tatbiki Devletler Hususi Hukuku, Ankara 1950.
- BERKİN, N. : Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 1969.
- BİLGE, N. : Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, B.2, Ankara 1967.
- BİLGE, N. - ÖNEN, E. : Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, B.3, Ankara 1978.
- BİRSEN, K. : Devletler Hususi Hukuku, C.I, Tâbiyet-Yabancılar Hukuku, İstanbul 1936.

(x)Metinde zikredilen eserlerin kullanılan kısaltmaları, esere ilk atıf yapılırken ilgili eserin yanında verilmiş olduğundan burada ayrıca belirtilmemiştir.

- ÇAĞIL, O. N. : Hukuka ve Hukuk İlimine Giriş (Hukukun Varlığı, Mânâsı, Değeri ve Ruhu Üzerine Kritik Bir Reflexion), B. 4, İstanbul 1971.
- ÇELİK, E. F. : Milletlerarası Hukuk, C. I, B. 4, İstanbul 1980.
- ÇELİKEL, A. : Milletlerarası Özel Hukuk (Genel Kurallar- Milletlerarası Usul Hukuku), B. 2, İstanbul 1987.
- ÇELİKEL, A. -NOMER, E. : Devletler Hususî Hukuku, Örnek Olaylar- Mahkeme Kararları, İstanbul 1980.
- ÇELİKEL, A. -NOMER, E. : Devletler Hususî Hukuku, Örnek Olaylar- Mahkeme Kararları, B. 3, İstanbul 1986.
- DAVRAN, B. : Mukayeseli Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul 1968.
- DÖLLE, H. : Internationalen Privatrechts, Ein Einführung in seine Grundlagen, Karlsruhe, 1968.
- EDİS, S. : Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1979.
- FABRE GUETES, M. F. : Adalet Mantığı ve Hüküm Verme Sanatı, Ankara 1945.
- GÖGER, E. : Devletler Hususî Hukuku (Kanunlar İhtilâfı), B. 2, Ankara 1971.
- GÖGER, E. : Devletler Hususî Hukuku (Kanunlar İhtilâfı), B. 4, Ankara 1977.
- GÖGER, E. : Kanunlar İhtilâfı (İçtihatlar Açısından Bağlama Kuralları), Ankara 1973.
- HİRS, E. - (İŞLEYEN, ÇERNİŞ, V.) : Pratik Hukukta Metod, B. 3, Ankara 1978.
- İLERİ, S. N. : Yasaların Çatışması (İhtilâfı Kavanin), İstanbul 1934.
- KARAFAKİH, İ. H. : Hukuk Muhakemesi Usulü Esasları, Ankara 1952.
- KEGEL, G. : Internationales Privatrecht, Ein Studienbuch, 4. Neubearb, Aufl., München 1977.
- KUNZ, K. H. : Internationales Privatrecht, Studienreihe, Wahlfach, Bänd. 8, Köln 1981.
- KURU, B. : Hukuk Muhakemeleri Usulü, B. 3, Ankara 1974.

- KURU, B. : Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, B. 4, Ankara 1980.
- KURU, B. : Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. IV, B. 4, Ankara 1984.
- KURU, B. : Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. V, *I, II, III IVncü Ciltlere Ek Kitap* İstanbul 1986.
- KURU, B.-ARSLAN, R.-YILMAZ, E. : Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 1986.
- MARDİN, E. : Hukuku Medeniye Dersleri, C. I, Cüz I, Umumi Zabıtlar, İstanbul 1928.
- MAURZ, J.-(Çev. KORAL, R.-ÇOBANOĞLU, R.) : Devletler Hususî Hukukuna Ait Bazı Meseleler, İstanbul 1948.
- MERAY, S. L. : Devletler Hukukuna Giriş, C. I, B. 3, Ankara 1968.
- METYA, N. : Devletler Hususî Hukuku Ders Notları, Ankara 1939.
- OMER, E. : Devletler Hususî Hukuku, Teori-Uygulama-Milletlerarası Usul Hukuku, B. 2, İstanbul 1982.
- OMER, E. : Devletler Hususî Hukuku, Genel Esaslar-Uygulama-Milletlerarası Usul Hukuku-Yabancı Kararların Tanınması ve Tenfizi B. 5, İstanbul 1988.
- ÖNEN, E. : Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979.
- ÖZBUDUN, E. : Türk Anayasa Hukuku, Ankara 1986.
- POSTACIOĞLU, İ. : Medeni Usul Hukuku Dersleri, B. 6, İstanbul 1975.
- RAAPE, L. : Internationales Privatrecht, 5. Aufl., Frankfurt 1961.
- SEVİĞ, M. R. : Devletler Hususî Hukuku, C. I, B. 2, İstanbul 1947.
- SEVİĞ, M. R. : Türkiye Cumhuriyeti Kanunlar İhtilâfı Kaidelerinin Sentezi, İstanbul 1941.
- SEVİĞ, M. R. : Devletler Hususî Hukuku, Giriş, Vatandaşlı ve Yabancılar Hukuku, İstanbul 1983.
- SEVİĞ, M. R.-SEVİĞ, V. R. : Devletler Hususî Hukuku, B. 3, İstanbul 1962.

- SEVİĞ, V.R. : Kanunlar İhtilâfı (Yasama ve Yargılama Çatışmaları), B. 2, İstanbul 1974.
- SEVİĞ, V.R. - NÖMER, E. }
TEKİNALP, G. - SAKMAR, A. }
- TEKİNALP, G. : Devletler Hüsusi Hukuku Pratik Çalışmaları, İstanbul 1976.
- TEZİÇ, E. : Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları B. 3, İstanbul 1986.
- TUNAYA, T.Z. : Anayasa Hukuku, B. 1, İstanbul 1986.
- ULUOCAK, N. : Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku, B. 4, İstanbul 1980.
- UMAR, B. : Kanunlar İhtilâfı (Yasama Yetkisi Kuralları), İstanbul 1971.
- ÜSTÜNDAĞ, S. : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Mevaz Neuchâtel Kantonundaki Tatbikatı, İstanbul 1967.
- ÜSTÜNDAĞ, S. : Medeni Yargılama Hukuku, C. I, "Yargılama Safhası", B. 2, İstanbul 1977.
- ÜSTÜNDAĞ, S. : Medeni Yargılama Hukuku, C. I, B. 2, "Kanun Yolları ve Tahkim" İstanbul 1977.
- ÜSTÜNDAĞ, S. : Medeni Yargılama Hukuku, C. I, "Yargılama Safhası", B. 3, İstanbul 1984.
- ÜSTÜNDAĞ, S. : Medeni Yargılama Hukuku, C. II, "Kanun Yolları ve Tahkim", B. 3, İstanbul 1984.
- WOLFF, M. : Internationales Privatrecht, Berlin 1933.
- YAZICI ATASOY : Şahıs, Aile ve Miras Hukuku ile İlgili Yargıtay Tatbikatı, (1952-1970), Ankara 1970.
- YÖRÜK, A.K. : Nazari ve Amelî Devletler Hüsusi Hukuku, Kanunlar İhtilâfı Nazariyeleri ve Esasları, Tegrî Selâhiyet İhtilâfları, B. 2, İstanbul 1950.

II. MONOĞRAFİLER VE TEZLER

- ALANGOYA, Y. : Medeni Usul Hukukumuzda Vakıalar ve Delillerin Toplanmasına Dair İlkeler, İstanbul 1979.

- FİŞEK, H. : Gayri Sahih Nesepten Doğan Kanun İntilâfları, (Tez) İstanbul 1954.
- GÖGER, E. : Devletler Hususî Hukukunda Çağdaş Akımlar, Ankara 1970.
- NOMER, E. : Davada Yabancı Kanun, İstanbul 1972.
- NOMER, E. : Devletler Hususî Hukukunda Nöfaka (Tez), İstanbul 1967.
- ÖKGÜN, G. : Devletler Hususî Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, Ankara 1967.
- SAKMAR, A. : Devletler Hususî Hukukunda Boşanma (Tez) İstanbul 1978.
- SAYMAN, Y. : Türk Devletler Hususî Hukukunda Evlenmenin Kuruluşu, (Tez), İstanbul 1982.
- SEÇKİN, A.R. : Yargıtay, Tarihçesi, Kuruluş ve İşleyişi, Ankara 1967.
- SİVRİHİSARLI, Ö. : Hukuk Yargılamasında Maddî Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı (Tez), İstanbul 1978.
- UNAT, İ. : Nottebohm Kararı ve Tabiiyetin Gerçekliği İlkesi, Ankara 1966.
- UMAR, B. : Hususî Hukukta İspat Yükü, İstanbul 1968.
- UMAR, B.-YILMAZ, E. : İspat Yükü, B.2, İstanbul 1982.
- YILMAZ, E. : Sadelleştirilmiş Metinleriyle HUMK ve İlgili Mevzuat, Ankara 1975/1976.

III. M A K A L E L E R

- BELBEZ, H. : "Devletler Hususî Hukukunda Mâdenî Haklardan İstifade Ehliyeti", AÜHF, 1949, C.II, S.1, s.70-79.
- BİLGE, N. : "Üst Mahkemeler" Ord. Prof. S. Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1964, s.61-89.
- ÇELİKEL, A. : "Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Müktesep Haklar Nazariyesi", İÜHF, 1963, C.XXIX, S.1-2, S.240-260.
- ÇELİKEL, A. : "Türk Milletlerarası Özel Hukukun'da "Atıf" Prensiplerinin Uygulanması", MHB, 1983, Yıl 3, S.2, s.1-4.

- ERTEM, A. T. : "Beyyine", AD, 1948, Yıl. 39, S. 6, s. 741-750.
- GÖGER, E. : "Devletler Hususî Hukukunun Mahiyeti" AÜHFD, 1970, S. 3-4, s. 173-192.
- GÖGER, E. : "Kanunlar İhtilâfını Etkileyen Kuramsal Akımlar", Prof. Osman F. Berki'ye Armağan, Ankara 1977, S. 397-413.
- GÜRDOĞAN, B. : "Temyiz Mahkemesinin Kontrolü Bakımından Vakıa ve Hukuk", SBFD, 1956, C. XI, S. 3, S. 258-285.
- KAHN, F. (Çev. BELBEZ, H.) : "Kanunlar İhtilâfı", AÜHFD, 1952, S. 1-2, s. 347-451
- KARAYALÇIN, Y. : "Devletler Hususî Hukukunda Atıf" AD. 1945, Yıl 36, S. 10, s. 1020-1051.
- MAURY, J. (Çev. KORAL, R.) : "Devletler Hususî Hukuku ve Muhtevası", İÜHFM, 1947, C. XIII, S. 4, s. 1387-1398.
- METİA, N. : "Kanun İhtilâflarında Hâkimlerin Vazifeleri", (Konferans), Ankara 1936, S. 3-10.
- NOMER, E. : "Devletler Hususî Hukukunda Ünmesele", İÜHFM, 1962, C. XXVII, S. 1-4, s. 340-357.
- NOMER, E. : "Anayasa ve Yabancı Kanun", Prof. Osman F. Berki'ye Armağan, Ankara 1977, s. 549-565.
- OLGAC, S. : "Adaletin Gerçekleştirilmesinde Hâkimlerin Ödevleri ve Kanunların Yorumlanması ve İctihatların Belli Edilmesinde Yargıtay'ın Görevleri" Yargıtay 100. Yıl Dönümü Armağanı, İstanbul 1968, S. 101-113.
- ÖKTEM, İ. : "Üst Mahkeme-İstinaf", Ord. Prof. S. S. Anşay'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1964, S. 91-103.
- PİLLET, A. (Çev. FİŞEK, H.) : "Kara Avrupası Hukukunda Kanunlar İhtilâfı Nazariyesi", AÜHFD, 1950, C. VII, S. 1-2, s. 250-281.
- RAAPE, L. (Çev. BELBEZ, H.) : "Alman Devletler Hususî Hukuku", AÜHFD, 1951, C. VIII, S. 1-2, s. 549-574.
- SEVİĞ, M. R. : "Devletler Hususî Hukukunun Mahiyeti", Cemil Birsal'e Armağan, İstanbul 1939, S. 439-458.
- SEVİĞ, V. R. : "Türkiye'nin Devletler Özel Hukuku Sisteminde Müktesep Haklar Nazariyesi ve Tatbik Şartları" İÜHFM, 1962, C. XXVIII, S. 1, s. 100-132.

- SEVİĞ, V.R. : "Yabancı Kanun Hakkında Yargıtay Denetimi",
Yargıtay 100.Yıl Dönümü Armağanı,
İstanbul 1968, S.223-246.
- SEVİĞ, V.R. : Kanunlar İhtilâfının Türkiye Cumhuriyetindeki
Gelişmesi, İÜHF 50.Yıl Armağanı,
İstanbul 1973, s.463-494.
- SEVİĞ, V.R. : "Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku
Hakkında Kanun ve Atıf, Önsöz, Niteleme
Sorunları Açısından Hakkın Korunması Amacı",
MHB, 1982, Yıl 2, S.1, s.14-16.
- TEKİNALP, G. : "Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve
Milletlerarası Usul Hukuku Tasarısı", İÜHF, 1978, C. XLIV, S.1-4, s.91-121.
- TEKİNALP, G. : "Akdi İlişkide Uygulanacak Hukukun
M.24 ve Zimni Hukuk Seçimi", MHB, 1985,
Yıl 5, S.1, s.28-31.
- TİMUR, H. : Devletler Hususî Hukukunda Anne İntizamı,
İÜHF, 1941, C. VII, s.866-905.
- TULUAY, M. : "Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku
Hakkında Kanun Üzerine Düşünceler",
MHB, 1982, Yıl 2, S.1, s.22-30.
- ÜSTÜNDAĞ, S. : "Temyizin Nakzından Sonraki Hukuki Durum",
İÜHF, 1962, C. XXVIII, S.1, s.133-192.
- ÜSTÜNDAĞ, S. : "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Tadil
Tasarısı Hakkında Düşünceler", İÜHF,
1967, C. XXXIII, S.1-2, s.141-142.
- YAVUZ, N. : "Aqlî İspat", AD, 1977, Yıl 68, S.5-6, s.381-389.
- YILMAZ, O. : "Hukukun Vakıya Uygulanması", Dr. A. Recai
Seçkin'e Armağan, Ankara 1974, s.895-917

IV. DERGİLER

Adalet Dergisi.

Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi.

Anayasa Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.

İlmi ve Kanunî İhtihatlar Dergisi.

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.

Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni.

Milli Güvenlik Konseyi Tutanak Dergisi.

Resmi Kararlar Dergisi.

Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi.

Yargıtay Kararlar Dergisi.

V-D İ Ğ E R M E T İ N L E R

1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Başlığının ve Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi, Bazı Maddelerinin Kaldırılması, Bu Kanuna Bazı Madde ve Fıkralar Eklenmesi Hakkındaki Kanun Tasarısı, T.C.Beşbakanlık Kanunlar ve Kararlar Tetkik Dairesi, Sayı 71-494/7629, 29.11.1967.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı, Madde Gerekçeleri, Tasarının Danışma Meclisinde Kabul Olunan Metni ve Milli Güvenlik Konseyi Adalet Komisyonu Raporu (Danışma Meclisi 1/5; Milli Güvenlik Konseyi 1/367), Milli Güvenlik Konseyi S.Sayısı= 408.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanunu Öntasarısı Sempozyumu, 22-24 Kasım 1976, İstanbul 1978.

Resmi Gazete.

Resmi Ceride.

Türk Hukuk Liigatı, Ankara 1956.