

T.C.
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK DOKTORA PROGRAMI

HUKUKİ İŞLEMLERİN ŞEKLİNE
UYGULANACAK HUKUK

Doktora Tezi

BEGÜM SÜZEN

Tez Danışmanı: DOÇ. DR. BURAK HUYSAL

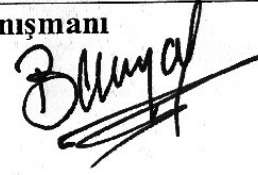
İSTANBUL, 2019

11.16.2019

Beşim...Süzen..... tarafından hazırlanan *Hukuki İşlemlerin Şehitlikte Uygulanması* başlıklı bu çalışma, tez savunma sınavı sonucunda jürimiz tarafından başarılı bulunarak **DOKTORA TEZİ** olarak kabul edilmiştir.

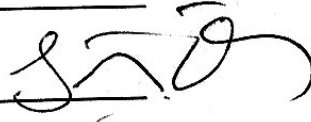
Doç Dr Barış Hüysal

Tez Danışmanı

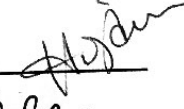


Komite Üyeleri

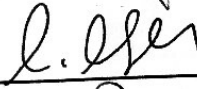
Prof Dr. Sibel Örel



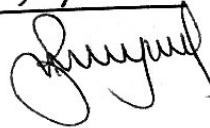
Prof. Dr. Hatice Kocayakar



Doç. Dr. Emre Eser



Prof. Dr. K.Emre Gökuyayla



Program Koordinatörü

..... Enstitüsü Müdürü

ÖZET

HUKUKİ İŞLEMLERİN ŞEKLİNE UYGULANACAK HUKUK

Begüm Şermet Süzen

Özel Hukuk Doktora Programı

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Burak Huysal

Haziran 2019, 304 sayfa

Bir iradeyi dışa vurmak üzere kullanılan kalıp veya araçlara şekil denir. Her hukuk düzeninde çeşitli hukuki işlemler bakımından farklı şekil kuralları öngörülmektedir. Örneğin, bir hukuk düzeninde belirli bir hukuki işlem bakımından şekil serbestisi öngörülürken diğer bir hukuk düzeninde aynı işlem için yazılı şekil, başka bir sistemde ise resmi şekil kuralı öngörülebilmektedir. Bu gibi durumlarda, birden çok hukuk düzeniyle ilişki içinde bulunan hukuki işlemler bakımından hangi şekil kurallarına uyulması gerektiği sorusu karşımıza çıkmaktadır.

Yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda uyuşmazlığın bağlantılı olduğu hukuk düzenlerinden hangisinin maddi hukuk kurallarının esas alınacağı meselesi kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca çözümlenmektedir. Türk kanunlar ihtilafı hukukunda, yabancı unsurlu hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuk konusunda, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 7. maddesinde bir hüküm yer almaktadır. Söz konusu hüküm gereği, hukuki işlemler, yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukuki işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddi hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilmektedir.

Çalışmamızın birinci bölümünde, şekil kavramının ne anlama geldiği, şeklin amacı, kapsamı, çeşitleri ile şekle aykırılığın sonuçları, karşılaştırmalı hukuk örneklerinden de faydalanılarak incelenmiştir. Bu inceleme kapsamında, karşılaştırmalı hukuk örneklerinde Türk hukukundan farklılaşan noktalar tespit edilmeye çalışılmıştır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuku belirleyen genel kanunlar ihtilafı kuralının uygulama alanı ve bu kuralın uygulanmasına ilişkin esaslar ele alınmıştır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde, hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuku belirleyen genel kanunlar ihtilafı kuralının kapsamı dışında kalan haller incelenmiştir. Bu çerçevede, evlenme, kambiyo senetleri, taşınmazların aynına ilişkin hukuki işlemler, tüketici sözleşmeleri ve ölüme bağlı tasarrufların şekli ile ilgili özel düzenlemeler ele alınmış ve usul hukuku işlemlerinin şekli irdelenmiştir. Son olarak, şekle uygulanacak hukuku belirleyen bağlama kuralı, kanunlar ihtilafı hukukunun genel esasları çerçevesinde değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Hukuki İşlemlerde Şekil, Şeklin Türleri, Şekle Aykırılık, Kanunlar İhtilafı Kuralları, Şekle Uygulanacak Hukuk.



ABSTRACT

LAW APPLICABLE TO FORM OF LEGAL ACTS

Begüm Şermet Süzen

Name of the Program

Thesis Supervisor: Associate Professor Burak Huysal

June 2019, 304 pages

Tools and ways used to express a will are called “form”. Different rules are envisaged for different legal acts in various legal systems. For example, in one legal system, freedom of form can be envisaged in terms of a certain legal act, while in another, written form can be envisaged for the same act and in another system, formal form can be regulated. In such cases, the question arises as to which form rules should be followed in respect of legal acts related with multiple legal systems.

In case of disputes involving foreign legal elements, the matter of which of the legal substantive law rules shall be applied, rules shall be resolved in accordance with the rules of conflict of laws. There is a provision, in Turkish Law, in article 7 of the Law No. 5718 on International Private and Procedural Law regarding the law to be applied to the form of legal transactions concerning foreign elements. Pursuant to the provision in question, legal acts may be concluded in accordance with the provisions of the substantive law of the country in which they are concluded or of the competent law for the substance of that legal act.

In the first part of our study, the meaning of form, the purpose, scope, types of the form and the results of the contradiction are examined by using comparative law examples. Within the scope of this study, the points differing from the Turkish law in the comparative law examples are determined.

In the second part of our study, the application area of the rules of conflict of laws which determines the law to be applied to the form of legal transactions and the principles regarding the application of those rules are discussed.

In the third part of our study, the cases that fall outside the scope of general rules of conflict of laws which determine the law to be applied to the form of legal transactions are examined. In this framework, special arrangements regarding the form of marriage, foreign exchange bills, legal transactions relating to the immovable property, consumer contracts and death-related dispositions are discussed and the form of procedural law transactions are examined. Finally, the rule, which determines the law to be applied to the form, is evaluated within the framework of the general principles of conflict of law.

Keywords: Form in Legal Acts, Types of Form, Contradiction to Form, Rules of Conflict of Laws, Law Applicable to Form.

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	vi
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM: TÜRK MADDİ HUKUKUNDA VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ŞEKİL

I. Şekil Kavramı.....	4
A. Genel Olarak Şekil Kavramı ve Amacı	4
B. Şeklin Yararları ve Sakıncaları.....	7
II. Şeklin Çeşitleri.....	11
A. Şekil Zorunluluğunun Kaynağı Açısından: Kanuni Şekil-İradi Şekil	11
B. Şeklin Fonksiyonu Açısından	14
1. Geçerlilik Şekli.....	14
2. İspat Şekli.....	16
a. Genel Olarak.....	16
b. İspat Şekli ile Geçerlilik Şekli Arasındaki Farklar.....	18
c. İspat Şekli Olarak Belge Kavramı	20
d. İspat Şekli Olarak Senet Kavramı.....	22
e. Delil Başlangıcı.....	24
C. Kullanılan Vasıta Açısından.....	26
1. Sözlü Şekil	26
2. Yazılı Şekil	27
a. Adi Yazılı Şekil	27
aa. Metin.....	28
bb. İmza	29
aaa. İmzaya İlişkin Genel Açıklamalar	29
bbb. İmza Konusunda Özellik Arz Eden Hususlar.....	34
b. Nitelikli Yazılı Şekil	39
3. Resmi Şekil.....	40
4. Resmi Sicillere Tescil ve İlan.....	44
III. Şeklin Kapsamı	46
IV. Şekle Aykırılığın Sonuçları	51
A. Şekle Aykırılığın Yaptırımına İlişkin Görüşler.....	51
1. Kesin Hükümsüzlük (Butlan) Görüşü.....	51
a. Genel Olarak.....	51

b. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası.....	53
2. Kendine Özgü (Sui Generis) Hükümsüzlük Görüşü.....	57
3. Yokluk Görüşü	59
4. İptal Edilebilir Olma Görüşü	59
B. Tahvil	60

İKİNCİ BÖLÜM: HUKUKİ İŞLEMLERİN ŞEKLİNE UYGULANACAK HUKUKU BELİRLEYEN GENEL KANUNLAR İHTİLAFI KURALI VE KURALIN UYGULANMASI

I. Tarihsel Gelişim	62
A. Karşılaştırmalı Hukukta.....	62
B. Türk Hukukunda	66
II. Vasıflandırma ve Kapsam	68
A. Hukuki İşlemlerin Şekli Konusunda Vasıflandırma.....	68
1. Kuralın Şekil ya da Esasa İlişkin Olması.....	69
2. Hukuki İşlemin Geçerliliği İçin Mahkeme Kararına İhtiyaç Duyulması	71
3. Kuralın Maddi Hukuk ya da Usul Hukuku Bakımından Sonuç Doğurması ...	74
B. Şekilde Vasıflandırma İhtilafı.....	75
C. Şekle İlişkin Kanunlar İhtilafı Kuralının Kapsamı	79
III. <i>Locus Regit Actum</i> (LRA) Kuralı	83
A. Kavram.....	83
B. <i>LRA</i> Kuralının Alternatif Niteliği	84
1. Genel Olarak.....	84
2. Alternatif Niteliğin Sonuçları.....	88
C. <i>LRA</i> Kuralının Uygulanması.....	91
1. Tek Taraflı Hukuki İşlemler Bakımından	91
2. İki Taraflı Hukuki İşlemler Bakımından.....	93
a. Genel Olarak.....	93
b. Aynı Ülkede Bulunan Kişiler Arasında Akdedilen Sözleşmeler.....	94
c. Farklı Ülkelerde Bulunan Kişiler Arasında Akdedilen Sözleşmeler	98
IV. <i>Lex Causae</i> Kuralı	106
A. Kavram.....	106
B. <i>Lex Causae</i> Kuralının Uygulanması	108
1. Sözleşmeler.....	108
a. Sübjektif Bağlama Kuralı – Hukuk Seçimi	109

aa. Hukuk Seçimi ve Şekle İlişkin Kanunlar İhtilafı Kuralının Alternatif Niteliği	110
bb. Kısmi Hukuk Seçimi ve Şekle Uygulanacak Hukuk.....	115
cc. Sözleşmenin Kurulmasından Sonra Yapılan Hukuk Seçimi ve Sözleşmenin Şekli Geçerliliği.....	118
dd. Hukuk Seçiminin Şekli	123
b. Objektif Bağlama Kuralı.....	127
2. Temsil	128
a. Genel Olarak.....	128
b. Temsil Yetkisi Verilmesinde <i>Lex Causae</i> Kuralı.....	130
c. Temsil Yetkisi Verilmesi İşleminin Şekli ile Esas Sözleşmesinin Şekli Arasındaki Bağlantı	132
3. Aynı Haklar	136
4. Aile Hukuku.....	137
a. Mal Rejimi	137
b. Evlat Edinme	140
c. Soybağı.....	145

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: HUKUKİ İŞLEMLERİN ŞEKLİNE UYGULANACAK HUKUKA İLİŞKİN ÖZEL DÜZENLEMELER

I. Alternatif Nitelikli Kuralın İstisnaları.....	148
A. <i>LRA</i> Kuralının Zorunlu Olarak Uygulanacağı Haller.....	148
1. Evlenme	148
a. Evlenmenin Şekline İlişkin Bağlama Kuralı.....	148
aa. Evlenmenin Şekline İlişkin Bağlama Kuralının Kapsamı.....	148
bb. Evlenmenin Şekline İlişkin Bağlama Kuralının Uygulanması	152
cc. Evlenmenin Şekli Konusunda Atfın Uygulanması	156
dd. Şekle Aykırılığın Sonuçları	161
b. Konsolosluk Evlenmeleri.....	162
aa. Genel Olarak.....	162
bb. Konsolosluk Evlenmelerinin Geçerlilik Şartları.....	164
aaa. Yetki Şartı	164
bbb. Konsolosluk Evlenmesinin Şekline Uygulanacak Hukuk	169
ccc. Evlenmenin Taraflarına İlişkin Şartlar	169
cc. Geçerlilik Şartlarına Uymamanın Sonuçları	172
2. Kambiyo Senetleri	175

a. Kambiyo Senetlerinin Şekline İlişkin Genel Kural.....	175
b. Tamamlayıcı Kurallar	180
B. <i>Lex Causae</i> Kuralının Zorunlu Olarak Uygulanacağı Haller	184
1. Taşınmazlara İlişkin Hukuki İşlemler	185
a. Genel Olarak.....	185
b. Taşınmazlara İlişkin Hukuki İşlemlerin Şekli Konusunda <i>LRS</i> 'nin Mutlak Olarak Uygulanması	188
aa. Karşılaştırmalı Hukukta.....	188
bb. Türk Hukukunda.....	190
aaa. Taşınmazların Aynına İlişkin Sözleşmelerin Şekline Uygulanacak Hukuk.....	191
bbb. Taşınmazların Kullanımına İlişkin Sözleşmelerin Şekline Uygulanacak Hukuk	193
cc. Değerlendirme	194
2. Tüketici Sözleşmeleri	202
a. Genel olarak.....	202
b. Karşılaştırmalı Hukukta Yer Alan Düzenlemeler	203
c. Türk Hukukunda Yer Alan Düzenlemeler	206
3. <i>Lex Causae</i>'nin Resmi Şekil Şartı Öngördüğü Haller	209
C. <i>LRA</i> ve <i>Lex Causae</i> Kurallarına İlaveten Bağlama Kuralı Öngörülen Haller	212
1. Miras Sözleşmeleri	212
2. Vasiyetnameler	216
D. <i>Lex Fori</i>'nin Uygulanması Gereken Haller.....	223
1. Genel olarak.....	223
2. İspat Şekline Uygulanacak Hukuk	225
a. Türk Doktrinindeki Görüşler	225
b. Karşılaştırmalı Hukukta Yer Alan Düzenlemeler	230
c. Değerlendirme.....	232
II. Kanunlar İhtilafı Hukukunun Genel Esasları Çerçevesinde Şekle Uygulanacak Hukuku Belirleyen Kuralın Uygulanması Konusunda Özellik Arz Eden Durumlar	234
A. Atıf	234
B. Kamu Düzeni.....	238
C. Doğrudan Uygulanan Kurallar	241
1. Genel Olarak.....	241
a. <i>Lex Fori</i> 'nin Doğrudan Uygulanan Kuralları	241
b. <i>Lex Causae</i> 'nin Doğrudan Uygulanan Kuralları	243
c. Üçüncü Bir Ülkenin Doğrudan Uygulanan Kuralları.....	245

2. Doğrudan Uygulanan Kural Niteliği Taşıyan Şekil Kuralları.....	249
a. Aleniyet Şekilleri	249
aa. Genel Olarak.....	249
bb. Ticaret Siciline İlişkin Tescil İşlemleri.....	252
cc. Mülkiyeti Saklı Tutma Sözleşmeleri ve Tescil	256
dd. Finansal Kiralama Sözleşmeleri ve Tescil	262
b. Sözleşmenin Taraflarından Birini Korumaya Yönelik Şekil Kuralları.....	266
aa. İş Sözleşmeleri	266
bb. Tüketici Sözleşmeleri.....	271
cc. Kefalet Sözleşmeleri.....	276
D. Kanuna Karşı Hile.....	280
E. Zaman Bakımından Uygulama	284
1. Statü Değişikliği.....	284
2. Uygulanacak Yabancı Hukukun Değişmesi.....	287
SONUÇ.....	289
KAYNAKÇA	302

KISALTMALAR

Alm.:	Alman
Art.:	Article
ATF:	Arret du Tribunal Fédéral Suisse
AÜHFD:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER:	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BK:	Borçlar Kanunu
bkz.:	Bakınız
C. Prop. Intell.:	Code de Propriété Intellectuelle
C. Trav.:	Code de Travail
Cass. 1er Civ.:	Cour de Cassation Cahmbre Civile 1
Cas. Comm.:	Cour de Cassation Chambre Commerciale
Cass. Req.:	Chambre Requetes de la Cour de Cassation
CPC:	Code de Procedure Civil
dn.:	Dipnot
E.:	Esas
Ed.:	Editeur
EÜHFD:	Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
FFFK:	Finansal Kiralama Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu
Fr.:	Fransız
EİK:	Elektronik İmza Kanunu
GAJFDIP:	Grands Arrets de la Jurisprudence Française de Droit International Privé
HD.:	Hukuk Dairesi
HGK:	Hukuk Genel Kurulu
HMK:	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK:	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD:	İstanbul Barosu Dergisi
İsv.:	İsviçre
İÜHFM:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JDI:	Journal Droit International
K.:	Karar

LRA:	Locus Regit Actum
m.:	Madde
MHB:	Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel hukuk Bülteni
MK:	Medeni Kanun
MÜHF-HAD:	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
MÖHUK:	Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MÖHK:	Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu
N.:	Paragraf Numarası
Rev. Crit. DIP:	Revue Critique de Droit International Privé
RG.:	Resmi Gazete
s.:	Sayfa
S.:	Sayı
TAAD:	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB:	Türkiye Barolar Birliği
TBK:	Türk Borçlar Kanunu
TKHK:	Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK:	Türk Medeni Kanunu
TTK:	Türk Ticaret Kanunu
Y.:	Yargıtay
YİBGK:	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
YÜHFD:	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

GİRİŞ

Şekil, bir iradeyi dışa vurmak üzere kullanılan kalıp veya araç olarak tanımlanır. İradenin dışa yansıyabilmesi için bazı kalıplara başvurulması zorunlu olduğundan, şekilsiz bir irade beyanından bahsedilemez. Bir hukuki işlemin belirli bir şekilde yapılması zorunlu ise, şekle bağlı işlem; tarafların hukuki işlemi diledikleri şekilde yapabilmeleri durumunda ise, şekil serbestisi söz konusudur. Borçlar hukuku alanında, şekil serbestisi genel prensip olmakla beraber, bazı durumlarda, kanunda, hukuki işlemin taraflarının ya da işlemin tarafları dışındaki üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması amacıyla, işlemin geçerli olabilmesi için belirli bir şekilde yapılması zorunluluğu öngörülür. Aile hukuku ile miras hukukuna ilişkin işlemlerde ise, genel olarak şekle bağlılığın söz konusu olduğu görülmektedir.

Milli hukuk düzenlemeleri, hukuki işlemlerin şekli konusunda farklı hükümler ihtiva etmektedir. Bu farklılık, hukuki işlem için öngörülen şekil kuralının içeriği, şekil kurallarına ilişkin genel esaslar, şekle aykırılığın sonuçları ya da şekil kuralının yerine getirilme biçiminden kaynaklanabilir. Örneğin, Türk hukukunda resmi vasiyetname şeklinde düzenlenmesi öngörülen miras sözleşmeleri için adi yazılı şekli yeterli kabul eden hukuk sistemleri mevcuttur. Diğer taraftan, kanunda şekle bağlanmamış bir sözleşmenin belirli bir şekilde yapılmasının taraflarca kararlaştırıldığı hallerde, tarafların geçerlilik şekli istediklerine ilişkin Türk hukukundaki karineye bazı milli hukuklarda yer verilmemektedir. Bunun dışında, Türk borçlar hukukunda şekle aykırılığın yaptırımını konusunda farklı görüşler ileri sürülmekle birlikte, şekil kuralının gerek özel gerekse genel koruma amacı taşıdığı hallerde aynı yaptırımın uygulanması gerektiği kabul edilirken, bu ayrım çerçevesinde şekle aykırılığa farklı sonuçlar bağlayan hukuk sistemlerine rastlanmaktadır.

Milli hukuk düzenlemeleri arasındaki bu farklılıklar, birden çok hukuk düzeniyle irtibatlı olan hukuki işlemlerin şekline ilişkin uyumsuzluklarda, hangi hukukun uygulanacağı meselesinin önemini ortaya koymaktadır. Yabancılık unsuru taşıyan uyumsuzluklarda, uyumsuzluğun bağlantılı olduğu hukuk düzenlerinden hangisinin esas alınacağı meselesi, kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca çözümlenmektedir. Yabancılık unsuru taşıyan hukuki ilişkilerin gittikçe daha çok gündeme geldiği günümüzde, taraflar arasında yapılacak hukuki işlemin geçerli olması ve taraflar bakımından hukuki sonuç doğurması bakımından söz konusu işlemin hangi ülke hukukuna uygun şekilde yapılacağı meselesi büyük bir önem taşır.

Hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuk konusunda kabul edilen en eski bağlama kuralı, işlem yeri hukukunu yetkili kılan ve Latince "*locus regit actum*" (*LRA*) olarak ifade edilen kuraldır. Bu kuralın mutlak olarak uygulanmasının bazı hallerde mümkün

olmaması, bazı hallerde hukuki işlemin mahiyetine uygun düşmemesi nedeniyle, söz konusu kuralın işlemin esasına uygulanacak hukuka alternatif olarak yetkili olması kabul edilmiştir. Türk kanunlar ihtilafı hukukunda, yabancı unsurlu hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuk konusunda, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un (MÖHUK) 7. maddesinde genel nitelikte bir hüküm yer almaktadır. Söz konusu hüküm gereği, hukuki işlemler, yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukuki işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddi hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilecektir. MÖHUK m. 7 hükmü, kanunda hukuki işlemlerin şekli konusunda özel bir kanunlar ihtilafı kuralının mevcut olmadığı hallerde uygulama alanı bulacaktır.

Hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuku belirleyen kanunlar ihtilafı kurallarına ilişkin esaslara yer vermeden önce maddi hukuk anlamında şekil kavramının içeriğinin tespiti gerekir. Bu çerçevede çalışmamızın birinci bölümünde, şekil kavramının ne anlama geldiği, şeklin amacı, kapsamı, çeşitleri ile şekle aykırılığın sonuçları, karşılaştırmalı hukuk örneklerinden de faydalanılarak incelenecektir. Bu inceleme kapsamında, karşılaştırmalı hukuk örneklerinde Türk hukukundan farklılaşan noktalar tespit edilmeye çalışılacaktır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuku belirleyen genel kanunlar ihtilafı kuralının uygulama alanı ve bu kuralın uygulanmasına ilişkin esaslar ele alınacaktır. Alternatif nitelikli kuralın uygulama alanı tespit edilirken, öncelikle hangi konuların şekle dahil olduğuna ilişkin bir vasıflandırma yapılması gerekir. Bu çerçevede, şekil konusunda vasıflandırma bakımından özellik arz eden hususlar sırasıyla ele alındıktan sonra, vasıflandırma ihtilafının varlığı durumunda bu ihtilafın hangi hukuka göre çözümleneceği meselesi incelenecektir.

Şekle dahil konuların tespitinin akabinde, MÖHUK m. 7 hükmünün kapsamı belirlenecektir. Bunun sonrasında, *LRA* kuralının uygulanmasına ilişkin esaslar ele alınacaktır. MÖHUK m. 7 hükmünde, işlem yeri hukukunun tespitine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş olması, farklı ülkelerde bulunan kişiler arasında akdedilen sözleşmelerde işlem yerinin nasıl belirleneceği sorusunu gündeme getirmektedir. Karşılaştırmalı hukuk örneklerinden faydalanılarak bu sorunun çözümüne ışık tutulmaya çalışılacaktır.

İşlemin esasına uygulanacak hukukun, işlem yeri hukukuna alternatif olarak yetkili olması, MÖHUK m. 7 hükmünün kapsamına dahil hukuki işlemler bakımından esasa uygulanacak hukukun tespitini gerekli kılar. Söz konusu hükmün kapsamına dahil meseleler, tüketici ve taşınmaz aynına ilişkin olanlar haricindeki sözleşmeler ile temsil yetkisi verilmesi işleminin şekli, tüketici sözleşmeleri istisna olmak kaydıyla kanunda hukuk seçimine imkân tanınan hallerde hukuk seçimi anlaşmasının şekli, taşınırlar üzerindeki aynı haklara ilişkin

işlemlerin şekli, mal rejimi sözleşmelerinin şekli, evlat edinmede şekil problemleri, soy bağı kuran yöntemlerin gerçekleştirilme biçimidir. Esasa uygulanacak hukukun şekil konusunda yetkili olması, taraflara hukuk seçimi imkânı tanınan haller başta olmak üzere, bazı soruların gündeme gelmesine neden olur. Her bir konu bakımından, esasa uygulanacak hukuk, şekil konusunda özellik arz ettiği ölçüde sırasıyla ele alınacaktır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde, hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuku belirleyen genel kanunlar ihtilafı kuralının kapsamı dışında kalan haller incelenecektir. Kanunda şekle uygulanacak hukuku belirleyen özel bir düzenlemenin varlığı halinde, MÖHUK m. 7 uygulama alanı bulmaz. Bu çerçevede, evlenme, kambiyo senetleri, taşınmazların aynına ilişkin hukuki işlemler, tüketici sözleşmeleri ve ölüme bağlı tasarruflarla ilgili şekil problemleri bakımından, kanunda ya da Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerde öngörülen özel kanunlar ihtilafı kuralları uygulanır.

Kanunda özel olarak düzenlenmemekle beraber, usul hukuku işlemlerinin şeklinin, usul hukukuna hâkim olan "*lex fori* prensibi" dolayısıyla, MÖHUK m. 7'nin kapsamı dışında kaldığı ve Türk hukukuna tabi olduğu kabul edilmektedir. Şekle ilişkin özel kanunlar ihtilafı kuralları incelendikten sonra, usul hukuku işlemlerinin şekline Türk hukukunun uygulanması gerekip gerekmediği hususu, özellikle ispat vasıtaları bakımından değerlendirilecektir. Usul hukuku işlemlerinin şekli bakımından, kanunda düzenlenen maddi hukuk kuralları ise, çalışmamızın kapsamı dışında kalmaları nedeniyle inceleme konusu yapılmayacaktır.

Son olarak, şekle uygulanacak hukuku belirleyen genel bağlama kuralı, kanunlar ihtilafı hukukunun genel esasları çerçevesinde değerlendirilecektir. Bu bağlamda, atıf, kamu düzeni, doğrudan uygulanan kurallar, kanuna karşı hile ve zaman bakımından uygulamaya ilişkin genel prensipler ortaya koyulacak ve şekle ilişkin kanunlar ihtilafı kuralının her bir konu bakımından özellik arz ettiği noktalar üzerinde durulacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM: TÜRK MADDİ HUKUKUNDA VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ŞEKİL

I. Şekil Kavramı

A. Genel Olarak Şekil Kavramı ve Amacı

Şekil, bir iradeyi dışa vurmak üzere kullanılan kalıp veya araçtır¹. İradenin, irade beyanı olarak dış dünyaya yansıyabilmesi için söz, yazı, işaret vs. biçiminde çeşitli kalıp veya vasitalara başvurulması zorunludur. Bu vasitalardan her biri şekil olduğu için aslında bütün irade beyanlarında şekil mevcuttur². Diğer bir ifadeyle, şekilsiz bir hukuki işlem meydana getirilemez³.

Genellikle, beyan sahibi, iradesini hangi kalıba başvurarak açıklayacağını belirlemede serbesttir; buna "şekil serbestisi" adı verilir⁴. Buna karşılık, bazı hallerde kanun veya tarafların iradesi gereği, beyan sahibi iradesini dışa vurmak için belirli bir şekle uymak zorundadır; bu durumda "şekle bağlı işlemlerden" söz edilir⁵.

¹ VON TUHR, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt: 1-2, Çeviren Cevat Edege, Yargıtay Yayınları No: 15, 1983, s. 228-229; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. Baskı, Ankara 2018, s. 279; ANTALYA, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: I, İstanbul 2015, s. 449; XOUDIS, Julia, Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-529, Ed. Luc Thevanoz/ Franz Werro, Helbing Lichtenhahn, 2012, s. 81; ALTAŞ, Hüseyin, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998, s. 60; NOMER, N. Fusun, "Borç Sözleşmelerinde Şekil Eksikliğinin Müeyyidesi ve Buna Dayalı Hükümsüzlüğün Dürüstlük Kuralı (MK m. 2/II) Dışındaki Yollardan Giderilmesi", (s. 595-626), Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 595; TUĞ, Adnan, Türk Özel Hukukunda Şekil, 2. Baskı, Konya 1994, s. 3; NASRALLAH, Mourta, La Forme des Actes En Droit International Privé Spécialement Selon le Droit Français, 1952, s. 13; KAVAK, Yalçın, Borçlar Hukukunda Yazılı Şekil, İstanbul 2015, s. 3.

² VON TUHR, s. 229; RIGAUX, François/ FALLON, Marc, Droit International Privé, 3eme Edition, 2005, s. 100; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/ HATEMİ, Hüseyin/ SEROZAN, Rona/ ARPACI, Abdülkadir, Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme Birinci Cilt, 6. Bası, İstanbul 2014, s. 270; EREN, s. 279; OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: I, 16. Bası, İstanbul 2018, s. 138; ALTAŞ, s. 60; TUĞ, s. 3; KAPANCI, K. Berk, "Türk Borçlar Kanunu'nun 14. Maddesinin Öngördüğü Yeni Şekil Düzenlemesinin Getirdikleri", (s. 403-430) MÜHF-HAD, Cilt: 18, Sayı: 1, s. 404.

³ RIGAUX/ FALLON, s. 100; TEKİNAY, S. Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 99; EREN, s. 279; ALTAŞ, s. 60.

⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 270; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 99; EREN, s. 279; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 139; NOMER, Şekil, s. 595; ÇELİKTAŞ, Demet, "Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırılığı İleri Sürmenin Sınırı Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı", (s. 593-639) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: III, Sayı: 1-4, Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı, Ankara 1998, s. 595; KAVAK, s. 17.

⁵ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI s. 270; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 99; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 138; KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Bası, Ankara 2018, s. 153; TERCIER, Pierre/ PICHONNAZ, Pascal/ DEVELİOĞLU, H. Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Bası, İstanbul 2016, s. 208; KURŞAT, Zekeriya, "Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunda Öngörülen Şekil Kuralları ve Şekle Aykırılığın Yaptırımı", Prof. Dr. Zaiht İmre'ye Armağanı, İstanbul 2009, s. 456; TUĞ, s. 28; KAPANCI, s. 404; KAVAK, s. 18.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu⁶ (TBK) m. 12’de, şekil serbestisi ilkesi kabul edilmiştir. Buna göre, sözleşmenin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe hiçbir şekle tabi değildir. Söz konusu hükümde sadece sözleşmeler alanında şekil serbestisinden bahsedilmekle birlikte, hukuki sonuç doğurmaya yönelik her türlü irade beyanı, örneğin kararlar ve tek taraflı hukuki işlemler bakımından da şekil serbestisi olduğu sonucuna kıyas yoluyla ulaşılmalıdır⁷. Sözleşme özgürlüğü ilkesi, tarafların sözleşmeleri için diledikleri şekli kararlaştırma özgürlüğünü de barındırır⁸. Buna göre, taraflar, sözleşmelerini sözlü olarak yapabilecekleri gibi yazılı şekilde ya da resmi şekilde de yapabilirler.

Türk hukukunda şekil serbestisi ilke olarak benimsenmekle birlikte, bu kuralın kanunda açıkça düzenlenen istisnaları bulunmaktadır. Örneğin, taşınmaz bir mala ilişkin satış sözleşmesinin (TBK m. 237/1) ya da bağışlama sözü vermenin (TBK m. 258/2) geçerli olabilmesi için resmi şekilde yapılması gerekmektedir.

İsviçre hukukunda da, şekil serbestisi prensibi benimsenmektedir (BK m. 11)⁹. Kural olarak, sözleşmenin geçerliliği herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Bu kuralın iki istisnası bulunmaktadır: kanunda özel olarak şekil zorunluluğu öngörülen haller ve kanunda öngörülmemekle beraber taraflarca bir şekil zorunluluğunun kararlaştırıldığı haller¹⁰. Tereddüt halinde, şekil zorunluluğu öngören kuralların dar yorumlanması gerekir; şekle ilişkin kuralların uygulama alanının genişletilmesi ya da kanunda öngörülen şekil şartlarının ağırlaştırılması, hukuk ve işlem güvenliğine aykırılık teşkil eder¹¹.

⁶ RG. 4.2.2011, S. 27836.

⁷ EREN, s. 282.

⁸ KILIÇOĞLU, s. 156; ALTAŞ, s. 47; TUĞ, s. 44; GÜNDÜZ, Ş. Deren, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinin Şekli, İstanbul 2015, s. 8.

⁹ İsviçre Borçlar Kanunu için bkz. <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19110009/201401010000/220.pdf>.

¹⁰ XOUDIS, Commentaire Romand, s. 83. İsviçre hukukunda, kanunda şekil zorunluluğunun açıkça öngörülmediği hallerde, hâkimin şekil zorunluluğuna ilişkin kanun hükümlerini kıyas yoluyla uygulayıp uygulayamayacağı konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, bazı isimsiz sözleşmelerin şekli bakımından, bir kanun boşluğu olduğu kabul edilerek hâkimin kıyas yoluyla bir şekil zorunluluğu öngörmesi mümkün olabilir. Ancak, bunun kanun koyucunun korumayı amaçladığı menfaatler göz önünde bulundurularak ihtiyatla yapılması gerekmektedir (bkz. XOUDIS, Commentaire Romand, s. 83). Buna göre, kanunda düzenlenen bazı sözleşmeler için öngörülen şekil kuralları, bu kuralların koruma amacı gerektirdiği ölçüde isimsiz sözleşmeler bakımından da uygulanabilir. Bunun için isimsiz sözleşmenin, kanunda düzenlenen ve şekle tabi bir sözleşmenin karakteristik unsurlarını barındırması gerekmektedir (bkz. XOUDIS, Commentaire Romand, s. 83-84).

¹¹ TERCIER, Pierre/ PICHONNAZ, Pascal, Le Droit des Obligations, 5e edition, Zurich 2012, s. 153; XOUDIS, Commentaire Romand, s. 84.

Türk ve İsviçre hukuklarının yanı sıra, Fransız hukukunda da, şekil serbestisi prensip, şekil zorunluluğu ise istisnadır¹². Kural olarak, taraflar, aralarındaki sözleşmeyi diledikleri şekilde akdedebileceklerdir; buna karşılık, kanun, bazı hallerde sözleşmenin belirli bir şekilde yapılması zorunluluğunu öngörmektedir. Şekle tabi bir işlemin geçerli olabilmesi için öngörülen şekilde yapılması gerekir. Geçerlilik şekline ilişkin kurallar, ispat şeklinden ya da ilan gibi bazı usulü işlemlerden farklıdır¹³. Şekil zorunluluğu, kanunda öngörülebileceği gibi taraflarca da kararlaştırılabilir¹⁴.

Şekil zorunluluğu, sadece kanunla ya da tarafların iradeleriyle öngörülebilir; örf ve âdet hukuku ya da hâkimin yarattığı hukukla şekil zorunluluğunun getirilmesi mümkün değildir¹⁵. Kanunda şekil zorunluluğunun öngörüldüğü haller, genellikle taraflar için ağır yükümlülükler getiren ya da zayıf taraf için ekonomik yıkım oluşturabilen ve gelişigüzel karar verilmemesi gereken sözleşmelerdir¹⁶.

Dar ve teknik anlamda şekil, sadece irade beyanlarını ilgilendirir; irade beyanı dışındaki vakıalar şekil değildir. Örneğin, sözleşme ilişkisi çerçevesinde bir malın karşı tarafa teslimi ya da bir kütüğe yapılan tescil veya ilan gibi işlemler teknik anlamda şekil kavramının dışında kalır¹⁷.

Şeklin amacı, “özel koruma” ve “genel koruma” amacı olmak üzere ikiye ayrılır. Şeklin özel koruma amacı, hukuki işlemin taraflarının menfaatini korumaktır¹⁸. Kefalet sözleşmesi gibi tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, şekil kuralının amacı, sadece borç altına giren kişiyi korumaktır. Buna karşılık, taşınmaz satış sözleşmesi gibi her iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, şekil kuralı, her iki tarafı da korumayı amaçlar¹⁹.

¹² MAZEAUD, Henri et Leon/ MAZEAUD, Jean/ CHABAS, François, Leçons de Droit Civil Tome II/ Premier Volume Obligations Theorie Generale, 9e Edition, 1998, s. 59-60; CARBONNIER, Jean, Droit Civil 4/ Les Obligations, 22e Edition, 2000, s. 179; FAGES, Bertrand, Droit des Obligations, 4e edition, LGDJ, 2013, s. 105; TERRE, François/ SIMLER, Philippe/ LEQUETTE, Yves, Droit Civil Les Obligations, 11e Edition, Dalloz, 2013, s. 155; MALINVAUD, Philippe/ FENOUILLET, Dominique, Droit des Obligations, 12e Edition, LexisNexis 2012, s. 266-267; MALAURIE, Philippe/ AYNES, Laurent/ STOFFEL-MUNCK, Philippe, Droit des Obligations, 7e edition, LGDJ, 2015, s. 273; CHANTEPIE, Gael/ LATINA, Mathias, La Reforme du Droit des Obligations, Commentaire Theorique et Pratique Dans L'Ordre du Code Civil, Dalloz, 2016, s. 373-374.

¹³ MALAURIE/ AYNES/ STOFFEL-MUNCK, s. 273.

¹⁴ MALAURIE/ AYNES/ STOFFEL-MUNCK, s. 273.

¹⁵ EREN, s. 282-283; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 139-140; ALTAŞ, s. 48.

¹⁶ KILIÇOĞLU, s. 157.

¹⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 271. Tescil ve ilan bir şekil sayılıp sayılmayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Bu konudaki görüşler için bkz. Birinci Bölüm/ II/ C/ 4.

¹⁸ EREN, s. 279; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 209-210; TERCIER/ PICHONNAZ, s. 154; XODIS, Commentaire Romand, s. 81-82; MALAURIE/ AYNES/ STOFFEL-MUNCK, s. 279; ALTAŞ, s. 48, 65; GÜNDÜZ, s. 10.

¹⁹ ALTAŞ, s. 66.

Şeklin genel koruma amacı, kamu düzeni ve işlem güvenliğini sağlamaktır²⁰. Şeklin genel koruma amacının koruma alanı, hukuki işlemin tarafları dışındaki üçüncü kişilerin menfaatleri ile kamu menfaatini kapsar²¹. Buna örnek olarak, taşınmaz satış sözleşmesinin tapuda resmi şekilde yapılmasını öngören şekil kuralı gösterilebilir.

B. Şeklin Yararları ve Sakıncaları

Şekil şartının başlıca amacı, taraflardan birinin veya her ikisinin, bazı durumlarda ise üçüncü kişilerin veya kamunun menfaatini korumak ve hukuki güvenliği sağlamaktır²². Sözleşmenin özellikle üçüncü kişilere karşı etkisinin söz konusu olduğu durumlarda, geçerlilik şekli sayesinde sözleşmenin içeriği bakımından hukuksal güvenlik sağlanmış olur. Şekil şartı, iş hayatında ve toplumda aleniyeti sağlayarak, üçüncü kişilere, yapılan işlemde haberdar olma imkânı sağlar²³. Zira bazı durumlarda taraflar arasında kurulan bir sözleşmenin, üçüncü kişileri de ilgilendirmesi ve etkilemesi mümkündür.

Aleniyet, özellikle, hukuki işlemin resmi bir sicile tescili suretiyle elde edilir²⁴. Örneğin, taşınmaz mülkiyetinin kazanılması için gerekli olan tescilin hukuki sebebini oluşturan sözleşmelerin geçerlilikleri resmi şekil şartına bağlanmış olduğundan, bu sözleşmeler güvenilirlik ve açıklık konusunda bir avantaja sahip olmakta; bu sözleşmelere karşı ehliyetsizlik ve irade bozuklukları gibi diğer geçersizlik sebeplerinin ileri sürülmesi güçleşmektedir²⁵. Şeklin işlem güvenliği ve aleniyeti sağlamasına ilişkin bir diğer örnek alacağın devri sözleşmesi bakımından verilebilir. Türk Borçlar Kanunu m. 184 uyarınca, alacağın devri sözleşmesinin geçerliliği, adi yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır. Söz konusu

²⁰ ALTAŞ, s. 64-66; GÜNDÜZ, s. 10; KAVAK, s. 20. Kefalet sözleşmelerinde, şeklin genel koruma amacı olan kamu düzeninin sağlanması amacının görülüp görülmediği konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Doktrindeki bir görüşe göre (bkz. AYAN, Serkan, Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu, Ankara 2013, s. 150), kamu düzeninin sağlanması amacı kefalet sözleşmelerinde görülmemektedir. Doktrindeki bir diğer görüşe göre (bkz. GÜNDÜZ, s. 13) ise, kefalet sözleşmesinde şeklin doğrudan amaçları arasında kamu düzeni söz konusu olmamakla beraber, şeklin dolaylı olarak kamu düzenini sağlamak amacının bulunduğu kabulü gerekir. Bu görüşe göre, kefilin iyi düşünmesini sağlamak suretiyle bilinçli borçlanmanın etkisiyle toplum düzeni ve hukuk güvenliğine katkıda bulunmuş olur (bkz. GÜNDÜZ, s. 13).

²¹ EREN, s. 279; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 210; TERCIER/ PICHONNAZ, s. 154; XOUDIS, Commentaire Romand, s. 81-82; ALTAŞ, s. 48, 66.

²² EREN, s. 279-280; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 140; KILIÇOĞLU, s. 153-155; ÇELİKTAŞ, s. 596; KAPANCI, s. 406.

²³ EREN, s. 281; TUĞ, s. 47.

²⁴ EREN, s. 281.

²⁵ OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, 20. Baskı, İstanbul 2017, s. 359; KILIÇOĞLU, Ahmet M., "Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması", AÜHFD, 1981, Sayı: 1-4, Cilt: 38, s. 210; ÖZBİLEN, Arif Barış, Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü, İstanbul 2016, s. 41.

şekil şartı sayesinde, borçlu, alacaklının değiştiğinden haberdar olabilmekte ve borçlunun alacağı devralmış kişiye ödeme yapma konusunda güven duyması sağlanmış olmaktadır²⁶.

Şeklin yararlarının başında ikaz fonksiyonu yer alır. Bir hukuki işlemin şekle bağlanması, onu yapacak kişileri bu işlemin önem ve sonuçları üzerinde düşünmeye sevk eder, kişilerin düşüncesizce ve acele hareket etmelerine engel olur²⁷. Sözleşmenin şekil şartına tabi tutulması, sözleşme taraflarının gelişigüzel hareket etmelerinin önüne geçilmesine ve bu kişilerin yeterince düşünmeden kurdukları sözleşmeden sonradan pişman olma olasılıklarının azaltılmasına yardımcı olur. Şekil şartının ikaz fonksiyonu sayesinde tarafların dikkatleri, onlar açısından ekonomik olarak önem arz eden, onların malvarlıklarına önemli etkileri olan konulara çekilmiş olur²⁸. Özellikle, taşınmaz satışı ve bunun gibi önemli ekonomik değerleri içeren sözleşmelerde, şekil, sözleşmenin tarafları için büyük önem taşır²⁹. Örneğin, taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkının devri amacıyla yapılan sözleşmelerin geçerliliğinin resmi şekil şartına bağlanmış olması, kişilerin taşınmazları üzerinde gerçekleştirecekleri tasarruflarda ilk akıllarına geleni yapma tehlikesini bertaraf eder³⁰. Şekil zorunluluğu, kefalet³¹ ya da bağışlama sözü verme gibi ivazsız işlemlerde, bu işlemi yapan

²⁶ KILIÇOĞLU, s. 155; GUGGENHEIM, Daniel, Commentaire Romand, Code des Obligations I, Editeurs: Luc Thevenoz-Franz Werro, Art. 11-16, Geneve 2003, s. 58; ÖZBİLEN, s. 42.

²⁷ VON TUHR, s. 230; GUGGENHEIM, Comentaire Romand, s. 58; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 271; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 99; EREN, s. 280; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 140; KILIÇOĞLU, s. 153-154; ENGEL, Pierre, Traité des Obligations En Droit Suisse, 2e Edition, Staempfli Editions SA Berne 1997, s. 247; XOUDIS, Commentaire Romand, s. 81; MAZEAUD/ MAZEAUD/ CHABAS, s. 60; TERRE/ SIMLER/ LEQUETTE, s. 159; ANTALYA, Cilt I, s. 450; KURŞAT, s. 456; ÖZBİLEN, s. 36; ALTAŞ, s. 65; TUĞ, s. 47; ÇELİKTAŞ, s. 596; KAPANCI, s. 406; KAVAK, s. 19. Doktrindeki bir görüş uyarınca, günümüzde yaşanan gelişmeler çerçevesinde, imza atmanın imza atanı düşünmeye sevk ettiği söylemek mümkün değildir; hâkim veya hakemlerin, tarafların korunması konusunda şekle aykırılığa dayanması pek makbul değildir (bkz. TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 208). Bu görüşe göre, zayıf tarafı koruma amacının, ilgili tarafa cayma hakkı tanınması suretiyle gerçekleşmesi daha uygundur.

²⁸ EREN, s. 280; ÖZBİLEN, s. 37.

²⁹ EREN, s. 280; ALTAŞ, s. 65; KILIÇOĞLU, Taşınmaz Satımında Şekil, s. 210.

³⁰ KILIÇOĞLU, Taşınmaz Satımında Şekil, s. 210; ÖZBİLEN, s. 37.

³¹ Kefalet sözleşmesinde şekil şartı ile amaçlanan, özel koruma amacı dolayısıyla, kural olarak ivazsız borç altına giren kefilin daha ciddi düşünmeye sevk etmek, kefilin acele karar vermesini engellemek ve üstlendiği yükümlülüğün önemini idrak etmesini sağlamaktır (bkz. KILIÇOĞLU, s. 154; TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II (İstisna ve Vekalet Sözleşmeleri, Vekaletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, 5. Tıpkı Basım, İstanbul 2010, s. 740; ÖZEN, Burak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 4. Bası, İstanbul 2017, s. 219; TAŞDELEN, Nihat, Kefalet Sözleşmesinde Şekil, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998, s. 732-733; ACAR, Özlem, Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2015, s. 155; GÜNDÜZ, s. 11). Nasıl olsa asıl borçlunun ödeyeceği düşüncesiyle üstlenilen kefalet yükümlülüklerinde, özellikle yükümlü olunacak azami sorumluluk miktarının açıkça kefalet senedinde belirtilmesiyle, asıl borcun ödenmemesi halinde kefilin içine düşebileceği ağır sonuçların öngörülmesi sağlanmış olmaktadır (bkz. TANDOĞAN, Cilt II, s. 740; TAŞDELEN, s. 733; GÜNDÜZ, s. 11-12).

kişiyi ayrıntılı olarak düşünmeye sevk eder³². Bağışlama sözü verme sözleşmesinin şekil şartına tabi tutulmasının amacı, taahhüt ettiği şey karşılığında kendi edimine denk bir ivaz elde edemeyecek olan bağışlayanı bu konuda düşünmeye sevk etmek ve ağzından çıkan ilk sözle sözleşmenin geçerli olarak kurulmasının önüne geçmektir³³. Benzer şekilde, kefalet sözleşmesinin geçerliliğinin nitelikli yazılı şekil şartına bağlanmış olması sayesinde, kefil, üstlenecek olduğu sorumluluk nedeniyle karşı karşıya kalabileceği tehlike hakkında uyarılmış ve bu konuda daha fazla düşünme imkanını elde etmiş olur³⁴.

Şeklin bir diğer yararı, sözleşmenin kurulup kurulmadığı ya da hangi içerik ile meydana geldiği konusunda açıklık ve kesinlik sağlamasıdır³⁵. Yazılı geçerlilik şekline bağlanmış sözleşmelerde, tarafların açıkladıkları iradelerin ne olduğu hususunda bir tartışma çıkarsa, tarafların iradelerinin yer aldığı bir belge mevcut olduğundan, bu tartışmanın çözümlenmesi kolay olur. Şekil şartına bağlı olarak, yoruma açık ve üstü kapalı noktaların asgariye inmesi sağlanır³⁶. Örneğin, geçerliliği resmi şekle bağlı olan sözleşmelerde, şekil şartını yerine getirmekle görevli olan tapu memuru ya da noter, ileride tereddüde neden olabilecek ifadeler kullanmamaları konusunda tarafları uyarır; onları, farklı anlamlara gelebilecek ifadeler yerine hukuken kabul görmüş şablon ifadeler kullanmaya yönlendirir³⁷. Şekil, uyumsuzluk durumunda, hâkimin belirli bir şekilde yapılmış olan irade beyanlarını yorumlamasını kolaylaştırır³⁸. Şekil şartı, irade beyanlarının açık hale getirilmesine yardımcı olduğu gibi, taraflar arasındaki sözleşmenin kurulduğuna ilişkin kesinlik sağlar³⁹. Tarafların kanunen şekil şartına bağlanmış bir sözleşmeyi bu şarta uygun olarak akdetmeleri, kural olarak, onların müzakere safhasını tamamlayarak anlaşmaya vardıkların işaret eder⁴⁰. Bunun yanı sıra, sözleşmenin belirli bir şekil şartına bağlı olarak yapılması, taraflar bakımından önem arz eden konuların kayıt altına alınmasına hizmet ederek, sözleşmenin yapıldığı tarih,

³² EREN, s. 280; ÖZBİLEN, s. 37-38.

³³ ÖZBİLEN, s. 37.

³⁴ ÖZBİLEN, s. 37-38.

³⁵ TERRE/ SIMLER/ LEQUETTE, s. 159; GUGGENHEIM, Comentaire Romand, s. 58; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 271; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 99; EREN, s. 280; KILIÇOĞLU, s. 154; ALTAŞ, s. 67; TUĞ, s. 46-47; NOMER, Şekil, s. 596; ÇELİKTAŞ, s. 596; ANTALYA, Cilt I, s. 450; KURŞAT, s. 456; ÖZBİLEN, s. 38; GÜNDÜZ, s. 10; KAVAK, s. 21.

³⁶ EREN, s; 280; ANTALYA, Cilt I, s. 450; ÖZBİLEN, s. 38.

³⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 271-272; ÖZBİLEN, s. 38.

³⁸ EREN, s. 281; ALTAŞ, s. 67; TUĞ, s. 47; ÖZBİLEN, s. 38; GÜNDÜZ, s. 10.

³⁹ ÖZBİLEN, s. 38.

⁴⁰ EREN, s. 280; ÖZBİLEN, s. 38-39.

vade günü, borcun nerede nasıl ifa edileceği gibi önemli ancak zamanla unutulabilecek noktaların hatırlanmasını ve gözden geçirilmesini sağlar⁴¹.

İrade beyanlarına fiziksel bir varlık kazandıran şekil, gerek taraflar gerekse üçüncü kişiler bakımından ispat kolaylığı sağlar⁴². Bir sözleşmenin geçerliliği için kanunda öngörülmüş olan şekil şartına uyulması ile birlikte, sözleşmenin varlığı ve içeriği ispat edilmiş olur⁴³. Böylece, sonradan sözleşmenin varlığı ya da içeriğine ilişkin hususların taraflarca inkâr edilmesi tehlikesi önlenir. Örneğin, bir taşınmazın satışına aracılık etme konusunda üstlendiği borcu yerine getirmesine rağmen kararlaştırılan ücret kendisine ödenmeyen simsar, aralarında bu konuda bir sözleşme bulunmadığını gerekçe göstererek ödemedi kaçınan iş sahibine karşı, adi yazılı şekilde düzenlenen senede dayanarak aralarındaki sözleşmesel ilişkinin varlığını ispat edebilir⁴⁴. Şekil sayesinde, hâkim, ciddi irade beyanları ile tarafları bağlamayan beyanları ayırt edebilir; böylece, yargılama süreci kolaylaşır. Kıymetli evrak bakımından şeklin farklı bir amacı da mevcuttur: şekil, kıymetli evrakın tedavülünü kolaylaştırır⁴⁵.

Şekil şartı, sözleşme ilişkisinde zayıf olan tarafın menfaatlerinin korunması bakımından da önem arz eder. Sözleşmenin şekil şartına bağlanması sayesinde, zayıf olan taraf, imzaladığı metni okuyarak ne gibi bir yükümlülük üstlendiğini öğrenme ve kararını buna göre oluşturma imkanına sahip olur; böylece, zayıf tarafın, karşı tarafça kendisine sözlü olarak aktarılan yanlış ya da eksik bilgilere dayanarak sözleşme kurması engellenir⁴⁶. Zayıf tarafın korunması amacıyla geçerliliği şekle bağlanmış sözleşmelere örnek olarak, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun⁴⁷ kapsamında düzenlenen taksitle satış sözleşmesi, tüketici kredisi sözleşmesi ve konut finansmanı sözleşmesi gösterilebilir. Bu sözleşmeler bakımından nitelikli yazılı şekil şartı kabul edilerek, tüketici bakımından önem arz eden belirli hususların mutlaka sözleşme metninde yer alması gerektiği düzenlenmek suretiyle

⁴¹ ÖZBİLEN, s. 39.

⁴² TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt: I/1 (Kendisine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama), Üçünü Bası, s. 218; VON TUHR, s. 230; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 272; KILIÇOĞLU, s. 154-155; KILIÇOĞLU, Taşınmaz Satımında Şekil, s. 210; ENGEL, Traité, s. 247; TERCIER/ PICHONNAZ, s. 153; ANTALYA, Cilt I, s. 450; XOUDIS, Commentaire Romand, s. 82; TERRE/ SIMLER/ LEQUETTE, s. 159; ALTAŞ, s. 67; TUĞ, s. 47; NOMER, Şekil, s. 596; ÇELİKTAŞ, s. 596; GÜNDÜZ, s. 10; KAVAK, s. 22.

⁴³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 272; KILIÇOĞLU, s. 155; ANTALYA, Cilt I, s. 450; ÖZBİLEN, s. 39.

⁴⁴ ÖZBİLEN, s. 39-40.

⁴⁵ VON TUHR, s. 230; ENGEL, Traité, s. 247; XOUDIS, Commentaire Romand, s. 82.

⁴⁶ ÖZBİLEN, s. 40.

⁴⁷ RG., 28.11.2013, S. 28835.

tüketicinin sözleşmedeki önemli hususlar hakkında dikkatinin çekilmesi sağlanmaktadır⁴⁸. Kanun'da söz konusu sözleşmelerin şekle aykırılık nedeniyle geçersizliğinin satıcı ya da sağlayıcı tarafından tüketicinin aleyhine ileri sürülemeyeceği öngörülerek (TKHK m. 17/3, 22/3, 32/2) şekil şartı ile tüketiciye sağlanan korumanın altı çizilmektedir⁴⁹.

Şekil şartının yukarıda sıralamış olduğumuz yararlarına karşılık, bazı sakıncaları da bulunmaktadır. Şeklin başlıca sakıncaları, hukuki işlemlerin yapılmasını geciktirmek ve zorlaştırmak, tarafların istedikleri bir işlemin şekil eksikliği yüzünden geçersiz kalması ihtimali ve özellikle resmi şeklin taraflara ekonomik bir külfet yüklemesi olarak sıralanabilir⁵⁰. Sözleşmenin belirli bir şekilde düzenlenmesine ilişkin zorunluluk, özellikle ticaret alanında rekabet eden işletmeler bakımından hızı ortadan kaldırır, işlemleri yavaşlatır⁵¹. Bunun yanı sıra, tarafları sözleşme yapmak üzere notere veya tapu dairesine gitmek ya da şekil şartının gerçekleşmesine yönelik bazı merasimlere katılmak zorunda bırakır⁵². Bir sözleşmeyi gerçekten yapmak isteyenlerin sırf şekilden sıkıldıkları için sözleşme yapmaktan vazgeçtiklerine ya da sözleşme yapmayı geciktirmelerine sıkça rastlanır⁵³. Şekil, ayrıca, tarafların gizli tutmak istedikleri sözleşmenin, özellikle resmi şeklin söz konusu hallerde, gizli olarak kalmasını kısmen dahi olsa engeller ve alışveriş yaşamındaki sürati ortadan kaldırır⁵⁴. Şeklin sıralamış olduğumuz bu sakıncaları nedeniyle, TBK'da şekil serbestliğinin asıl olduğu; belirli işlem ve sözleşmelerin ise şekle tabi olduğu öngörülmüştür.

II. Şeklin Çeşitleri

A. Şekil Zorunluluğunun Kaynağı Açısından: Kanuni Şekil-İradi Şekil

Şekil zorunluluğunun kaynağı açısından iki çeşit şekil bulunur: kanuni şekil ve iradi şekil. Kanun, belirli işlemlerin mutlaka belirli bir şekilde yapılmasını emretmişse, kanuni şekilden bahsedilir⁵⁵. Kanuni şekle ilişkin kurallar, şekil serbestisi ilkesinin istisnasını oluşturduğundan, tereddüt halinde, geniş değil, dar yorum yapılması gerekir⁵⁶.

⁴⁸ ÖZBİLEN, s. 40-41.

⁴⁹ ÖZBİLEN, s. 41.

⁵⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 272; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 100; EREN, s. 281-282; KILIÇOĞLU, s. 155-156; ALTAŞ, s. 67; TUĞ, s. 47-48; ÇELİKTAŞ, s. 596; ÖZBİLEN, s. 42-44.

⁵¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 272; EREN, s. 281; ÖZBİLEN, s. 43.

⁵² EREN, s. 281; KILIÇOĞLU, s. 155-156; ÖZBİLEN, s. 43.

⁵³ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 100.

⁵⁴ KILIÇOĞLU, s. 156.

⁵⁵ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 272; EREN, s. 283; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 209; TUĞ, s. 31.

⁵⁶ EREN, s. 283; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 208.

Tarafların, kanun tarafından geçerliliği belirli bir şekle bağlanmamış hukuki işlemlerin belirli bir şekilde yapılması ya da kanunda şekle bağlanmış bir hukuki işlemin daha ağır bir şekil kuralına bağlı kılınması konusunda anlaşmaları mümkündür. Bu durumda iradi şekilden bahsedilir. İradi şekil, borçlar hukukuna hâkim olan ilkelerin başında gelen "şekil serbestisi" ilkesinin bir sonucudur; bu ilke gereği, taraflar bir yandan, sözleşme yaparken belirli bir şekil şartına uymak zorunda değildirler, diğer yandan, gerçekleştirecek oldukları sözleşmenin geçerliliğini istedikleri şekil şartına tabi kılabilirler⁵⁷. İradi şekil, Türk hukukunun (TBK m. 17) yanı sıra, İsviçre (BK m. 16)⁵⁸ ve Fransız hukuklarında da benimsenmiştir.

Taraflar, kanuni şeklin kuvvet ve etkisini iradi şekil ile zayıflatamazlar⁵⁹. Buna göre, taraflar, kanunda resmi şekle tabi kılınmış bir sözleşmenin yazılı şekilde veya imzaların onaylanması suretiyle gerçekleştirilmesini kararlaştıramazlar. Buna karşılık, taraflar, yazılı şekle tabi bir sözleşmenin resmi şekilde yapılmadıkça geçerli olmayacağı ya da şekle tabi olmayan bir sözleşmenin yazılı şekilde yapılması gerektiğini kararlaştırabilirler⁶⁰.

Taraflar, kanunda şekle bağlanmamış bir sözleşmeyi belirli bir şekilde yapmayı kararlaştırmışlarsa, karine olarak, geçerlilik şekli istedikleri sonucuna ulaşılır (TBK m. 17; İsv. BK m. 16/1). Sözleşme, tarafların kararlaştırdıkları şekilde yapılmazsa tarafları bağlamaz. Tarafların sözleşmenin şekline ilişkin anlaşmaları, tereddüt halinde ispat değil, geçerlilik şekli olarak anlaşılmalıdır⁶¹.

Türk ve İsviçre hukuklarında yer alan karine, Fransız hukukunda mevcut değildir. Diğer bir ifadeyle, Fransız hukukunda, taraflarca kararlaştırılan şeklin karine olarak geçerlilik şekli olduğunu öngören bir düzenleme bulunmamaktadır. Taraflarca kararlaştırılan şeklin, bir ispat şekli mi yoksa geçerlilik şekli mi olduğu hususunda taraflar arasındaki sözleşmede bir açıklık bulunmaması halinde, hâkim, tarafların iradelerinin hangi doğrultuda olduğunu araştırıp yorumlamakla yükümlü olacaktır⁶².

⁵⁷ GUGGENHEIM, *Commentaire Romand*, s. 74; ÖZBİLEN, s. 122.

⁵⁸ Taraflar, İsviçre hukukunda öngörülme bir şekil kuralını aralarındaki sözleşmeye uygulanmak üzere kararlaştırabilecekleri gibi, İsviçre hukukunda öngörülen birden fazla şekil kuralını biraraya getirebilirler (bkz. XOUDIS, *Commentaire Romand*, s. 117).

⁵⁹ EREN, s. 285; ALTAŞ, s. 71; XOUDIS, *Commentaire Romand*, s. 117; ÖZBİLEN, s. 121.

⁶⁰ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 135; XOUDIS, *Commentaire Romand*, s. 117; EREN, s. 285; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 159.

⁶¹ KILIÇOĞLU, s. 159; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 211; ÖZBİLEN, s. 135.

⁶² MALINVAUD/ FENOUILLET, s. 271.

Taraflar, sözleşme görüşmeleri sırasında ya da en geç sözleşme kurulurken bir geçerlilik şekli kararlaştırabilirler⁶³. Sözleşmenin kurulmasından sonra şekle ilişkin anlaşma kurulmuş olan sözleşmenin geçerliliğini etkilemez; bu durumda, kararlaştırılan şekil bir ispat şekli olarak fonksiyon gösterir⁶⁴. Sözleşmenin kararlaştırılan şekle aykırı olarak akdedilmiş olmasına rağmen geçerli olduğunu iddia eden taraf, tarafların bu şekil şartını ispat şekli olarak kararlaştırdıklarını ispat etmek suretiyle kanunda öngörülen karineyi çürütebilir⁶⁵. Kararlaştırılan şekle aykırı bir sözleşmenin herhangi bir ihtirazi kayıt ileri sürülmeksizin taraflarca ifa edilmiş olması, söz konusu şeklin bir ispat şekli olarak kararlaştırıldığına işaret edebilir⁶⁶.

Tarafların geçerlilik şekline ilişkin anlaşmaları bir şekle tabi değildir; bu konuda sözlü bir anlaşma yeterli olabileceği gibi tarafların davranışlarından da şekil konusunda anlaşmaları sonucuna ulaşılabilir⁶⁷. Örneğin, bir sözleşmenin iki nüsha olarak hazırlanarak imzalanmak üzere karşı tarafa gönderilmesi, bu sözleşmenin yazılı geçerlilik şekline tabi olacağı anlamına gelir⁶⁸. Taraflar arasında, belirli bir şekle uyulmadan sözleşmenin akdedilemeyeceği yönünde bir alışkanlık mevcutsa, aksini kanıtlayan somut bir durum bulunmadıkça, söz konusu şeklin taraflar arasında sonradan akdedilecek benzer sözleşmeler bakımından da öngörüldüğü sonucuna ulaşılabilir⁶⁹.

Bir tarafın sözleşme önerisinin içinde yer alan şekil zorunluluğu, diğer tarafça kabul edilmedikçe, şekil zorunluluğu tarafları bağlamaz. Bu durum, geçerlilik şekli bakımından söz konusudur; ispat şeklinin söz konusu olduğu hallerde, şekil zorunluluğuna ilişkin önerinin karşı tarafça kabul edilmemesi, kural olarak sözleşmenin kurulmasına etki etmeyecektir⁷⁰.

Tarafların, sözleşmenin geçerliliği için kararlaştırmış oldukları şekil şartını, herhangi bir şekle bağlı kalmadan (sözleşmenin geçerliliğini tabi kıldıkları şekle tabi olmaksızın) değiştirmeleri ya da ortadan kaldırmaları mümkündür⁷¹. Örneğin, tarafların, geçerliliği, kanunen herhangi bir şekil şartına bağlı olmayan kullanım öduncü sözleşmesinin geçerli

⁶³ EREN, s. 284; ALTAŞ, s. 69, 71; KILIÇOĞLU, s. 158; KAPANCI, s. 408; ENGEL, *Traité*, s. 258; TERCIER/ PICHONNAZ, s. 154-155; XOUDIS, *Commentaire Romand*, s. 120; ÖZBİLEN, s. 123.

⁶⁴ KILIÇOĞLU, s. 158; ENGEL, *Traité*, s. 258; XOUDIS, *Commentaire Romand*, s. 120.

⁶⁵ KILIÇOĞLU, s. 159; ÖZBİLEN, s. 135-136.

⁶⁶ XOUDIS, *Commentaire Romand*, s. 121; ÖZBİLEN, s. 136.

⁶⁷ Tarafların, akdedecekleri sözleşmenin geçerliliği için belirli bir şekil şartının gerçekleşmesini zorunlu kıldıkları anlaşma "şekil sözleşmesi" olarak adlandırılmaktadır (bkz. ÖZBİLEN, s. 122).

⁶⁸ KILIÇOĞLU, s. 158; ENGEL, *Traité*, s. 258.

⁶⁹ XOUDIS, *Commentaire Romand*, s. 119.

⁷⁰ XOUDIS, *Commentaire Romand*, s. 119.

⁷¹ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 136; KILIÇOĞLU, s. 160; XOUDIS, *Commentaire Romand*, s. 122; ÖZBİLEN, s. 129.

sayılması için yazılı şekil şartını kararlaştırmış olmaları ve sonradan bu şekil şartından vazgeçmeleri halinde, iradi şekil şartını ortadan kaldıran bu anlaşmanın daha önce kullanım ödücü için taraflarca öngörölmüş olan adi yazılı şekilde gerçekleştirilmesi gerekmez⁷². Tarafların, sözleşmenin geçerliliği için kararlaştırmış oldukları şekil şartının, bundan sonra ispat amacıyla varlık sürdüreceğini de kararlaştırmaları mümkündür⁷³.

İradi şekil şartının kararlaştırıldığı hallerde, taraflar, bu şekil şartına uyulmamasına rağmen, şekil şartına ilişkin herhangi bir ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin sözleşmeden doğan borçları karşılıklı olarak yerine getirmişlerse, iradi şekil şartının taraflarca örtülü olarak ortadan kaldırıldığı sonucuna varılmaktadır⁷⁴.

Taraflarca kararlaştırılmış olan geçerlilik şekline uyulmamasının yaptırımı, iradi şekil şartını düzenleyen hükümde yer almamaktadır. Doktrinde, bu durumun, sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğuracağı kabul edilmektedir⁷⁵. Kararlaştırılan şekil kuralına aykırılık sebebiyle sözleşmenin geçersizliğini iddia eden taraf, bu yöndeki bir anlaşmanın varlığını ispat etmelidir. Kanuni şekilden farklı olarak, taraflar, iradi şekle aykırılığın sonuçlarını değiştirebilirler⁷⁶. Örneğin, taraflar, iradi şekle aykırı bir sözleşmeyi ifa etmek suretiyle şekle aykırılığın sonuçlarını ortadan kaldırabilirler.

B. Şeklin Fonksiyonu Açısından

1. Geçerlilik Şekli

Geçerlilik şekli öngöröldüğü hallerde, hukuki işlemin geçerli olabilmesi için söz konusu şekilde yapılması gerekir; aksi halde hukuki işlem geçersiz olur. Türk Borçlar Kanunu (TBK) başta olmak üzere maddi hukuka ilişkin kanunlar esas olarak geçerlilik şekli öngörmektedir⁷⁷. TBK m. 12/2’de bu husus açıkça belirtilmiştir. Söz konusu hükme göre, kanunda sözleşmeler için öngörölen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir.

Türk hukukundan farklı olarak, Fransız hukukunda, kanunda öngörölen şeklin, kural olarak bir geçerlilik şekli olduğuna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Kanunda öngörölen şekil kuralının geçerlilik şekli mi yoksa ispat şekli mi olduğu hususunun açıkça

⁷² ÖZBİLEN, s. 129.

⁷³ ÖZBİLEN, s. 129.

⁷⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 329; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 136; ÖZBİLEN, s. 130.

⁷⁵ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 329; ÖZBİLEN, s. 137.

⁷⁶ XODIS, Commentaire Romand, s. 125.

⁷⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 273; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 100; EREN, s. 283.

belirtilmediği hallerde, hâkimin bu konuda karar vereceği kabul edilmektedir⁷⁸. Bununla birlikte, kanunda şekil zorunluluğunun öngörüldüğü ancak bunun ispat mı yoksa geçerlilik şekli mi olduğu konusunda açıklık bulunmadığı hallerde, öngörülen şeklin bir ispat şekli olduğu sonucuna varılması gerektiği de doktrinde ifade edilmektedir⁷⁹.

Geçerlilik şekline ilişkin kurallar, emredici niteliktedir; tarafların anlaşmasıyla bertaraf edilemez⁸⁰. Buna karşılık, taraflar, ispat şekline tabi bir işlemin bu şekle bağlı kalmadan ispat edilebileceğini kararlaştırabilirler⁸¹. Türk hukukunda, senetle ispat zorunluluğuna ilişkin kanun hükümleri, kamu düzeni düşüncesiyle düzenlenmiş hükümler olmadıklarından, bu hükümlerin aksine sözleşme yapılması (delil sözleşmesi) mümkündür⁸².

Geçerlilik ve ispat şeklinin yanı sıra, şekle ilişkin düzen kuralları mevcuttur. Düzen kuralları, maddi hukuk kuralları ile getirilmemiştir. Bu kurallara uymamanın yaptırımı, geçersizlik değildir; düzen kurallarına uyulmaması halinde, hukuki işleme dayanılarak bir resmi fiil talep ediliyorsa, ilgili makam bu talebi reddedecektir⁸³. Düzen kurallarına örnek olarak, Noterlik Kanunu⁸⁴ m. 89 hükmü gösterilebilir. Söz konusu hüküm uyarınca, niteliği bakımından tapuda işlem yapılmasını gerektiren vekaletnamelerin noterce düzenlenmesi gerekmektedir. Buna göre, noterde düzenlenmeyen bir vekaletname ile tapuda işlem yapmak mümkün değildir. Bununla birlikte, bu kurala uymayarak adi yazılı şekilde düzenlenen bir

⁷⁸ MALAURIE/ AYNES/ STOFFEL-MUNCK, s. 274; CHANTEPIE/ LATINA, s. 374.

⁷⁹ CHANTEPIE/ LATINA, s. 374.

⁸⁰ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 102; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 209; DELİDUMAN, Seyithan, "Medeni Usul Hukukunda Senet ve Senetlerle Yazılı Şekil Arasındaki İlişki", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 1-2, 2000, s. 432; ÖZBİLEN, s. 50; KAPANCI, s. 407.

⁸¹ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 102; DELİDUMAN, s. 432; ÖZBİLEN, s. 49-50; KAPANCI, s. 411.

⁸² KURU, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2016, s. 358-359; ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder/ TAŞPINAR AYVAZ, Sema, Medeni Usul Hukuku, 3.Baskı, Ankara 2017, s. 413; PEKCANİTEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013, s. 748; DELİDUMAN, s. 432.

HMK m. 200/2 hükmünde, senetle ispat zorunluluğu olan hallerde, ilgili hükümler hatırlatılarak karşı tarafın açık muvafakati halinde tanık dinlenebileceği düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin bir delil sözleşmesine işaret ettiği doktrinde çoğunlukla kabul edilmekle birlikte, doktrindeki bir görüş uyarınca, söz konusu düzenleme, sadece tanık dinlenilmesine muvafakat edilmesine ilişkin olup bir delil sözleşmesini içermemektedir (bkz. GÖKSU, Mustafa, "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Senetle İspat Kuralları ve Bunların İstisnaları", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, (s. 53-65), 1(1), 2011, s. 55-56).

⁸³ HATEMİ, Hüseyin/ GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Bası, İstanbul 2015, s. 46.

⁸⁴ RG., 5.2.1972, S. 14090.

vekaletname ile işlem yapılırsa, sırf bu vekaletname noterde düzenlenmemiş olduğu için yapılan işlem yetkisiz temsil ile yapılmış işlem teşkil etmeyecektir⁸⁵.

2. İspat Şekli

a. Genel Olarak

İspat şeklinin hukuki işlemlerin geçerliliği ile bir ilgisi yoktur. Geçerlilik şekline aykırı olarak düzenlenen bir sözleşme geçersiz kabul edilirken, ispat şekline aykırılık sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Türk hukukunda ispat şekli, Türk Borçlar Kanunu'nda değil, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda⁸⁶ (HMK) düzenlenmiştir. HMK m. 200 hükmünde⁸⁷, belirli bir değer üzerindeki hukuki işlemlerin ancak senet ile ispat edilebileceği öngörülmüştür. Bu hukuki işlemlerin miktar ve değerleri, sonradan ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle kanunda öngörülen miktarın altına düşse dahi, bunların senetsiz ispatı mümkün değildir⁸⁸. HMK m. 200 hükmüne benzer şekilde, HMK m. 201'de, senede bağlı her çeşit iddiaya karşı ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemlerin ikibinbeşyüz Türk Lirasından az bir miktara ait olsa bile tanıkla ispat olunamayacağı şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Türk hukukunda, senetle ispat zorunluluğu, kanunda belirlenen parasal sınırı geçen hukuki işlemlerin ispatı için öngörülmüştür. Örneğin, HMK m. 200/1'de belirlenen miktarı aşan paranın ödünç verildiğinin veya söz konusu miktardan fazla bir taşınır satış sözleşmesi

⁸⁵ HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 46-47. Noterlik Kanunu m. 89 hükmünün, hükümde sayılan işlemlerin yapılması için notere başvurulduğunda, noterin resmî şekli nasıl gerçekleştireceğini gösteren bir düzen hükmü niteliğinde olduğuna ilişkin olarak bkz. OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, s. 362.

⁸⁶ RG., 4.2.2011, S. 27836.

⁸⁷ HMK m. 200: *“Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve ifası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri ikibinbeşyüz Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukuki işlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle ikibinbeşyüz Türk Lirasından aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz...”*.

6763 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un (RG., 2.12.2016, S. 29906) 44. maddesi ile HMK'ya ek madde eklenerek, senetle ispat ve senede karşı senetle ispat sınırının Vergi Usul Kanunu'nun (RG., 10.1.1961, 11.1.1961, 12.1.1961, S. 10703, 10704, 10705) mükerrer 298. maddesi uyarınca her yıl tespit ve ilan edilecek yeniden değerlendirme oranında artırılacağı düzenlenmiştir. Bu çerçevede, 503 sıra numaralı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği'nde (RG., 30.11.2018, S. 30611), 2019 yılı için yeniden değerlendirme oranı %23,73 olarak belirlenmiştir. O halde, 2018 yılı itibarıyla 2.960 TL olan senetle ispat sınırı, %23,73 oranında artırıldığında, 2019 yılı için bu sınır, 3.662,408 TL olarak belirlenmektedir (bkz. MERİÇ, Nedim, *“HMK ve İİK'da Yer Alan Parasal Sınırlar”*, LEGALBANK Elektronik Hukuk Bankası, www.legalbank.net, Erişim Tarihi: 9.4.2019).

⁸⁸ ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ, s. 415; ÖZBİLEN, s. 46. Burada “senetsiz” ispatın mümkün olmaması ile kastedilen, aslında bu hukuki işlemlerin “kesin delil” olmaksızın ispat edilemeyecek oluşudur (bkz. ÖZBİLEN, s. 46, dn. 158). Doktrinde de ifade edildiği üzere, aslında, senet ile ispat zorunluluğu yerine “kesin delille” ispat zorunluluğu denilmesi daha doğru olacaktır (bkz. KURU, s. 377; ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ, s. 413; ÖZBİLEN, s. 46, dn. 158). Zira senetle ispatı zorunlu olan bir hukuki işlemin başka kesin delillerle, örneğin ikrar veya yemin ile ispatı da mümkündür.

ya da kira sözleşmesi yapıldığının senetle ispat edilmesi gerekir⁸⁹. Benzer şekilde, ispat sınırından fazla bir borcun ödendiği ya da ispat sınırından fazla bir satışın veresiye olduğu veya satılan malın alıcıya teslim edildiği de senetle ispat edilmelidir⁹⁰. Doktrinde, ihtar ve ayıp ihbarının da HMK m. 200/1 uyarınca ancak senetle (kesin delille) ispat edilebileceği ifade edilmiştir⁹¹. Hukuki fiillerin ise, senetle ispatına gerek yoktur. Örneğin, kiralaanın kendisine ödenmek istenen kira bedelini reddetmesi, bir işçinin fazla mesai yaptığı ve bayram ve pazar günleri de çalıştığı vakıası, zamanaşımının başlangıcı öğrenmeye bağlı ise öğrenme hususu ve zilyetlik durumu, tanıkla ispat edilebilir⁹².

Senetle ispat zorunluluğu, hukuki işlemin tarafları bakımından söz konusudur; taraflar dışındaki üçüncü kişilerin, başkalarının yaptıkları hukuki işlemler için söz konusu hukuki işlemin taraflarından senet almaları mümkün olmadığından, üçüncü kişiler, başkalarının yaptıkları ispat sınırını aşan hukuki işlemleri tanıkla ispat edebilirler⁹³. Senetle ispat zorunluluğunun bazı istisnaları mevcuttur. Buna göre, HMK m. 203⁹⁴ hükmünde düzenlenen durumlardan birinin ya da delil başlangıcının⁹⁵ (HMK m. 202) varlığı halinde, ispat sınırını aşan hukuki işlemlerin tanıkla ispatı mümkündür.

Senede bağlı olan her çeşit iddiaya karşı ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak ya da azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemlerin, miktarına bakılmaksızın senetle ispat edilmesi gerekmektedir (HMK m. 201). Örneğin, taraflar arasındaki kira sözleşmesinde kapı, pencere, vitrin, lavabo, elektrik tesisatı ile camlar ve kapıların sağlam olarak teslim edildiği yazılmış ise, kiracı, taşınmazı tam ve sözleşmeye

⁸⁹ ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ, s. 414.

⁹⁰ KURU, s. 359-360.

⁹¹ KURU, s. 361.

⁹² KURU, s. 359-360; ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ, s. 423.

⁹³ KURU, s. 362; GÖKSU, s. 61.

⁹⁴ HMK m. 203: “1) Aşağıdaki hâllerde tanık dinlenebilir:

a) Altsoy ve üstsoy, kardeşler, eşler, kayınbaba, kaynana ile gelin ve damat arasındaki işlemler.

b) İşin niteliğine ve tarafların durumlarına göre, senede bağlanmaması teamül olarak yerleşmiş bulunan hukuki işlemler.

c) Yangın, deniz kazası, deprem gibi senet alınmasında imkânsızlık veya olağanüstü güçlük bulunan hâllerde yapılan işlemler.

ç) Hukuki işlemlerde irade bozukluğu ile aşırı yararlanma iddiaları.

d) Hukuki işlemlere ve senetlere karşı üçüncü kişilerin muvazaa iddiaları.

e) Bir senedin sahibi elinde beklenmeyen bir olay veya zorlayıcı bir nedenle yahut usulüne göre teslim edilen bir memur elinde veya noterlikte herhangi bir şekilde kaybolduğu kanısını kuvvetlendirecek delil veya emarelerin bulunması hâli.”

⁹⁵ Delil başlangıcına ilişkin açıklamalar için bkz. Birinci Bölüm/ II/ B/ 2/ e.

uygun şekilde teslim almadığını tanıkla ispat edemez⁹⁶. Benzer şekilde, bononun karşılıksız olduğu ya da hatır için verildiği veya tamamen doldurulmadan beyaza imza ile verilen bir bononun anlaşmaya aykırı olarak doldurulduğu iddiası tanıkla ispat edilemez; senede karşı senetle ispat kuralı gereği bu hususların senetle ispat edilmesi gerekir⁹⁷.

Senede karşı ileri sürülen iddianın ispatı için gerekli olan senedin aynı ispat gücüne sahip olması gerekli değildir⁹⁸. Diğer bir ifadeyle, senedin kesin delil teşkil etmesi bakımından resmi senet ile imzası ikrar edilen adi senet arasında bir fark yoktur. Buna göre, bir adi senede karşı ileri sürülen iddia resmi senetle ispatlanabileceği gibi, resmi senede karşı ileri sürülen iddianın da adi senetle ispatlanması mümkündür. Senede karşı senetle ispat zorunluluğu, sadece senedin tarafları içindir; senedin taraflarının mirasçıları külli halefiyet nedeniyle taraf sıfatına dahildir⁹⁹. Senetle ispat zorunluluğunun istisnasını teşkil eden durumlar (HMK m 203), iki istisna dışında, senede karşı senetle ispat kuralının da istisnasını teşkil eder. Buna göre, yakın hısımlar arasındaki hukuki işlemler (HMK m. 203/1/a) ile senede bağlanmaması teamül olan hukuki işlemlerin (HMK m. 203/1/b) varlığı halinde, senet düzenlenmişse, tanıkla ispat mümkün olmayacaktır¹⁰⁰. Senetle ispat zorunluluğunun istisnasını teşkil eden manevi imkânsızlık halleri ise, senede karşı senetle ispat zorunluluğunun istisnası sayılmazlar.

b. İspat Şekli ile Geçerlilik Şekli Arasındaki Farklar

Geçerlilik şekli ile ispat şekli arasındaki ilişkiyi tespit eden iki temel ilke mevcuttur. Bu ilkelerden ilki uyarınca, maddi hukuk bakımından geçerlilik şeklini sağlayan bir senet, aynı zamanda usul hukuku bakımından da ispat vasıtası olarak kabul edilen bir senet teşkil eder¹⁰¹. Gerçekleştirilecek olan sözleşme için kanunda öngörülen şekil şartına uygun olarak bir senet düzenlenmiş olması halinde, sözleşmenin varlığını ispat için ikinci bir senet düzenlemesi gerekmez. Geçerlilik şekli ile ispat şekli arasındaki ilişkiyi tespit eden ikinci ilkeye göre, usul hukuku bakımından ispat şeklini sağlayan bir senet, mutlaka geçerlilik şeklini sağlamaz¹⁰². Örneğin, bilgisayarda yazılmış ve kağıda basılmış imzalı bir vasiyetname, ispat hukuku bakımından senet vasfını taşısa da, el yazılı olma şartını yerine

⁹⁶ ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ, s. 424.

⁹⁷ KURU, s. 371-372; ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ, s. 424.

⁹⁸ KURU, s. 373; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 756.

⁹⁹ KURU, s. 373; ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ, s. 425; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 756.

¹⁰⁰ ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ, s. 426; GÖKSU, s. 61-62.

¹⁰¹ ÖZBİLEN, s. 48; KAPANCI, s. 416.

¹⁰² ÖZBİLEN, s. 48; KAPANCI, s. 417.

getirmediği için geçerli olmayacaktır. Konuya ilişkin bir diğer örnek, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi bakımından verilebilir. Taraflar, değeri 2500 TL'nin üzerinde olan bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin varlığını, HMK m. 200/1 gereği, düzenlemiş oldukları yazılı bir belge ile ispat edebilirler; buna karşılık, düzenledikleri bu belge sözleşmenin geçerliliği için yeterli değildir. Zira söz konusu sözleşmenin geçerliliği, TBK m. 237/2 gereği, resmi şekilde düzenlenmiş olmasına bağlı olup, Noterlik Kanunu m. 60/1/b ile m. 89 gereği, bu sözleşmenin noter tarafından düzenleme şeklinde yapılması gerekmektedir¹⁰³.

Geçerlilik ve ispat şekli arasında önemli farklar bulunmaktadır. Bunlardan ilkinde göre, senetle ispat edilmesi gereken bir hukuki işlemin istisnai olarak başka delillerle de ispatı mümkünken, bu imkân geçerlilik şekli bakımından söz konusu değildir¹⁰⁴. Diğer bir ifadeyle, şeklin sadece ispat şartından ibaret olduğu hallerde, senet düzenlenmemiş olmasına rağmen ikrar, yemin ya da başka bir yolla işlemin ispat edilmesi mümkün olmasına karşılık¹⁰⁵, geçerlilik şekline uyulmadan yapılan bir işlemin gerçekten yapılmış olduğu karşı tarafın ikrarı veya yemin yolu ile ispat edilmek suretiyle işlemin geçersizliği bertaraf edilemez¹⁰⁶. Örneğin, yazılı şekilde düzenlenmesi gereken finansal kiralama sözleşmesinin taraflarca sözlü olarak yapılması halinde, sözleşme şeklen geçersiz olacaktır; bu durumda, tarafların sözleşmenin varlığını kabul ettiklerine dair beyanları ya da borçlunun mahkemede kendisine teklif edilen yeminden kaçınması sözleşmeyi geçerli hale getirmeyecektir¹⁰⁷.

Geçerlilik şekli ile ispat şekli arasındaki farklardan bir diğeri, senetle ispat zorunluluğuna ilişkin kuralın istisnalarının bulunmasına karşılık, bu istisnaların geçerlilik şekli bakımından bir etkisinin bulunmamasıdır¹⁰⁸. HMK m. 203 gereği, altsoy ve üstsoy, kardeşler, eşler, kayınbaba, kaynana ile gelin ve damat arasındaki işlemler, işin niteliğine ve tarafların durumlarına göre, senede bağlanmaması teamül olarak yerleşmiş bulunan hukuki işlemler ve yangın, deniz kazası, deprem gibi senet alınmasında imkânsızlık veya olağanüstü güçlük bulunan hâllerde yapılan işlemlerin tanıkla ispat edilmesi mümkündür. Bunun yanı sıra, hukuki işlemlerde irade bozukluğu ve aşırı yararlanma iddiaları ile hukuki işlemlere ve

¹⁰³ ÖZBİLEN, s. 48.

¹⁰⁴ ÖZBİLEN, s. 49.

¹⁰⁵ KOCAYUSUPFAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 274; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 101; KAPANCI, s. 411; DELİDUMAN, s. 431; TAN DEHMEN, s. 113.

¹⁰⁶ KOCAYUSUPFAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 274; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 102; EREN, s. 286; ALTAŞ, s. 72; KAPANCI, s. 411; KURU, s. 348; ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ, s. 398; DELİDUMAN, s. 431; UMAR, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 640; TAN DEHMEN, s. 113.

¹⁰⁷ KOCAYUSUPFAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 274; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 102; ÖZBİLEN, s. 49.

¹⁰⁸ KILIÇOĞLU, s. 238; ÖZBİLEN, s. 53.

senetlere karşı üçüncü kişilerin muvazaa iddiaları da tanıkla ispat edilebilir. Ayrıca, bir senedin sahibi elinde beklenmeyen bir olay veya zorlayıcı bir nedenle yahut usulüne göre teslim edilen bir memur elinde veya noterlikte herhangi bir şekilde kaybolduğu kanısını kuvvetlendirecek delil veya emarelerin bulunması hâlinde de senetle ispat zorunluluğu ortadan kalkmaktadır. Senetle ispat zorunluluğuna diğer bir ifadeyle kesin delille ispat zorunluluğuna ilişkin bu istisnaların geçelilik şekli bakımından bir etkisi yoktur. O halde, örneğin, belirli bir dereceye kadar yakın hısımlık, senetle ispat kuralının istisnaları arasında bulunmasına karşılık, geçerlilik şekline bağlı bir hukuki işlemin bu şekilde uygun olmadan yapılmasına imkan tanımaz¹⁰⁹. Bir diğer örnek, tapuda resmi şekilde düzenlenmesi gereken taşınmaz satış sözleşmesinin akdedilmesi esnasında, deprem ya da yangın nedeniyle resmi senet düzenlenemezse, bu durumda, sözleşmenin tanıkla ispat edebileceğini öngören usul kurallarından farklı olarak, sözleşme, geçerlilik şekline aykırılıktan dolayı kesin hükümsüz olacaktır¹¹⁰.

Son olarak, kanunun ispat şekline tabi tuttuğu bir işlemin taraflarca, kanunda öngörülen şekle bağlı kalmadan ispat edilebileceği kararlaştırılabilir¹¹¹; buna karşılık, geçerliliği kanunen şekil şartına bağlanmış bir sözleşmenin bu şekil şartına uyulmadan geçerli olacağı taraflarca kararlaştırılması mümkün değildir¹¹². Örneğin, TBK m. 488 gereği, geçerliliği adi yazılı şekil şartına bağlanmış olan yayım sözleşmesinin sözlü olarak yapılması halinde geçerli olacağı taraflarca kararlaştırılması mümkün değildir¹¹³. Hâkim, geçerlilik şartını re'sen göz önünde tutmak zorundadır; buna karşılık, ispat şartı bakımından böyle bir zorunluluk söz konusu değildir¹¹⁴.

c. İspat Şekli Olarak Belge Kavramı

Belge kavramı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, bir üst kavram olarak tanımlanmıştır. HMK m. 199 uyarınca, uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları belge olarak kabul

¹⁰⁹ KILIÇOĞLU, s. 238; KAPANCI, s. 411-412.

¹¹⁰ ÖZBİLEN, s. 53.

¹¹¹ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 102; DELİDUMAN, s. 432; ÖZBİLEN, s. 49-50; KAPANCI, s. 411; TAN DEHMEN, Mine, Milletlerarası Usul Hukukunda Yabancı Belgelerin İspat Gücü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012, s. 113.

¹¹² TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 102; TERCİER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 209; DELİDUMAN, s. 432; ÖZBİLEN, s. 50; KAPANCI, s. 407; TAN DEHMEN, s. 113.

¹¹³ ÖZBİLEN, s. 50.

¹¹⁴ EREN, s. 287; TAN DEHMEN, s. 113.

edilmiştir. Belge kavramı, HMK’da tanımlanırken, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu’nun¹¹⁵ 3. maddesinde yer alan belge kavramından da yararlanılmıştır¹¹⁶.

1086 sayılı mülga HUMK’da belge kavramına ilişkin bir tanıma yer verilmemişti. Bununla birlikte, bugün HMK m. 199 çerçevesinde belge olarak kabul edilen şeyler, HUMK’un yürürlükte olduğu dönemde ispat vasıtası teşkil edebiliyordu¹¹⁷. Zira usul hukuku sistemimizde, deliller konusunda katı delil sistemi değil, serbest delil sistemi benimsendiğinden, kanunda düzenlenmemiş olan delillerle de ispat faaliyeti gerçekleştirilebiliyordu¹¹⁸. Ancak, HUMK’un yürürlükte olduğu dönemde, takdiri delil teşkil eden özel hüküm sebepleri (HUMK m. 367), ancak yazılı olmaları halinde, senetle ispat zorunluluğu olan hallerde tanık dinlenmesine imkân tanıyordu (HUMK m. 292). Halbuki, yazılı olmadığı için HUMK döneminde senetle ispat zorunluluğuna istisna getirilerek tanık dinlenmesine olanak sağlamayan bir teyp bandı, HMK’nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, artık, yazılı olmasa dahi HMK m. 199 çerçevesinde belge niteliğini haiz olduğundan, senetle ispat zorunluluğu olan hallerde, tanık dinlenmesine olanak sağlayacaktır¹¹⁹.

HMK’da yer verilen belge tanımı incelendiğinde, belgenin iki unsurunun ön plana çıktığı görülmektedir. Buna göre, bir verinin belge olarak kabul edilebilmesi için ispatı gereken vakıa hakkında bir bilgi taşıyıcısı olması ve uyumsuzluk konusu vakıayı ispata elverişli olması gerekmektedir¹²⁰. Kanunda belge sayılacak bilgi taşıyıcılarının bir kısmı örnek olarak sayılmıştır; belge kavramına girecek veriler kanunda sayılanlardan ibaret değildir.

Davada delil olarak kullanılacak belgelerin mutlaka Türkçe olarak düzenlenmiş olmaları zorunlu olmamakla beraber, HMK m 223/1 uyarınca, yabancı dilde yazılmış belgeye dayanan tarafın belgenin tercümesini mahkemeye sunması zorunludur. Belgenin ispat gücü, onun senet olup olmamasına göre değişmektedir. Buna göre, belge, kesin delil olabileceği gibi takdiri delil de teşkil edebilecektir¹²¹.

¹¹⁵ RG. 24.10.2003, S. 25269.

¹¹⁶ PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 723; TAN DEHMEN, s. 20.

¹¹⁷ TAN DEHMEN, s. 21.

¹¹⁸ TAN DEHMEN, s. 21.

¹¹⁹ TAN DEHMEN, s. 22.

¹²⁰ ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ, s. 397; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 723; ERDÖNMEZ, Güray, Medeni Usul Hukuku, Cilt II, Editörler: Hakan Pekcanitez/ Muhammet Özekes/ Mine Akkan/ Hülya Taş Korkmaz, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 1771; TAN DEHMEN, s. 21.

¹²¹ KURU, s. 345; ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ, s. 397.

d. İspat Şekli Olarak Senet Kavramı

Senet, bir kimsenin meydana getirdiği ve kendi aleyhine delil teşkil eden yazılı belgedir¹²². Doktrinde, senet, bir kimse tarafından bir vakıanın gelecekteki delilini teşkil etmek üzere yazılıp veya yazdırılıp imzalanan ve imzalayan aleyhine delil teşkil eden yazılı belge olarak da tanımlanmaktadır¹²³. Senedi düzenleyen onu kendi aleyhine delil teşkil etme iradesiyle düzenlemiş olması şart değildir¹²⁴. Senedi düzenleyen senedin kendi aleyhine delil teşkil edeceğini düşünmediği hallerde de, yazılı belge, senet teşkil edebilecektir. Örneğin, bir tarafın diğer tarafa yazdığı bir mektubun senet olarak değerlendirilmesi mümkündür. Türk hukukunda, senet, en önemli kesin delil olarak kabul edilmektedir¹²⁵. Zira diğer kesin delillerden olan ikrar ve yemin, karşı tarafın iradesine bağlıdır; kesin hüküm delili ise, aslında genellikle başka kesin delillere dayanır.

Senet metninde nelerin bulunması gerektiği HMK'da açıkça belirtilmemiştir. Bununla birlikte, doktrinde, bir belgenin senet olarak kabul edilebilmesi için bazı unsurları ihtiva etmesi gerektiği kabul edilmektedir. Öncelikle, senet sayılan belgenin bir cisim bulması, diğer bir ifadeyle, dış aleme yansıyacak şekilde varlık kazanmış olması ve ses işaretleri ile dış aleme yazılı olarak yansımaları gerekmektedir¹²⁶. Bunun yanı sıra, senet metninin belgelendirdiği hukuki işlem hakkında tam bir bilgi içermesi ve senedin aleyhine delil teşkil edecek kimse tarafından el yazısı ya da usulüne göre güvenli elektronik imza ile imzalanması gerekmektedir¹²⁷. Altı imzalı olmayan bir belge senet sayılmayacağı için fotokopi senet olarak kabul edilmemektedir¹²⁸. Bununla birlikte, aleyhine ibraz edilen tarafın fotokopinin ve altındaki imzanın kendisine ait olduğunu kabul etmesi halinde, fotokopinin senet sayılacağı

¹²² KURU, s. 346; ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ, s. 397; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 724; ERDÖNMEZ, s. 1773. Senet kavramına ilişkin doktrinde önerilen tanımlar ve bunların eleştirisi için bkz. UMAR, HMK Şerhi, S. 642-643.

¹²³ DELİDUMAN, s. 414.

¹²⁴ KURU, s. 346; ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ, s. 397; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 724; ERDÖNMEZ, s. 1773; DELİDUMAN, s. 415.

¹²⁵ KURU, s. 348; ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ, s. 398; DELİDUMAN, s. 419-420; TAN DEHMEN, s. 26.

¹²⁶ PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 725; ERDÖNMEZ, s. 1773; ÖZKAYA FERENDECİ, H. Özden, Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki Belge Terimi ve İspat Hukukundaki Yeri, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, s. 817.

¹²⁷ KURU, s. 348; ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ, s. 397-398; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 725; ERDÖNMEZ, s. 1773-1774; DELİDUMAN, s. 422; ÖZKAYA FERENDECİ, s. 817.

¹²⁸ KURU, s. 349; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 724; DELİDUMAN, s. 417; TAN DEHMEN, s. 23.

ifade edilmektedir¹²⁹. Benzer şekilde, faks metni de ayrıca imzalanmadığı takdirde senet sayılmamaktadır¹³⁰.

Senetler, düzenleyen kişilere ve ispat güçlerine göre ikiye ayrılmaktadır: adi senetler ve resmi senetler. Resmi bir makam ya da memurun katılımı olmaksızın düzenlenen senetlere adi senet; resmi bir makam veya memurun katılımı ile düzenlenen senetlere ise resmi senet denilmektedir¹³¹. Usul hukukunda senetle ispatı gereken bir hukuki işlemin ispatı için mutlaka resmi senet düzenlenmesi gerekmez; hukuki işlemin ispatı için adi senet düzenlemekle de yetinilebilir¹³². Zira imza inkâr edilmediği sürece, adi senet ile resmi senet arasında ispat gücü bakımından bir fark bulunmamaktadır; her iki senet de kesin delil hükmündedir¹³³.

Bir senedin ispat hukuku anlamında resmi senet olarak kabulü için, resmi bir makam ya da memurun senedin düzenlenmesine herhangi bir şekilde katılmış olması yeterlidir. Buna göre, resmi makam ya da memur tarafından sadece imza ve tarihin onaylandığı senetler de, resmi makam ya da memur tarafından re'sen düzenleme biçiminde yapılan senetler gibi, ispat şekli olarak resmi senet hükmündedir.

Geçerlilik şartı olarak resmi senet şeklinde yapılması gereken hukuki işlemler (örneğin taşınmaz satış sözleşmesi), re'sen düzenleme biçiminde yapılmamışsa geçersizdir; bununla

¹²⁹ DELİDUMAN, s. 417.

¹³⁰ PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 724.

¹³¹ KURU, s. 348, 352; ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ, s. 399, 403; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 728, 733; ERDÖNMEZ, s. 1779-1790; DELİDUMAN, s. 420, 422.

¹³² KURU, s. 352; ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ, s. 403; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 730; ÖZKAYA FERENDECİ, s. 817; YAVAS, Murat, Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları, Ankara 2009, s. 130; ÖZBİLEN, s. 46, dn. 159.

¹³³ Bir adi senedin senet altında imzası bulunan kimse (senedi düzenleyen, senet kendisine karşı delil teşkil edecek olan) tarafından ikrar edilmesi halinde, senet, kesin delil teşkil edecektir (HMK m. 205). Taraflardan biri, kendisi tarafından düzenlendiği iddia edilen belgedeki yazı veya imzayı inkâr etmek isterse sahtelik iddiasında bulunmalıdır. Adi senedin sahteliği, aynı mahkemede ön sorun olarak savunma şeklinde ileri sürülebileceği gibi, menfi tespit davası niteliğinde olan ayrı bir sahtelik davasıyla da ileri sürülebilir. Adi senetteki imza veya yazı inkâr edilirse, mahkemece bir karar verilene kadar o senet herhangi bir işleme esas alınamaz (HMK m. 209/1). Senetteki yazının inkâr edilmesi, senedin metin kısmında tahrifat yapıldığı, senedin metin kısmındaki yazının senedi düzenlediği iddia olunan kişiye, imza sahibine ait olmadığı ya da imza sahibinin iradesi dışında, hile yoluyla alınmış olan ve sadece imza içeren boş bir kağıdın senede dönüştürüldüğü şeklindeki iddialarla gündeme gelebilir (bkz. PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 734; ERDÖNMEZ, s. 1793). Buna karşılık, kişinin kendi iradesiyle karşı tarafa vermiş olduğu beyaza atılan imzayı taşıyan bir belgenin tarafların arasındaki anlaşmaya aykırı olarak doldurulduğu iddiası, şirketin borçlusu olduğu bir senet altındaki imzanın yetkili imza olmadığı iddiası, şirket müdürü ya da temsilcisinin yetkisini kötüye kullanarak senet düzenlemiş olduğu iddiası, bir sahtelik iddiası niteliği taşımaz (bkz. PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 734; ERDÖNMEZ, s. 1793). Yazı inkarı kavramının, borcun mevcut olmadığı, borcun iddia edilen meblağ olmadığı, bononun hatır senedi olduğu ve bu sebeple gerçek bir borca dayanmadığı, senedin hata ya da ikraha dayalı olarak düzenlenerek imzalandığı gibi borcun doğumunu engelleyen tüm vakıa iddialarını kapsayacak şekilde kabul edilmesinin, kambiyo senetlerine dayanılarak başlatılacak her icra takibinin sahtelik iddiasına dayanan menfi tespit davası adı altında durdurulmasına ve HMK m. 209 hükmünün kötü niyetli borçlularca suiistimaline neden olacağı doktrinde ifade edilmektedir (bkz. PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 734; ERDÖNMEZ, s. 1793).

birlikte, geçersiz olan bu belge, geçerlilik şartına tabi olmayan hususlar bakımından ispat şartı olarak resmi senet teşkil edebilir. Örneğin, noter tarafından düzenlenmesi gereken taşınmaz satış vaadinin sadece imza onaylaması biçiminde yapılması durumunda, sözleşme geçersiz olacak; buna karşılık, onaylama biçiminde yapılan noter senedinde alıcının satış bedelini ödediği yazılı ise, bu senet, satış bedelinin ödendiği hususunda resmi senet ve dolayısıyla kesin delil teşkil edecektir¹³⁴.

Resmi senetler de adi senetler gibi kesin delil gücündedir. Ancak, imza inkârı söz konusu olduğunda, resmi senetler adi senetlerden ispat hukuku bakımından daha güçlüdür. Zira resmi senede dayanan taraf, senedin doğruluğunu ispatla yükümlü değildir; resmi senedin doğru olmadığını, örneğin senetteki imzanın kendisine ait olmadığını ileri süren tarafın, senedin sahteliğini ileri sürerek ayrı bir sahtelik davası açması gerekir (HMK m. 208/4). Ayrıca, senedin aleyhine delil olarak kullanılmak istenen kişi, senetteki imzayı inkâr etse dahi, imzanın inkârı, resmi senedin mahkemece delil olarak kullanılmasını engellemez (HMK m. 204/1).

e. Delil Başlangıcı

Türk hukukunda, senetle ispatı gereken bir hukuki işlem hakkında bir delil başlangıcının mevcut olması durumunda, tanıkla ispatın mümkün olduğu düzenlenmiştir (HMK m. 202). Delil başlangıcının bulunduğu hallerde, hukuki işlemin senetle ispatı zorunluluğu ortadan kalkar; bunun yerine, delil başlangıcı ile birlikte tanık veya diğer takdirli delillerle iddianın ispatına çalışılır¹³⁵.

Delil başlangıcı, HMK m. 202/2 hükmünde, iddia konusu hukuki işlemin tamamen ispatına yeterli olmamakla birlikte, söz konusu hukuki işlemi muhtemel gösteren ve kendisine karşı ileri sürülen kimse veya temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş belge olarak tanımlanmıştır.

HMK çerçevesinde bir belgenin delil başlangıcı olabilmesi için bu belgenin, aleyhine ileri sürülen kimse veya temsilcisi tarafından verilmesi veya gönderilmesi ve varlığı iddia edilen hukuki işlemi tam olarak ispata yeterli olmamakla beraber, o hukuki işlemin muhtemelen yapıldığını göstermesi gerekir¹³⁶. Delil başlangıcında önemli olan, aleyhine ileri

¹³⁴ ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ, s. 403-404; DELİDUMAN, s. 434.

¹³⁵ PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 752; ERDÖNMEZ, s. 1841; GÖKSU, s. 58.

¹³⁶ Delil başlangıcının, iddia edilen hukuki işlemi tam olarak ispat edememekle birlikte, o işlemi muhtemel göstermesi, delil başlangıcını senetten ayıran en önemli özelliktir (bkz. ERDÖNMEZ, s. 1844; TAN DEHMEN, s. 28). Senet, kesin delil teşkil eder ve tek başına ispat konusunu ispata yeterlidir. Buna karşılık, delil başlangıcı, senetten farklı olarak, ispatı istenen hukuki işlem hakkında tam bir kanaat elde edilmesine imkân tanımaz; bu nedenle hukuki işlemi tek başına ispat edemez (bkz. PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 751; ERDÖNMEZ, s. 1844; TAN DEHMEN, s. 28).

sürüldüğü kişi tarafından verilmiş veya gönderilmiş olmasından ziyade, bu kişiden sadır olmuş olması, diğer bir ifadeyle, onun eseri olması veya onun tarafından benimsenmiş olmasıdır¹³⁷.

HMK m. 199 çerçevesinde, borçlu tarafından el ile yazılmış fakat imzalanmamış bir senet ya da mektup, bilgisayar ile yazılmış olup da borçlunun parafını taşıyan bir belge delil başlangıcı sayılacaktır¹³⁸. Buna karşılık, bilgisayarda yazılmış bir belgede borçlunun imzası veya parafı yoksa bu belgenin delil başlangıcı sayılması mümkün değildir¹³⁹. Zira bu belgenin borçlu tarafından düzenlendiği belli değildir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu¹⁴⁰ m. 749 uyarınca zamanaşımına uğramış olan bonolar ve çekler, asıl borç ilişkisine dayanarak TBK m. 146'daki on yıllık zamanaşımı süresi içinde açılan alacak davasında delil başlangıcı olarak kabul edilir¹⁴¹. Bir senedin fotokopisi de delil başlangıcı sayılabilir¹⁴².

Mülga HUMK m. 292 hükmünde, bir belgenin delil başlangıcı olarak kabul edilebilmesi için, aleyhine kullanılmak istenen kişi tarafından oluşturulmuş bir yazının bulunmasının zorunlu olduğu öngörülmekteydi. Bu nedenle, mülga HUMK döneminde, düzenleyenin elinden çıkmamış olan faks metni, fotokopi, elektronik metin, ses ve görüntü kaydı, delil başlangıcı olarak kabul edilmiyordu¹⁴³. Mülga HUMK m. 292'den farklı olarak, HMK m. 202'de bir belgenin delil başlangıcı olabilmesi için yazılı olması şartı aranmamıştır¹⁴⁴. Buna göre, örneğin, taraflar arasındaki e-mail metinleri, SMS mesajları, görüntülü mesaj kayıtları, faks metinleri artık delil başlangıcı olabilecek ve hukuki işlem iddiaları tanık ile ispat edilebilecektir¹⁴⁵.

¹³⁷ UMAR, HMK Şerhi, s. 645; ERDÖNMEZ, s. 1842; TAN DEHMEN, s. 27.

¹³⁸ KURU, s. 368; ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ, s. 420; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 751.

¹³⁹ ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ, s. 420.

¹⁴⁰ RG., 14.2.2011, S. 27846.

¹⁴¹ KURU, s. 368; ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ, s. 421.

¹⁴² KURU, s. 368.

¹⁴³ PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 752.

¹⁴⁴ ARSLAN/ YILMAZ/ TAŞPINAR AYVAZ, s. 420; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 752; GÖKSU, s. 58; TAN DEHMEN, s. 27. HMK m. 202 çerçevesinde bir belgenin delil başlangıcı olarak kabul edilebilmesi için yazılı olması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. KURU, s. 367.

¹⁴⁵ PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 753.

C. Kullanılan Vasıta Açısından

1. Sözlü Şekil

Modern hukukta az rastlanan bu şekil çeşidi için, aile hukukunda evlenme (Türk Medeni Kanunu¹⁴⁶ m. 141-142) ve miras hukukunda sözlü vasiyetname (TMK m. 539-540) örnek olarak gösterilebilir. Evlenmenin şekli konusunda, maddi hukuk düzenlemeleri ile evlenmenin şekline uygulanacak hukuk bir bütün olarak çalışmamızın ilgili kısmında ayrıntılarıyla incelenecek olduğundan¹⁴⁷, çalışmamızın bu başlığı altında, sadece sözlü vasiyetnameye ilişkin hususlar ele alınacaktır.

Ölüme bağlı tasarrufların geçerliliği, bu tasarrufların acele ile yeterince düşünülmeden yapılmasını ve kolayca tahrif edilmesini engellemek, mirasbırakanın gerçek irade ve amacının tespit edilmesini mümkün kılmak gibi nedenlerle¹⁴⁸, pek çok hukuk sisteminde, belirli şekil şartlarına tabi tutulmuştur¹⁴⁹.

Türk hukukunda, sözlü vasiyetname, istisnai nitelikte bir vasiyet şeklidir¹⁵⁰. Türk Medeni Kanunu'nda, normal haller için, el yazılı vasiyetname ve resmi vasiyetname şekilleri öngörülmüş olup, bu iki tür vasiyetnamenin yapılmasının mümkün olmadığı olağanüstü hallerde, diğer bir ifadeyle, bir tür zorunluluk halinde, sözlü vasiyetname yapılabileceği düzenlenmiştir¹⁵¹ (TMK m. 539-541).

Sözlü vasiyetnamenin, vasiyetin kapsamının doğru olarak tespit edilmemesi gibi bazı sakıncaları bulunmaktadır. Bu sakıncaların engellenmesi amacıyla, ilk başta sözlü olarak yapılan vasiyetnamenin sonradan yazılı hale getirilmesi öngörülmüş, sözlü vasiyetnamenin uygulama alanı daraltılarak sadece olağanüstü durumlarda yapılabileceği düzenlenmiş ve bu vasiyet türüne bazı açılardan geçici bir hüküm tanınmıştır¹⁵².

Sözlü vasiyetname yapılabilmesi için, öncelikle, Türk Medeni Kanunu m. 539 gereği, vasiyetçinin gerek el yazılı gerekse resmi vasiyetname yapamayacak durumda bulunması ve olağanüstü bir durumun varlığı gereklidir. TMK m. 539 hükmünde, olağanüstü durumlardan

¹⁴⁶ RG., 8.12.2001, S. 24607.

¹⁴⁷ Bkz. Üçüncü Bölüm/ I/ A/ 1.

¹⁴⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1987, s. 156; İMRE, Zahit/ ERMAN, Hasan, Miras Hukuku (Yasal Mirasçılık-Ölüme Bağlı Tasarruflar-Mirasın Geçmesi-Mirasın Taksimi), 13. Basım, İstanbul 2017, s. 69; ÖZTAN, Bilge, Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle), 8. Bası, Ankara 2017, s. 188-189; DURAL, Mustafa/ ÖZ/ Turgut, Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2016, s. 62

¹⁴⁹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Miras Hukuku, s. 156; BARAN ÇELİK, Neşe, Milletlerarası Unsurlu Ölüme Bağlı Tasarruflara Uygulanacak Hukukun Tayini, Ankara 2011, s. 140.

¹⁵⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Miras Hukuku, s. 219; İMRE/ ERMAN, s. 91; DURAL/ ÖZ, s. 91.

¹⁵¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Miras Hukuku, s. 219; İMRE/ ERMAN, s. 91; DURAL/ ÖZ, s. 91.

¹⁵² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Miras Hukuku, s. 222, 227; İMRE/ ERMAN, s. 91; DURAL/ ÖZ, s. 98.

en önemlileri örnek niteliğinde sayılmıştır¹⁵³. Bunlar, yakın ölüm tehlikesi, ulaşımın kesilmesi, hastalık ve savaş halidir. El yazılı ya da resmi vasiyetname yapamayacak durumda bulunma ve olağanüstü durumun varlığına ilişkin koşullar, sözlü vasiyetnamenin esasına ilişkin koşullardır. Dolayısıyla, çalışmamızın ilgili kısmında ayrıntılarıyla ele alınacağı üzere, Türk mahkemeleri önünde, yabancılık unsuru taşıyan bir vasiyet ilişkisinde, sözlü vasiyetname yapılmasının mümkün olup olmadığı incelenirken, sözlü vasiyetname yapılabilmesi için olağanüstü bir durumun varlığının gerekli olup olmadığı ya da hangi hallerde böyle bir durumun söz konusu olabileceği meseleleri, mirasın esasına uygulanacak hukuka tabi olacaktır¹⁵⁴.

Sözlü vasiyetname yapılabilmesi için gereken şekil şartları, vasiyetçinin ölüme bağlı tasarrufuna ilişkin irade beyanını iki tanık önünde söylemesi ve bunun yazılı bir belge haline getirilmesi konusunda bu kişileri görevlendirmiş olması (TMK m. 539); tanıkların, vasiyetçinin son arzularını derhal yazılı hale getirmeleri, yazılı belge haline getirilen sözlü vasiyetin vakit kaybetmeksizin yetkili merci olan hakime bildirilmesi ve son olarak, tanıkların, vasiyetçinin tasarrufa ehil olduğunu ve sözlü vasiyeti olağanüstü bir durum içinde yaptığını beyan ve tasdik etmeleridir (TMK m. 540).

2. Yazılı Şekil

a. Adi Yazılı Şekil

Adi yazılı şekil ile kastedilen, sözleşmenin nitelik ve içeriğini göstermeye yeterli olan ve borç altına girenlerin ya da bir hakkı devredenlerin imzalarını içeren herhangi bir yazıdır¹⁵⁵. Kanunun adi yazılı şekilde yapılmasını emrettiği bir hukuki işlemin resmi şekilde yapılması mümkündür; buna karşılık, kanunda resmi şeklin öngörülmediği hallerde adi yazılı şekil, hukuki işlemin geçerliliğini sağlamaz¹⁵⁶.

Yazılı şeklin amacı, beyan sahibinin kimliğini ortaya koymak ve irade beyanının içeriğinin beyan sahibi tarafından kabul edilmesini sağlamaktır¹⁵⁷. Yazılı şekil, aynı zamanda, irade beyanının içeriğinin sonradan değiştirilmesine de engel olur¹⁵⁸. Yazılı şekle ilişkin

¹⁵³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Miras Hukuku, s. 221; İMRE/ ERMAN, s. 92; DURAL/ ÖZ, s. 93.

¹⁵⁴ Bkz. Üçüncü Bölüm/ I/ C/ 2.

¹⁵⁵ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 113; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 142; ÖZBİLEN, s. 56.

¹⁵⁶ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 113.

¹⁵⁷ ÖZBİLEN, s. 56.

¹⁵⁸ XOUDIS, Commentaire Romand, s. 102; ÖZBİLEN, s. 56.

hükümler (İsv. BK m. 13; TBK m. 14/1) sadece sözleşmeler bakımından değil, yazılı şekle tabi diğer hukuki işlemler bakımından da kıyas yoluyla uygulama alanı bulur¹⁵⁹.

Türk hukukunda, yazılı şekilde yapılması gereken sözleşmelere örnek olarak, alacağın devri (TBK m. 184), önalım (şufa) sözleşmesi (TBK m. 237/2), bağışlama sözü verme (TBK m. 288/1), kefalet sözleşmesi (TBK m. 583) gösterilebilir. İsviçre hukukunda, yazılı şeklin öngörüldüğü hallere örnek olarak, miras sözleşmesi (İsv. MK m. 513), aynı haklara ilişkin bazı sözleşmeler (İsv. MK m. 828/2, 886, 900/1), alacağın temliki (İsv. BK m. 165/1), bağışlama sözü verme (İsv. BK m. 243/1), iş sözleşmeleri (İsv. BK m. 216/3), ön alım hakkı tesisine ilişkin sözleşme (İsv. BK m. 216/3) ve ölüncüye kadar bakma sözleşmesi (İsv. BK m. 522/2) gösterilebilir. Fransız hukukunda, yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelere örnek olarak, çıraklık sözleşmesi (C. Trav. L6222-4), tahkim anlaşması (CPC 1443), patent ve marka devrine ilişkin sözleşmeler (C. Prop. Intell. L613-8, L714-1) gösterilebilir.

aa. Metin

Adi yazılı şeklin gerçekleşmesi için gereken ilk unsur yazılı bir metindir. Metin, sözleşmede tarafların işlem iradelerinin içeriğini dil araçlarıyla biçimlendirip yazılı bir şekilde ifade eden belgedir¹⁶⁰. Metnin beyanda bulunan taraf ya da taraflarca imzalanması halinde adi senet meydana gelmiş olur¹⁶¹. Metnin, tarafların beyanlarının içeriklerini yeterli derecede gösterecek kadar kapsamlı olması gerekmektedir¹⁶². Senet metninin kimin tarafından ve neyle yazıldığıнын bir önemi yoktur¹⁶³. Metin, sözleşmenin kurulması konusunda iradelerini ortaya koyan kişiler tarafından kaleme alınabileceği gibi üçüncü kişiler tarafından da kaleme alınabilir.

Metnin hangi materyal üzerine yazıldığıнын hukuken herhangi bir önemi bulunmasa da, taraf iradelerinin yer aldığı cismin dayanıklı ve devamlı olması gerekir¹⁶⁴. Buna göre, metin, kağıt, karton, kumaş, tahta, taş veya kibrit kutusu üzerine dahi yazılabilir¹⁶⁵. Ancak, bu

¹⁵⁹ XOUDIS, Commentaire Romand, s. 102; ÖZBİLEN, s. 56-57.

¹⁶⁰ EREN, s. 288.

¹⁶¹ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 142; ÖZBİLEN, s. 57.

¹⁶² ÖZBİLEN, s. 57.

¹⁶³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 277; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 114; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 142; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 49; ALTAŞ, s. 73-74; KAPANCI, s. 418; ENGEL, Traité, s. 249; XOUDIS, Commentaire Romand, s. 102-103; ÖZBİLEN, s. 59. Bu kuralın önemli bir istisnasına el yazılı vasiyetnamede rastlanır. El yazılı vasiyetnamede, TMK m. 538/1 gereği, vasiyetname metninin yıl, ay ve gün gösterilmek suretiyle düzenleme tarihi de belirtilerek baştan sona vasiyetçinin el yazısı ile yazılmış olması gerekir. Bu, adi yazılı şekil şartının kanun tarafından ağırlaştırıldığı bir nitelikli yazılı şekil örneğidir (bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 277).

¹⁶⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 279; EREN, s. 288; ÖZBİLEN, s. 57.

¹⁶⁵ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 142; ALTAŞ, s. 74; ÖZBİLEN, s. 57-58.

cismin daha sonra tarafların metnin altını imzalamalarına olanak tanıyacak nitelikte olması gerekir. Bilgisayarın sabit diskinde ya da bir CD veya taşınabilir bellek aygıtı içerisinde bulunan bir belge ise, o an itibarıyla, beyan sahibi tarafından imzalanabilir nitelikte olmadığından hukuki anlamda senet olarak kabul edilmez¹⁶⁶. Bununla birlikte, bir yazıcı vasıtasıyla bu belgeler bir kağıda dökülür ve beyan sahibi tarafından imzalanırsa bu durumda senet niteliğine kavuşur¹⁶⁷. Benzer şekilde, ses kayıt cihazı bantlarına ya da video kamerayla yapılan kayıtlar, beyanı zapt etmekle beraber, hukuki anlamda bir senet teşkil etmezler; ancak, bunların deşifre edilerek yazılı bir metne dönüştürülmesi ve beyan sahibi tarafından imzalanması durumunda adi senet vasfı gerçekleşir¹⁶⁸.

Metnin hangi araçlar kullanılarak yazıldığı önem arz etmez¹⁶⁹. Metin, beyan sahibinin el yazısıyla olabileceği gibi mekanik araçlarla da yazılmış ya da basımevinde basılmış olabilir¹⁷⁰. Bu kuralın istisnaları arasında kefalet sözleşmesi yer alır. TBK m. 583 gereği, senet metninde kefilin sorumlu olacağı azami miktarın, kefalet tarihinin ve müteselsil kefil olması durumunda kefilin bu sıfatla yükümlülük altına girdiğinin kefilin el yazısı ile belirtilmesi gerekir. Bu zorunluluk, kefalet sözleşmesinde şeklin, nitelikli bir şekil olarak kabul edilmesine neden olmaktadır¹⁷¹. Metnin, teknolojik araçlar vasıtasıyla yazılmış olması halinde, belgenin, mutlaka, kağıt ya da benzeri bir cisimle somutlaşması ve imzalanabilir olması gerekmektedir¹⁷².

bb. İmza

aaa. İmzaya İlişkin Genel Açıklamalar

Yazılı şekil şartının gerçekleşmesi için gereken unsurlardan ikincisi imzadır. İmza, yazılı bir irade açıklamasının kendisine ait olduğunu göstermek amacıyla, bir kimsenin ismi için kullandığı özel çizgi ve harflerden oluşan bir işarettir¹⁷³. El yazısı ile imza şartının iki amacı bulunur. Bunlardan ilki, imza atan kişinin teşhis edilmesinin sağlanmasıdır. İkinci amaç

¹⁶⁶ EREN, s. 288; ÖZBİLEN, s. 58.

¹⁶⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 279; EREN, s. 288; ANTALYA, CİLT I, s. 456; ÖZBİLEN, s. 58.

¹⁶⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 279; EREN, s. 288.

¹⁶⁹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 277; KILIÇOĞLU, s. 182; ANTALYA, Cilt I, s. 456; ÖZBİLEN, s. 59.

¹⁷⁰ EREN, s. 273.

¹⁷¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 277; GÜNDÜZ, s. 20-21.

¹⁷² ÖZBİLEN, s. 59.

¹⁷³ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 114; EREN, s. 289; KILIÇOĞLU, s. 184; ÖZBİLEN, s. 61; KAPANCI, s. 418.

ise, metnin imza sahibinin metni kabul etme iradesini dış dünyaya açıklamasıdır¹⁷⁴. İmzalanan metnin şekil şartını tamamlaması için karşı tarafın hakimiyet alanına girmesi gerekir¹⁷⁵. Buna göre, varması gerekli beyanlara ilişkin işlemlerin, şekil şartını sağlayabilmesi için gönderilmesi ya da karşı tarafa teslim edilmesi gerekir.

İlke olarak, senet metninin bizzat beyan sahibinin el yazısı ile imzalanması gerekir¹⁷⁶. El yazısı ile kastedilen, sadece el ile atılan imza değildir; önemli olan, imzanın borç altına giren kişiden çıkmış bir işaret olmasıdır¹⁷⁷. Buna göre, imza el ile atılabileceği gibi, bedensel özü nedeniyle elini kullanamayan kişilerin ayak ya da ağızlarını kullanarak attıkları işaret de imza olarak kabul edilir¹⁷⁸. İmzanın beyan sahibinin karakteristik el yazısına ait özellikler taşıması gerekliliği, imza sahibinin kendi ismini karakterize edilmemiş kitap harfleriyle yazması halinde imzanın geçerliliğini etkilemez; bununla birlikte, imza olarak çarpı ya da benzeri bir işaretin kullanılması, bunların herkes tarafından kolayca taklit edilebilir olması nedeniyle, imza olarak kabul edilmez¹⁷⁹. İmzanın, doğrudan doğruya imzayı atan kişinin elinden çıkması gerekir. Buna göre, önceden atılmış bir imzanın, damga veya mühür kullanılarak ya da elektronik aletler vasıtasıyla tarandıktan sonra çıktısı alınarak fotokopi

¹⁷⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 280; ENGEL, *Traité*, s. 251; TERCIER/ PICHONNAZ, s. 156; ANTALYA, CİLT I, s. 457; ALTAŞ, s. 74; TUĞ, s. 56; ÖZBİLEN, s. 61; GÜNDÜZ, s. 45.

¹⁷⁵ VON TUHR, s. 237; ALTAŞ, s. 75; XOUDIS, *Commentaire Romand*, s. 105, 109. Örneğin, kefalet sözleşmelerinde, hazır olmayanlar arasında, önerinin alacaklı tarafından yapılması durumunda, kefilin TBK m. 583'te düzenlenen şekle uygun olarak hazırladığı kefalet senedini kendi tasarruf alanında bırakması halinde kefalet sözleşmesinin kurulduğundan bahsedilemeyecektir (bkz. GÜNDÜZ, s. 28). Önerinin kefil tarafından yapıldığı hallerde ise, ister hazırlar arasında isterse hazır olmayanlar arasında olsun, kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için kefilin kefalet senedini imzalaması ve bunu bildirmesi yeterli olmayacak, senedin alacaklıya verilmesi ya da onun tasarruf alanına sokulması gerekecektir (bkz. TANDOĞAN, Cilt II, s. 748-749; GÜNDÜZ, s. 28). TBK m. 583'e uygun olarak hazırlanıp alacaklının tasarruf alanına sokulan bir sözleşme bakımından, alacaklının kabul beyanını herhangi bir şekilde açıklaması mümkündür. Kefalet senedinin alacaklı tarafından alındıktan sonra alacaklının sessiz kalması durumunda kefalet sözleşmesinin zımnî olarak kurulduğu kabul edilmektedir (bkz. ÖZEN, Burak, *Kefalet Sözleşmesinde Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırı Kefalet Sözleşmesinin Kefil Tarafından İfa Edilmesi*, (s. 747-768) Prof. Dr. Belgin Erdoğmuş'a Armağan, İstanbul 2011, s. 747-748; GÜNDÜZ, s. 29). Zira kendisine yönelik bir kefalet sözleşmesi önerisini alan alacaklının, kendi yararına olan ve prensip olarak kendisini herhangi bir yükümlülük altına sokmayan bu sözleşmeyi kurmak isteyeceği sonucuna ulaşılabilir.

¹⁷⁶ VON TUHR, s. 235; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 280; EREN, s. 289; KILIÇOĞLU, s. 185; HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 49; ENGEL, *Traité*, s. 252; ALTAŞ, s. 75; KAPANCI, s. 418.

¹⁷⁷ KILIÇOĞLU, s. 185; ALTAŞ, s. 74; TUĞ, s. 57; ÖZBİLEN, s. 66.

¹⁷⁸ Kefalet sözleşmeleri bakımından aynı görüşte bkz. GÜNDÜZ, s. 39. Bedensel engeli nedeniyle eliyle imza atamayan bir kişinin ağız ya da ayak gibi diğer bir uzvu yardımıyla imza atması hususunda, doktrindeki bir görüşe göre, elle atılan imzada olduğu gibi, bu imzanın da kişinin kendi yazı karakterini taşıması, zaman içinde çok sık değişmemesi ve kim tarafından atıldığına kolayca tespit edilebilmesi gerekmektedir (bkz. ÖZBİLEN, s. 66-67).

¹⁷⁹ ÖZBİLEN, s. 63-64.

yoluyla çoğaltılarak sözleşme metnine eklenmesi halinde geçerli bir imzadan bahsedilemeyecektir¹⁸⁰.

Sözleşmede kimin imzasının bulunması gerektiği TBK m. 14'te belirtilmiştir. TBK m. 14/1 uyarınca, yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunması zorunludur. Aynı prensip, İsviçre hukukunda da benimsenmiştir (İsv. BK m. 13/1). Buna göre, sözleşme ile borç altına girmeyen tarafın imzasının bulunması zorunlu değildir. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, her iki taraf da borç altına girdiğinden, her iki tarafın da imzasının bulunması gerekir. Buna karşılık, kefalet, taşınır bağışlama vaadi, rekabet yasağı ya da ömür boyu gelir gibi tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, kefilin, bağışlayanın, işçinin ya da ömür boyu gelir borçlusunun imzası gerekli ve yeterlidir. Diğer tarafın irade beyanını ne şekilde açığa vurduğu önemli değildir. Bu kural, kıyas yolu ile tasarruf işlemlerinde de uygulanır ve sadece sözleşme ile hakkı üzerinde tasarrufta bulunanın imzası yeterli kabul edilir¹⁸¹. Örneğin, alacağın devrinde sadece devreden tarafın imzası yeterlidir¹⁸².

Beyan sahibi yerine onun yetkili temsilcisi de kendi adı ile fakat beyan sahibi adına hareket ettiğini belirterek imza atabilir; temsilcinin temsil edilenin adı ile imza atması mümkün değildir¹⁸³. Temsilci, senet metninde temsilci sıfatıyla hareket ettiğini belirtmez ise, dolaylı temsil kurallarına göre bizzat borçlanmış olur.

Boş bir kağıda imza atılması (beyaza imza) halinde, yazılı şekil şartının gerçekleşip gerçekleşmeyeceği konusunda doktrindeki baskın görüş¹⁸⁴ uyarınca, istenilen hukuki işlem ya da sözleşme bakımından şekil şartı gerçekleşmiş olur. Diğer bir ifadeyle, borçlunun boş bir kağıda imza atarak alacaklıya teslim etmiş olduğu kağıdın kendi iradesine aykırı olarak sonradan doldurulduğu yönündeki iddiası sözleşmenin şekli geçerliliğine ilişkin değildir; bu durumda, sözleşme en azından şekil bakımından geçerlidir. Boşa imza eden, bunun üstündeki

¹⁸⁰ ÖZBİLEN, s. 67.

¹⁸¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 280; EREN, s. 290; ÖZBİLEN, s. 64.

¹⁸² TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 116; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 280; EREN, s. 290; ÖZBİLEN, s. 64-65.

¹⁸³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 280; EREN, s. 291; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 147; TERCİER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 211; ALTAŞ, s. 76; TUĞ, s. 13, 55; ENGEL, Traité, s. 252; XOUDIS, Commentaire Romand, s. 104; ÖZBİLEN, s. 65-66. Doktrindeki bir görüşe göre, temsilcinin elinden çıkmış olmak şartıyla, temsil edilenin adı ile atılmış bir imza da geçerlidir; böyle bir imzayı geçersiz saymak şeklin amaçları ile örtüşmez (bkz. TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 114).

¹⁸⁴ VON TUHR, s. 237; EREN, s. 292; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 149; ALTAŞ, s. 77; ÖZBİLEN, s. 86-87.

metnin diğerk tarafla kararlaştırdıkları hususlara aykırı olarak doldurulduğunu ispat etmedikçe, imza attığı sözleşme ile bağlı olur¹⁸⁵¹⁸⁶.

Doktrinadaki bir diğerk görüř¹⁸⁷ ise, ağığa atılan imza ile borçlunun iradesine aykırı olarak oluşturulan sözleşmenin şekil bakımından geçerli kabul edilmesi halinde, borçlunun şeklin koruyucu etkisinden mahrum kalacağını ve sözleşmenin sadece alacaklının iradesiyle kurulmuş olacağını savunmaktadır. Bu görüşe benzer bir diğerk görüře¹⁸⁸ göre, kanun tarafından yazılı şekle tabi kılınmış bir sözleşme bakımından ağığa imza atılmış ise, bu sözleşme için kanunda öngörülen şekil şartının gerđerleşmemiř sayılması gerekmektedir. Zira, ağığa imzalı cismin verilmesi esnasında ortada henüz bir metin söz konusu olmadığından, şekil şartı tamamlanmamış olacaktır¹⁸⁹. Ayrıca, kanunda öngörülen yazılı şekil şartının amacının gerđerleşebilmesi için, yazılı şeklin, metin ve imza aşamalarının birbirini izlemesi suretiyle gerđerleşmesi gerekmektedir¹⁹⁰.

İmzanın nereye atılması gerektiği konusunda genel kabul gören görüş uyarınca, imzanın, metnin altına atılması gerekmektedir¹⁹¹. Bununla birlikte, imzanın, metnin başlangıcından bitişine kadar olan kenar boşluğuna yatay biçimde atılabileceği de kabul edilmektedir¹⁹². İmzanın nereye atılacağı hususunda önemli olan, imzanın metni kapsayacak şekilde atılmasıdır¹⁹³. Sözleşme metninin birden fazla sayfadan oluşması halinde, sadece son sayfanın imzalanmasının adi yazılı şeklin gerđerleşmesi bakımından yeterli olduğu kabul edilmektedir¹⁹⁴. Birden fazla tarafın borç altına girdiği sözleşmelerde imzaların aynı metinde

¹⁸⁵ EREN, s. 292; ALTAş, s. 77. Doktrinadaki bir görüşe göre, imzanın metinden önce atılmasını ve metnin alacaklı tarafından sonradan doldurulmasını geçerli sayabilmek için, metnin borçluya ait irade açıklamasına uygun olduğunun ispatlanması gerekir (bkz. TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOğLU/ ALTOP, s. 118-119).

¹⁸⁶ TBK m. 583 hükmü gereği, nitelikli yazılı şekil şartının öngörüldüğu kefalet sözleşmelerinde, kefilin sorumlu olacağı azami miktar, kefalet tarihi ve varsa müteselsil kefalet iradesinin kefilin el yazısıyla doldurulup kefil tarafından imzalanarak geri kalan kısım için kısmi beyaza imzalı bir belge oluşturulmasının, asıl borçlu veya alacaklıya verilen tamamlama yetkisinin yeterince somutlaşması şartıyla mümkün olduğu ifade edilmektedir (bkz. GÜNDÜZ, s. 71). Asıl borçlu veya alacaklıya verilen tamamlama yetkisine aykırı davranılmasının sonuçları hakkında bkz. GÜNDÜZ, s. 66-71. Beyaza imza yoluyla kefalet sözleşmesinin geçerli olarak kurulamayacağına ilişkin olarak bkz. ÖZEN, Kefalet, s. 246; REİSOğLU, Seza, Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2013, s. 77; ACAR, Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, s. 184.

¹⁸⁷ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOğLU/ ALTOP, s. 119.

¹⁸⁸ İNAL, Emrehan, "Ağığa Atılan İmzanın Geğerliliği Sorunu", Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul 2004, s. 165; KAVAK, s. 117.

¹⁸⁹ İNAL, s. 165.

¹⁹⁰ KAVAK, s. 117.

¹⁹¹ OğUZMAN/ ÖZ, s. 149; ÖZBİLEN, s. 68.

¹⁹² TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOğLU/ ALTOP, s. 117.

¹⁹³ KOCAYUSUFPAşAOğLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 280; EREN, s. 297; ÖZBİLEN, s. 69.

¹⁹⁴ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOğLU/ ALTOP, s. 117; ÖZBİLEN, s. 69.

yer almaması, sözleşmenin şekli geçerliliğini etkilememektedir¹⁹⁵. Doktrinde, iki tarafın karşılıklı olarak borç altına girdiği sözleşmelerde, her bir tarafın, kendi beyanının yer aldığı metni imzalayarak imzalı nüshayı karşı tarafa iletmesinin yazılı şekil şartını gerçekleştirmek için yeterli olacağı genel olarak kabul edilmektedir¹⁹⁶.

Türk hukukunda, TBK m. 14/2 hükmünde, adi yazılı şekle ilişkin bir yenilik öngörülmüştür. Buna göre, kanunda aksi öngörülmedikçe, imzalı bir mektup, asılları borç altına girenlerce imzalanmış telgraf ve teyit edilmiş olmak şartıyla, faks veya benzer iletişim araçlarıyla¹⁹⁷ ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçecektir. Söz konusu düzenlemede, metin unsuru yine yer almakla birlikte, imza eksikliği başka şekillerle giderilmek istenmiştir¹⁹⁸. İş yaşamında, kişilerin sırf kuracakları sözleşmelerin geçerliliğinin bağlı olduğu yazılı şeklin gerçekleşmesi için biraraya gelmek ya da sözleşme koşullarını bir senet biçiminde düzenlemek zorunda kalmaları, taraflar bakımından zahmetli ve vakit kaybettirici durumlar yaratabilmektedir. Bu nedenle, taraflar, faks, telgraf ve benzeri iletişim araçları kullanmak suretiyle sözleşme kurma yoluna gitmektedirler¹⁹⁹. TBK m. 14/2 hükmü bu yolla kurulan sözleşmelerin de yazılı şekil şartını sağlayacağını düzenlemiştir.

İsviçre hukukunda, Federal Mahkeme, taraflarca imzalanmış belgelerin birer kopyasının modern iletişim vasıtalarıyla, özellikle faks yoluyla, diğer tarafa gönderilmesinin yazılı şekil şartını yerine getirip getirmediği hususunda kesin bir görüş bildirmemektedir. Bu husus, doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde, imzalanmış metnin bir kopyasının modern iletişim

¹⁹⁵ ÖZBİLEN, s. 70.

¹⁹⁶ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 145; EREN, s. 291; ÖZBİLEN, s. 70. Aksi görüşte bkz. TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 117.

¹⁹⁷ Benzer iletişim araçları ile gönderilen metinler konusunda, cep telefonlarında bulunan Messenger, Whatsapp gibi uygulamaları kullanarak ya da SMS veya e-posta göndermek suretiyle yazılarak sözleşme kurulması halinde, kanunda öngörülen bu şekil şartının yerine getirilip getirilmediği sorusu gündeme gelmektedir. Doktrindeki bir görüşe göre, tarafların cep telefonlarından birbirlerine gönderdikleri SMS metinlerini yazılı şekil şartını sağlayan unsurlar olarak kabul etmek mümkün değildir; zira bu tür mesajlarda, mesajı gönderenin elle yazılmış orijinal imzası bulunmadığı gibi bu mesajların kim tarafından gönderildiği konusunda bir kesinlik bulunmamaktadır (bkz. ÖZBİLEN, s. 101). Aynı şekilde, borç altına giren tarafça imzalanmış bir sözleşme metninin fotoğrafının çekilerek ya da tarayıcı vasıtasıyla taranarak karşı tarafa telefon mesajı olarak gönderilmesi durumunda da yazılı şekil şartı gerçekleşmeyecektir. Bu görüşe göre, geçerliliği yazılı şekil şartına bağlanmış bir sözleşmenin bu tür modern iletişim araçları vasıtasıyla kurulması söz konusu olduğunda, sözleşme metninin, faks ile gönderilen metinlerde olduğu gibi borç altına giren tarafça teyit edilmesi, yani, sözleşme kurulduktan sonra, kendi orijinal imzasını taşıyan sözleşme metnini karşı tarafa ulaştırması gerekmektedir (bkz. ÖZBİLEN, s. 101-102).

¹⁹⁸ KAPANCI, s. 418-419. Teyit edilmiş faks bakımından, faksın kim tarafından nasıl teyit edileceği ya da hangi sürede teyit edilmesi gerektiği konusunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Konu doktrinde oldukça tartışmalıdır. Doktrindeki görüşlere ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. KAPANCI, s. 419-423; ÖZBİLEN, s. 98-100.

¹⁹⁹ ÖZBİLEN, s. 94.

vasıtalarıyla karşı tarafa iletilmesinin yazılı şekil kuralının amacını yerine getireceği ifade edilmektedir²⁰⁰. Bu görüşe göre, taraflarca imzalanmış metnin bir kopyasının karşı tarafa iletilmesi halinde de, ilgili taraf, sözleşmenin diğer tarafının kimliğini doğrulayabilecek ve bu tarafın beyanının içeriğini kendisine karşı ileri sürebilecektir. O halde, el yazısı ile imzalanmış bir metnin faks yoluyla ya da metnin taranmış bir kopyasının elektronik ortamda diğer tarafa iletilmesi, İsv. BK m. 13/1 anlamında yazılı şekil şartını gerçekleştirecektir. Bununla birlikte, e-mail, nitelikli elektronik imza bulunmadıkça yazılı şekil şartını yerine getirmemektedir. Ayrıca, doktrinde çoğunluk tarafından kabul edildiği üzere, imzalanmış orijinal metnin fotokopisinin karşı tarafa iletilmesi, yazılı şekil şartı için yeterli olmayacaktır²⁰¹.

bbb. İmza Konusunda Özellik Arz Eden Hususlar

Türk hukukunda ve İsviçre hukukunda el yazısı ile imza kuralının bazı istisnaları mevcuttur. İlk olarak, örf ve adetçe kabul edilen durumlarda ve özellikle çok sayıda çıkarılan kıymetli evrakin imzalanmasında, imzanın el yazısı ile atılması çok zor olacağından, imzanın bir araçla atılması yeterli kabul edilmiştir (TBK m. 15/2, İsv. BK m. 14/2). Örneğin, yeni bir anonim ortaklık kurulurken çıkarılan binlerce hisse senedinin ya da bir şirketin büyük miktarda çıkarttığı tahvilin el yazısı ile imzalanması çok zor olabilir. Bu gibi durumlarda, kanunkoyucu, kolaylık sağlamak adına bir araç ile imza atılmasına imkân tanımıştır²⁰². Ancak, kambiyo senetlerinde (bono, çek, poliçe) mekanik bir araç ile imza atılması mümkün değildir (Türk Ticaret Kanunu m. 756/II, m. 776, m. 780; İsv. BK m. 1085/2, 1098/1).

El yazısıyla imza kuralının bir diğer istisnası, fiziki sakatlık ya da okuma yazma bilmeme nedeniyle imza atamayanlara ilişkindir. TBK m. 16 uyarınca, imza atamayanlar, usulüne göre onaylanmış olması şartıyla, imza yerine geçen bir el işareti²⁰³, parmak izi²⁰⁴ ya da mühür²⁰⁵ kullanabilirler²⁰⁶. Noterlik Kanunu m. 75 gereği, el işareti, parmak izi ya da

²⁰⁰ XOUDIS, Commentaire Romand, s. 105-106.

²⁰¹ XOUDIS, Commentaire Romand, s. 106.

²⁰² EREN, s. 293; ÖZBİLEN, s. 68.

²⁰³ El işareti, elle yapılmış bir çizgi, geometrik bir şekil veya yazı şeklinde kullanılmayan bir rakam, harf olabilir; paraf veya yazı işaretleri, el işareti olarak kabul edilmez (bkz. TAŞPINAR AYVAZ, Sema, "Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun İmza Atamayanlarla İlgili Yeni Düzenlemesine Eleştirel Bir Bakış", (s. 321-349), AUHFD, 61 (1) 2012, s. 334; ÖZBİLEN, s. 79). El işareti, imza yerine geçecek bir şekil olduğu için bunun imza gibi el ile yapılması, böylece beyan sahibinin kişisel özelliğini taşıması gerekir (bkz. TAŞPINAR AYVAZ, s. 334; ÖZBİLEN, s. 79).

²⁰⁴ Hükümde açıkça, parmak izinin de onaylanması gerekliliğinden bahsediliyor olmasına rağmen, doktrindeki bir görüşe göre, ayırıcı fonksiyona ve kişisel özellikleri yansıtmaya özelliğine sahip olması nedeniyle parmak izinin ayrıca onaylanmasına gerek yoktur (bkz. ANTALYA, CİLT I, s. 468).

²⁰⁵ Mühür, üçüncü bir kişi tarafından ilgilinin ad ve soyadının katı bir cisim üzerine kazınmasıdır; mühür, kişinin karakterini ve çizimini yansıtmaz (bkz. TAŞPINAR AYVAZ, s. 334). Mühür, alet yardımıyla atılan imzadan farklıdır. Zira alet yardımıyla atılan imzada, imza atanın kendi eliyle atılmış imzası sert bir cisim üzerine

mühürün imza yerine geçebilmesi için bunların noter tarafından onaylanması gerekir. Burada, imza atamayan kişilerin imza yerine kullanacakları araçların onaylanması söz konusudur; söz konusu düzenlemeler ile işlemlerin içeriğine yönelik bir koruma öngörülmemiştir²⁰⁷. TBK m. 16/1 uyarınca, geçerliliği adi yazılı şekil şartına bağlanmış bir sözleşmede, borç altına giren tarafın imza atma yeteneğinden yoksun olması halinde, bu kişinin sözleşme metnine bastığı parmak izi ya da koyduğu mühür veya el ile yapmış olduğu işaret, noter tarafından usulüne uygun olarak önceden onaylanmış ise, şekil şartının gerçekleşmiş olduğu kabul edilmektedir²⁰⁸.

HMK m. 206/1 uyarınca, imza atamayanların el işareti, parmak izi ya da mühür kullanmak suretiyle imzalayacakları belgelerin senet niteliğini haiz olması için bu belgelerin noter tarafından düzenleme biçiminde oluşturulması gerekir²⁰⁹. Söz konusu hükmün, bir ispat şekli teşkil ettiği; sözleşmenin geçerliliğine etki etmeyeceği kabul edilmektedir²¹⁰. HMK m. 206 düzenlemesi ile imza atamayanlar bakımından, TBK’da yazılı şekil şartına tabi tutulmuş kefalet, taksitle satım, alacağın temlik gibi sözleşmelerin, ispat koşulunu sağlayabilmeleri için resmi şekilde yapılmaları zorunlu kılınmıştır. Noter tarafından düzenleme biçiminde yapılmayan bu sözleşmeler, ispat hukuku bakımından senet niteliğini haiz olmayacak; bununla birlikte, bu sözleşmelerin başka bir kesin delille ispatı mümkün olacaktır²¹¹.

kazınırken, mühürde, imza edenin el yazısıyla atılmış imzası yoktur (bkz. TAŞPINAR AYVAZ, s. 334; ÖZBİLEN, s. 80).

²⁰⁶ Söz konusu düzenlemeye konu kişilerin imza atma yeteneğinden yoksun olmaları gerekir (bkz. KILIÇOĞLU, s. 195-196; ANTALYA, CİLT I, s. 467; ÖZBİLEN, s. 78). Bu yoksunluk, kişinin okuma yazma bilmemesinden veya felç, uzuv kaybı ya da eksikliği gibi fiziksel birtakım engellerden kaynaklanabilir (bkz. OĞUZMAN/ ÖZ, s. 148; ÖZBİLEN, s. 78). Sadece görme konusunda engeli bulunan kişiler, kural olarak imza atma yeteneğinden yoksun sayılmazlar; bununla birlikte, görme engelli bir kişi, okuma yazma bilmediği ya da örneğin elini kaybetmiş olduğu için imza yeteneğinden yoksun ise, TBK m. 16 hükmü bu kişiler hakkında da uygulanabilecektir (bkz. ÖZBİLEN, s. 78).

²⁰⁷ TAŞPINAR AYVAZ, s. 344; ÖZBİLEN, s. 81.

²⁰⁸ KILIÇOĞLU, s. 199; ÖZBİLEN, s. 81.

²⁰⁹ Mülga HUMK m. 297’de, imza atamayanların el ile yapılmış işaret veya mühür kullanmalarında onay mercii, ihtiyar heyeti ve yaşadığı yerden olmak üzere iki tanık olarak düzenlenmekteydi. İmza atamayanlara ilişkin olarak HMK m. 206’da yer verilen düzenlemede, onay yetkisi, ihtiyar heyeti ve tanıklardan alınarak noterlere verilmiştir.

²¹⁰ KILIÇOĞLU, s. 199; TAŞPINAR AYVAZ, s. 345; ÖZBİLEN, s. 81-83. KILIÇOĞLU’na göre, yazılı geçerlilik şartına tabi sözleşmelerin düzenlenmesi ve koşulları maddi hukukla ilgili olup, HMK’da yazılı geçerlilik şartına ilişkin düzenlemeler getirilemediğinden, TBK m. 16 hükmüne üstünlük tanıyarak, imza atamayanların, yazılı geçerlilik şekline tabi sözleşmeleri, adi yazılı şekilde yapabilecekleri kabul edilmelidir (bkz. KILIÇOĞLU, s. 199. Aynı yönde bkz. ÖZBİLEN, s. 81-82). ÖZBİLEN’e göre, bir hukuki işlemin geçerliliği için kanunda öngörülmüş olan şekil kuralının o işlemin ispatı bakımından da yeterli olması gerekmektedir. Aksi takdirde, gerçekleştirecekleri sözleşmenin geçerli sayılması için kanunda öngörülen şekil şartını yerine getiren tarafların, bir de bu sözleşmenin ispatı için ikinci bir şekil şartını yerine getirmeleri gerekir ki, bu durum, şekil kurallarının amacı ile bağdaşmaz; zira şekil kurallarının amaçlarından biri de sözleşmenin ispatını kolaylaştırmaktır (bkz. ÖZBİLEN, s. 82-83).

²¹¹ TAŞPINAR AYVAZ, s. 345.

İsviçre hukukunda da, imza atamayanların, imza yerine geçmek üzere usulen onaylanmış bir el işareti kullanabilecekleri düzenlenmiştir (CO 15). Usulen onama işlemi, imza atamayan kişinin kimliğini ve imza yerine geçmek üzere kullanılan el işaretinin resmiliğini kapsmalıdır²¹². İmza yerine geçmek üzere el işareti kullanılması, kanunda öngörülen bazı hallerde mümkün değildir. Örneğin, kambiyo senedi (İsv. BK 1085/2) ya da emre yazılı senet (İsv. BK m. 1098/1) düzenlenirken usulen onaylanmış olsa dahi el işareti kullanılması söz konusu değildir.

El yazısıyla imza kuralına bir istisna da, görme engelliler bakımından öngörülmüştür. TBK m. 15/3²¹³ gereği, görme engellilerin talepleri halinde imzalarında şahit aranacaktır²¹⁴. Hükümde bahsedilen şahitlik, görme engellinin yaptığı sözleşme metnine ilişkin değil, görme engellinin imza atmasına ilişkin olacaktır²¹⁵. Ancak, doktrindeki bir görüşe göre, görme engelli kimseler lehine bir koruma sağlanmak isteniyorsa, söz konusu hükümde bahsedilen

²¹² XOUDIS, Commentaire Romand, s. 115.

²¹³ Mülga Borçlar Kanunu m. 14/3'te, 2005 yılına kadar, görme engelliler bakımından, "*amaların imzaları usulen tasdik olunmadıkça yahut imza ettikleri zaman muamelenin metnine vakıf oldukları sabit olmadıkça onları ilzam etmez*" şeklinde bir hüküm yer almaktaydı. Söz konusu hüküm, engellilerle ilgili yapılan düzenlemeleri içeren 5378 sayılı Kanun (RG. 7.7.2005, S. 25868) ile 2005 yılında kaldırılmış ve aynı kanun ile Noterlik Kanunu'nun 73. maddesi de değiştirilerek ilgilinin işitme, görme ve konuşma engelli olması halinde, ilgilinin isteğine bağlı olarak iki tanık huzurunda işlem yapılabileceği düzenlenmiştir. Görme engellilerin imzaları hususu, TBK m. 15/3 hükmünde düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm, henüz yürürlüğe girmeden değişikliğe uğramıştır. Hükmün ilk hali 2005 değişikliğinden önceki gibidir. Ancak, sonrasında, söz konusu hüküm, 6111 sayılı Kanun'un (RG. 25.2.2011, S. 27857) 213. maddesi ile değişikliğe uğrayarak mevcut halini almıştır. Söz konusu hükmün tartışmaya son derece açık bir düzenleme olduğu doktrinde ifade edilmektedir (bkz. ÖZBİLEN, s. 74-75). Bu görüşe göre, görme engelli kimselerin, metinlerini okumadan ve tanık yardımından yararlanmadan imzaladıkları sözleşmelerin geçerli kabul edilmesi, bu kişilerin, belki de zannettiklerinden farklı bir sözleşme içeriğinden sorumlu olacakları anlamına gelecektir; nitekim, görme engelli kişi için, kendisine açıklanandan farklı bir metne imza atması konusunda her zaman bir risk bulunmaktadır.

²¹⁴ Söz konusu hükümde yer alan "talepleri halinde" ibaresi dolayısıyla, görme engellinin talep etmemiş olması halinde şahitsiz olarak yapılan işlemin geçerli mi olacağı yoksa, görme engelliye bu işleme dayanılarak bir talepte bulunulduğunda, ona, imza atıldığı sırada şahit bulunmadığından işlemin geçersizliğini ileri sürme hakkının mı tanındığı belirsizdir. Doktrindeki bir görüşe göre, bu hükümden çıkarılacak sonuç, en az bir şahidin bu sıfatla imzalamadığı bir metnin geçersizliğini bunu imzalayan görme engellinin her zaman ileri sürebileceği; buna karşılık, görme engelli olmayan tarafın bu gerekçe ile geçersizlik ileri süremeyeceğidir (bkz. OĞUZMAN/ ÖZ, s. 148-149. Aynı yönde bkz. GÜNDÜZ, s. 47-48). Eğer, iki tarafa da borç yükleyen bir sözleşme söz konusu ise, geçersizlik ileri sürerek kendi borcundan kurtulan görme engelli, kendi alacağını da talep edememeli ve almışsa iade etmekle yükümlü olmalıdır. Doktrindeki aksi görüş uyarınca, sözleşmeyi tanık huzurunda gerçekleştirme imkanına sahip olmasına rağmen bu imkândan yararlanmaktan kendi isteğiyle kaçınan görme engelli kişinin bunun sonuçlarına katlanması gerekmektedir (bkz. ÖZBİLEN, s. 76). Bu görüşe göre, görme engeli bulunan tarafın her ne pahasına olursa olsun korunması gerektiği yönündeki anlayış menfaatler dengesine aykırı olduğu gibi, uzun vadede görme engellilerin daha büyük zarara uğramasına neden olabilecektir; zira görme engelli tarafın kanun tarafından kayıtsız şartsız korunacak olmasından çekinen diğer taraf görme engelli ile sözleşme ilişkisi kurmak istemeyebilecektir. Gerçekten, karşı taraf, görme engelli bir kişi ile gerçekleştireceği sözleşmenin şeklen geçerliliğini sağlamak amacıyla tanık bulundurmaktan mahrum bulunacak, bunun yanı sıra, yine görme engelli tarafından süresiz bir biçimde sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi tehlikesi ile karşı karşıya bulunacaktır (bkz. ÖZBİLEN, s. 77).

²¹⁵ KILIÇOĞLU, s. 195.

şahidin görevinin, imzanın görme engellinin elinden çıktığına tanıklık etmek değil, görme engellinin metni imzalarken sözleşmenin içeriğinden haberdar edildiğine tanıklık etmek olduğunun kabulü gerekir²¹⁶. Bu konuda Noterlik Kanunu m. 73'te de bir düzenlemeye yer verilmiştir. 5378 sayılı Kanun ile Noterlik Kanunu'nun 73. maddesinde yapılan değişiklik sonucu, noter, ilgilinin görme engelli olduğunu anladığı takdirde, ilgilinin talebine bağlı olarak iki tanık huzurunda işlem yapacaktır²¹⁷.

İsviçre hukukunda, görme engellilerin imzalarının kendilerini bağlayabilmesi için imzanın usulüne uygun şekilde onaylanmış olması ya da imza esnasında metnin içeriğinin görme engelli tarafından bilindiğinin ispat edilmiş olması gerekmektedir (İsv. BK m. 14/3)²¹⁸. Görme engellinin imzası, resmi bir memur tarafından onaylanacaktır²¹⁹. İmzayı onaylayacak olan resmi memur, kantonal hukuk tarafından belirlenecektir²²⁰. İsv. BK m. 14/3 hükmü, onayı verecek olan resmi memurun metnin içeriği hakkında görme engelliye bilgilendirmesi gerekliliğini zımni bir şekilde ortaya koymaktadır²²¹. Bununla birlikte, doktrindeki baskın görüş uyarınca, böyle bir bilgilendirmenin yokluğu, hukuki işlemin geçerliliğini etkilemeyecektir²²². Görme engellinin metnin içeriğini bildiği hususu, her türlü delille ispatlanabilir²²³. Örneğin, bunun için şahit gösterilebilir ya da görme engelli metnin içeriğini bildiğini kendisi onaylayabilir.

El yazısıyla imza kuralının son istisnası, güvenli elektronik imzadır. İnternet teknolojisindeki değişim ve gelişmelere bağlı olarak, Türk hukukunda, güvenli elektronik imzaya da sonuç bağlanacağı çeşitli düzenlemelerde kabul edilmiştir. 5070 sayılı Elektronik

²¹⁶ ÖZBİLEN, s. 77.

²¹⁷ TBK m. 15/3 hükmünün, Noterlik Kanunu hükümlerine paralel ve isabetli bir şekilde düzenlenmiş olduğu doktrinde ifade edilmektedir (bkz. TAŞPINAR AYVAZ, s. 332). Söz konusu hüküm ile, görme engellilerin, kural olarak, tek başlarına imzalarıyla bağlayıcı işlem yapabilecekleri ancak talepleri halinde tanık bulundurabilecekleri düzenlenmektedir. Bu durumda, sonradan ortaya çıkabilecek uyumsuzlukta, önceki düzenlemenin aksine, görme engelli tarafın, imza sırasında tanık istediğini, tanık huzurunda olmaksızın atılan imzanın kendisini bağlamayacağını ispat etmesi gerekecektir (bkz. TAŞPINAR AYVAZ, s. 332).

²¹⁸ Söz konusu hüküm, TBK m. 15/3 düzenlemesinin 2011 tarihli değişiklik öncesindeki haline paraleldir. Eski düzenlemeye ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. KILIÇOĞLU, s. 190-193.

²¹⁹ ENGEL, *Traité*, s. 253; XOUDIS, *Commentaire Romand*, s. 114.

²²⁰ ENGEL, *Traité*, s. 253; XOUDIS, *Commentaire Romand*, s. 114.

²²¹ XOUDIS, *Commentaire Romand*, s. 114.

²²² ENGEL, *Traité*, s. 253; VON TUHR, s. 235, dn. 50. Görme engellinin imzasının usulüne uygun olarak onaylanmamış olması ya da görme engellinin imzaladığı metnin içeriğini bilmediğinin ispatlanması halinde, hukuki işleminin geçerliliği hakkında doktrindeki bir görüşe göre, kanunda yer alan "görme engelliye bağlamayacağı" ifadesinden yola çıkıldığında, sözleşmenin geçersiz olmadığı; ancak tek taraflı olarak görme engelli bakımından hüküm ifade etmeyeceği sonucuna ulaşılmalıdır. Buna göre, sözleşmenin tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması halinde, karşı taraf sözleşme ile bağlı olacak; buna karşılık, görme engelli, sözleşmeyi onaylamadığı müddetçe sözleşme ile bağlı olmayacaktır (bkz. ENGEL, *Traité*, s. 253-254).

²²³ XOUDIS, *Commentaire Romand*, s. 115.

İmza Kanunu²²⁴ (EİK) m. 5 ve TBK m. 15/1 hükümlerinde, güvenli elektronik imzanın da el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğuracağı düzenlenmiştir. Bununla birlikte, EİK m. 5/2'de öngörülen istisna gereği, kanunların resmî şekle²²⁵ veya özel bir merasime²²⁶ tabi tuttuğu hukukî işlemler ile teminat sözleşmelerinin güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilmesi mümkün olmayacaktır.

Kanunda, elektronik imza ile gerçekleştirilemeyecek işlemler arasında kanunların resmi şekle tabi tuttuğu işlemlerden bahsedilse dahi, bu ifadenin kanunla resmi şekle bağlı tutulmuş işlemlerle sınırlı tutulmaması, tarafların anlaşması ile resmi şekle tabi tutulan işlemleri de kapsamaması gerektiği kabul edilmektedir²²⁷. O halde, örneğin, kanunda adi yazılı şekle tabi olacağı düzenlenmiş olan alacağın devri sözleşmesinin, taraflarca resmi şekilde, noterde düzenlenmek kaydıyla geçerli olacağının kararlaştırılmış olması halinde, burada da elektronik imza uygulaması söz konusu olamayacaktır. Kanunda, resmi şekle tabi hukuki işlemlerin yanı sıra teminat sözleşmelerinin de elektronik imza ile kurulamayacağı düzenlenmiştir. Buna göre, kefalet sözleşmeleri ile garanti sözleşmeleri de elektronik imza yoluyla kurulamayacaktır. Buna karşılık, 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu²²⁸ m. 4/2 hükmünde, rehin sözleşmesinin elektronik ortamda ya da yazılı olarak düzenlenebileceği belirtildikten sonra, m. 4/3 hükmünde, elektronik ortamda düzenlenen rehin sözleşmesinin Sicil'e tescil edilebilmesi için, güvenli elektronik imza ile onaylanması gerektiği öngörülmüştür.

İsviçre hukukunda da, nitelikli elektronik imzanın el yazısıyla atılmış imza ile aynı hükümleri doğuracağı hüküm altına alınmıştır (İsv. BK m. 14 IIbis). Bu kuralın kanunda öngörülen bazı istisnaları mevcuttur. El yazısıyla yazılması gereken örneğin, el yazılı vasiyetname (İsv. MK m. 505) ya da kefalet sözleşmesi (İsv. BK m. 493) için elektronik imza kullanılması mümkün değildir. Ayrıca, resmi şekilde yapılması öngörülen işlemler ile kıymetli evrak alanında da elektronik imza uygulama alanı bulmamaktadır²²⁹.

²²⁴ RG. 23.01.2004, S. 24355.

²²⁵ Buna göre, örneğin, taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan ya da taşınmaz üzerinde sınırlı ayni hak tesisini konu alan sözleşmelerin ya da trafik siciline tescil edilmiş motorlu araçları konu alan satış sözleşmelerinin elektronik imza ile gerçekleşmesi mümkün değildir (bkz. ÖZBİLEN, s. 90).

²²⁶ Buna göre, örneğin, bir aile hukuku sözleşmesi olan evlenme sözleşmesinin elektronik imza ile gerçekleşmesi söz konusu değildir (bkz. ÖZBİLEN, s. 90-91).

²²⁷ KILIÇOĞLU, s. 188; ÖZBİLEN, s. 91.

²²⁸ RG., 28.10.2016, S. 29871.

²²⁹ XOUDIS, Commentaire Romand, s. 111.

b. Nitelikli Yazılı Şekil

Nitelikli yazılı şekil, diğer bir ifadeyle özellikli yazılı şekil, diğer şekil şartlarından farklı olarak Türk Borçlar Kanunu ya da diğer kanunlarda yer alan bir kavram değildir. Bununla birlikte, bazı hukuki işlemlerin şekli geçerliliği konusunda kanunda, adi yazılı şekil şartının gerçekleşmesi için gereken unsurlara ilave olarak başka bazı hususların da bulunması gerektiği düzenlenmiş ve bu şekil türü doktrinde nitelikli yazılı şekil şartı olarak adlandırılmıştır²³⁰. Örneğin, kefalet sözleşmesinde, imzanın yanı sıra kefilin sorumlu olacağı azami miktarı gösteren kısmın, kefalet tarihinin ve müteselsil kefalette bu sıfatla yükümlülük altına girildiğinin kefilin el yazısı ile belirtilmesi gerekmektedir (TBK m. 583).

Miktar, kefalet tarihi ve müteselsil kefalet varsa bu hususun elle yazılması gerekliliğinin bir sonucu olarak, kefalet sözleşmesinin şeklini düzenleyen TBK m. 583 hükmünün dar anlamıyla nitelikli yazılı şekil kuralı teşkil ettiği kabul edilmektedir²³¹. Bu hükmün nitelikli yazılı şekil kuralı teşkil etmesinin bir sonucu olarak, fiziksel yetersizliği dolayısıyla elini kullanamayan ve başka bir organını da yazma amaçlı kullanamayan kişilerle okuma yazma bilmeyen kişilerin kefil olamayacağı sonucuna ulaşılması gerektiği; buna karşılık, bu hallerde noter tarafından re'sen düzenlenen resmi şekle uygun olarak kefalet sözleşmesi yapılabileceği ifade edilmektedir²³². Bu görüşe göre, daha çok koruyucu olan resmi şeklin evleviyetle geçerlilik şeklini sağlaması gerekmektedir.

TBK m. 583 hükmünün nitelikli yazılı şekil kuralı teşkil etmesinin bir diğer sonucu olarak, faks yoluyla kefalet sözleşmesinin akdedilip akdedilemeyeceği sorusu gündeme gelmektedir. Bu soruya doktrinde farklı cevaplar verilmektedir. Doktrindeki bir görüşe göre, el yazılı belgenin faksla ulaştırılmış sureti, el yazılı şekli gerçekleştirilmeyecektir; el yazısı koşulunun koruduğu menfaat ile çabukluk ihtiyacı karşı karşıya getirilmemelidir²³³. Doktrindeki bir diğer görüşe göre, kefilin el yazısıyla yazması gereken yerleri yazdığı ve imzaladığı kefalet sözleşmesinin, sonradan teyit edilmesi koşuluyla faksla alacaklı tarafa gönderilmesi, şekil şartını gerçekleştirecek ve şekil bakımından geçerli bir kefalet sözleşmesi kurulmuş olacaktır²³⁴. Ancak, bunun, araya önemli bir zaman girmeden ve imzalı metnin aslının gönderilmesi suretiyle gerçekleşmesi gerekmektedir.

²³⁰ KILIÇOĞLU, s. 160; EREN, s. 298; ANTALYA, CİLT I, s. 471; ÖZBİLEN, s. 104.

²³¹ ÖZEN, Kefalet, s. 221; ÖZEN, Şekil, s. 750; GÜNDÜZ, s. 20-21.

²³² ACAR, Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, s. 160; ZEVLİLİLER, Aydın/ GÖKYAYLA K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 18. Bası, Ankara 2018, s. 672; GÜNDÜZ, s. 39-41. Aksi yönde bkz. REİSOĞLU, Kefalet, s. 89.

²³³ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 146; AYAN, Kefilin Sorumluluğu, s. 159.

²³⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 300-301; GÜNDÜZ, s. 57.

Nitelikli yazılı şekle ilişkin bir diğer örnek, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da²³⁵ (TKHK) düzenlenen çeşitli sözleşmeler bakımından verilebilir. Örneğin, taksitle satış (TKHK m. 17/3), devre tatil (TKHK m. 50/5), iş yeri dışında kurulan sözleşmeler (TKHK m. 47/4) ve tüketici kredisi (TKHK m. 10) bu sözleşmeler arasında yer alır. TKHK hükümlerinde adi yazılı şekle tabi tutulmuş bazı sözleşme türleri için metinde yer alacak yazıların büyüklüğüne ilişkin bazı şartlar öngörülmüştür (TKHK m. 4/1). Bu şartlar, sadece tüketiciyi korumak ve uyarmak amacı taşıdığından, bunlara uyulmamasından doğan geçersizliğin, sadece tüketici tarafından ileri sürülebileceği ve hâkim tarafından sadece tüketici lehine göz önünde bulundurulabileceği bazı sözleşme türleri bakımından kanunda hüküm altına alınmıştır.

Nitelikli yazılı şekil şartının en bilinen örneklerinden bir diğeri, el yazılı vasiyetnamedir. Tek taraflı bir hukuki işlem olan el yazılı vasiyetnamenin geçerliliği sıkı şekil şartlarına bağlanmış olup, vasiyetname ile meydana getirilen ölüme bağlı tasarrufların bulunduğu metnin mirasbırakan tarafından imzalanması, işlemin şekli geçerliliği bakımından yeterli görülmemiştir²³⁶. Türk Medeni Kanunu m. 538/1 gereği, el yazılı vasiyetnamenin yapıldığı yıl, ay ve gün gösterilerek başından sonuna kadar mirasbırakanın el yazısıyla yazılmış ve imzalanmış olması gerekmektedir.

3. Resmi Şekil

Resmi şekil, sözleşmeyi oluşturan irade beyanlarının kanunda öngörülen usullere uyularak kamu güvenine sahip resmi bir memur tarafından resmi senede bağlanmasıdır²³⁷. Resmi şekilde, resmi şekli gerçekleştiren memur, taraflara hukuki işlemin önemi, anlamı ve mahiyeti hakkında bilgi verdiği için, resmi şekil, tarafları acele ve sağlıksız kararlara karşı korur²³⁸. Resmi şeklin, taraf menfaatlerinin korunmasının²³⁹ yanı sıra, önemli bir amacı daha bulunmaktadır. Türk hukukunda, resmi şekil şartı, taşınmaza ilişkin olarak, tapu kütüğüne yapılacak olan tescilin hukuki sebebini oluşturan sözleşmelerin sağlamlığını, sıhhatini, güvenilirliğini, sağlamak gibi bir amaca ve işleve sahiptir²⁴⁰. Taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin borçlandırıcı işlemlerin geçerli sayılması için gereken resmi şekil şartı, tescile dayanak oluşturan sözleşmeler bakımından işlem güvenliğinin sağlanması ve tapu sicilinin

²³⁵ RG., 28.11.2013, S. 28835.

²³⁶ ÖZBİLEN, s. 107.

²³⁷ KOCAYUSUPFAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 301; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 126; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 150; ALTAŞ, s. 78; TUĞ, s. 64; ÖZBİLEN, s. 110.

²³⁸ ALTAŞ, s. 79; TUĞ, s. 64.

²³⁹ KILIÇOĞLU, Taşınmaz Satımında Şekil, s. 210; ÖZBİLEN, s. 113.

²⁴⁰ ÖZBİLEN, s. 113.

aleniyeti gibi amaç ve ilkeler, sözleşmenin taraflarının yanı sıra üçüncü kişilerin korunması amacına da hizmet etmektedir²⁴¹.

Resmi şekil şartına uygun olarak düzenlenen sözleşmeler, resmi senet niteliğindedir. Resmi senetlerin önemi, bu senetlerin ispat bakımından adi senetlere nazaran daha kuvvetli olmaları noktasında ortaya çıkar²⁴². Zira Türk Medeni Kanunu m. 7/1 gereği, resmi sicil ve senetler, belgeledikleri olguların doğruluğu hakkında kanıt oluştururlar. Resmi senetlerin iki çeşidi bulunmaktadır: resmi memur tarafından re'sen düzenlenen resmi senetler ve resmi memur tarafından sadece senet altındaki imzaların onaylandığı senetler. Resmi şekil denilince ilk akla gelen, resmi memur tarafından "düzenleme" biçiminde yapılan senetlerdir²⁴³. Düzenleme yoluyla yapılması öngörülen senetlerin geçerli olabilmesi için noter tarafından düzenlenmesi gerekir. Resmi memur tarafından sadece imzaların onaylandığı senetlerde, senet metni resmîyetten yararlanmaz; resmîyet, sadece imzalar ve tarih bakımından gerçekleşir²⁴⁴. Geçerliliği resmi şekil şartına bağlanmış bir sözleşmenin geçerli olabilmesi için noterde re'sen düzenleme şeklinde yapılması gerekmektedir²⁴⁵; noterde sadece imzaların onaylanması, sözleşmeye şeklen geçerlilik kazandırmamaktadır²⁴⁶. Örneğin, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin geçerliliği, TBK m. 237/2 gereği resmi şekilde yapılmasına bağlıdır ve bu resmîyet Noterlik Kanunu m. 89 gereği noter tarafından gerçekleştirilecektir. Eğer taraflar taşınmaz satış vaadi sözleşmesini önceden hazırlayarak sadece sözleşmedeki imzaların onaylanması aşamasında notere başvururlarsa, bu durumda resmi şekil şartı gerçekleşmez²⁴⁷.

Türk hukukunda, resmi şekil şartının gerçekleşmesi için riayet edilmesi gereken belirli bir prosedür bulunmaktadır ve bu prosedürün en önemli özelliklerinden biri, "işlemde birlik"

²⁴¹ KILIÇOĞLU, s. 209-210; KILIÇOĞLU, Taşınmaz Satımında Şekil, s. 210; ÖZBİLEN, s. 113-114.

²⁴² Resmi senet ile adi senet kavramları ve ispat hukuku bakımından farklarına ilişkin açıklamalar için bkz. Birinci Bölüm/ II/ B/ 2/ d.

²⁴³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 302.

²⁴⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 302; EREN, s. 300.

²⁴⁵ Yazılı şekle tabi bir sözleşmenin resmi şekilde yapıp yapılamayacağı sorusuna, doktrinde olumlu yanıt verilmektedir. Resmi şeklin tarafların imzasını içermesi halinde yazılı şekle tabi bir sözleşmenin resmi şekilde yapılabileceği konusunda tereddüt duyulmaması gerektiği; resmi şeklin taraf imzasını içermediği hallerde dahi, yazılı şekil ile korunması amaçlanan menfaatlerin resmi şekil vasıtasıyla fazlasıyla korunduğu gerekçesiyle bu soruya olumlu yanıt verilmesi gerektiği ifade edilmektedir (bkz. ENGEL, *Traité*, s. 256. Benzer görüşte bkz. TERCIER/ PICHONNAZ, s. 157).

²⁴⁶ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 127; TANDOĞAN, Cilt I/1, s. 217; ÖZBİLEN, s. 119. Bu husus, Noterlik Kanunu m. 82/3 hükmünde de vurgulanmıştır. Söz konusu hüküm uyarınca, noter tarafından yapılan imza onaylaması, onaylanan imzanın ilgiliye ait oluşunu belgelendirme niteliğinde olup, hukuki işlemlerin içeriğini kapsamamaktadır.

²⁴⁷ ÖZBİLEN, s. 120. Bununla birlikte, noter tarafından sadece sözleşmedeki imzaların onaylanması durumunda, imza tasdiki amacıyla düzenlenen bu senet, geçerliliği resmi şekle bağlı bir sözleşmenin şekli geçerliliğini sağlamamakla beraber, ispat bakımından resmi senet niteliğini haizdir (bkz. ÖZBİLEN, s. 120).

(*unitas actus*) ilkesidir²⁴⁸. Bu ilkeye göre, taraflar, devlet tarafından yetkilendirilmiş görevliler önünde sözleşmenin kurulmasına ilişkin irade beyanlarını aynı zamanda ve birlikte açıklamak zorundadırlar²⁴⁹. Buna göre, sözleşmenin resmi şekle uygun bir biçimde düzenlenmiş sayılabilmesi için katedilmesi gereken tüm aşamaların araya önemli bir zaman dilimi girmeden tamamlanması gerekir. Türk hukukundaki bu prensibe karşılık, Alman hukukunda, geçerliliği resmi şekil şartına bağlı olan bir sözleşmenin taraflarının aynı anda resmi memur önünde hazır bulunma zorunlulukları yoktur; taraflar, kendi irade beyanlarını, ayrı ayrı ve farklı zamanlarda resmiyete bağlama imkanına sahiptirler (Alm. BK 128)²⁵⁰. Bununla birlikte, bu kuralın, taşınmaz mülkiyetinin devri amacıyla gerçekleştirilen aynı sözleşme gibi (Alm. BK 925) istisnaları da mevcuttur.

Türk Borçlar Kanunu'nda adi yazılı şekil düzenlenmiş olup, resmi şekle ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Türk hukukunda resmi şekil ile ilgili konular, Noterlik Kanunu başta olmak üzere çeşitli kanunlarda yer almaktadır. Resmi şekle tabi sözleşmelerin başında, taşınmaz mülkiyetini devir borcunu doğuran sözleşmeler yer alır. Bu husus, TMK m. 706/1'de açıkça hüküm altına alınmıştır. Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmelere örnek olarak satış sözleşmesi (TBK m. 237) ve bağışlama sözü verme (TBK m. 288/2) gösterilebilir. Taşınmaz üzerinde irtifak hakkı kurmaya yönelik sözleşmelerle (TMK m. 780, 795) taşınmaz rehni kurmaya yönelik sözleşmeler (TMK m. 856/2) de kural olarak resmi şekle tabidir. Resmi şekle tabi sözleşmelere örnek olarak, ayrıca, ölüncüye kadar bakma sözleşmesi (TBK m. 612), miras sözleşmesi (TMK m. 545), taşınmazlarda paylı mülkiyetin devamına ilişkin sözleşmeler (TMK m. 698/2), mülkiyeti muhafaza kaydıyla satış sözleşmesi (TMK m. 764) gösterilebilir.

Resmi şekil, esas itibariyle noterler tarafından gerçekleştirilir. Noterlik Kanunu m. 60/2 gereği, kanunlarda resmi olarak yapılmaları emredilen ve mercileri belirtilmemiş bütün hukuki işlemleri yapma görevi noterlere aittir. Kanun, bazı hallerde, noter dışında kalan resmi memurlar için de resmi şekli gerçekleştirme görevi öngörmüştür. Örneğin, Tapu Kanunu m. 26/1 gereği, taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin borçlandırıcı işlemler, tapu sicil

²⁴⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 304-305; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Miras Hukuku, s. 178; ANTALYA, CİLT I, s. 472; ÖZBİLEN, s. 110; KAVAK, s. 36, dn. 124.

²⁴⁹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 304-305; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Miras Hukuku, s. 178; ANTALYA, CİLT I, s. 472; ÖZBİLEN, s. 110; KAVAK, s. 36, dn. 124. Türk hukukunda yer alan bu prensibe benzer bir yaklaşımın İsviçre doktrininde de benimsendiği görülmektedir. Doktrindeki bir görüş uyarınca, hazır olmayanlar arasındaki işlemlerin resmi şekilde yapılması mümkün değildir; kanunda bir sözleşmenin resmi şekilde yapılması öngörülmüşse, her iki tarafın ya da yetkili temsilcilerinin resmi memur önünde hazır bulunması gerekir (bkz. TERCIER/ PICHONNAZ, s. 157).

²⁵⁰ ÖZBİLEN, s. 110-111, dn. 356.

memurları tarafından düzenlenebilir. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi düzenleme yetkisi ise, Noterlik Kanunu m. 60 gereği, noterlere aittir²⁵¹. Resmi şekli gerçekleştirme konusunda noterler dışında görevlendirilen resmi memurlara bir diğer örnek Türk Medeni Kanunu m. 532 hükmünde yer almaktadır. Söz konusu hüküm gereği, sulh hâkimi, noter veya kanunla kendisine bu yetki verilmiş diğer bir resmi görevli, resmi vasiyetname düzenleme konusunda yetkilidir.

Resmi şeklin gerçekleşmiş sayılması için kimlerin imzasına ihtiyaç duyulacağı konusunda kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrindeki bir görüşe²⁵² göre, kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmede sadece borç altına giren kişilerin imzalarının bulunmasını yeterli gören TBK m. 14 hükmünün bu konuda kıyas yoluyla uygulanması isabetsizdir. Bu görüşe göre, resmi senedi kimin imzalaması gerektiği araştırılırken, resmi şekli düzenleyen hükümlerin incelenmesi gerekir. Noterlik Kanunu m. 84/2 ve Tapu Kanunu m. 26 hükümlerinde, işleme katılanların ya da tarafların imzalarının bulunması gerektiği düzenlenmektedir. Resmi şekil zorunluluğu öngören hüküm, bu zorunluluğu taraflardan sadece birinin beyanı için öngörmüşse, sadece o tarafın beyanının resmi şekle bağlanması yeterlidir. Örneğin, TBK m. 288 gereği, bir taşınmazın ya da taşınmaz üzerindeki bir aynı hakkın bağışlanması sözü vermenin geçerliliği, resmi şekilde yapılmasına bağlıdır. Maddede, "bağışlama sözü vermenin" şekle bağlanmasından söz edilmekte olduğundan, sadece bağışlama sözü veren taraf için şekil zorunluluğu öngörüldüğü sonucuna ulaşılabilir.

Resmi şekil konusunda karşılaştırmalı hukuka baktığımızda, İsviçre hukukunda, hangi hallerde resmi şeklin öngörüldüğü, resmi şeklin tanımı ve asgari koşulları federal hukukta; resmi şeklin hangi resmi memur tarafından hangi usulle gerçekleştirileceği hususu ise kantonal hukukta düzenlenmektedir²⁵³. Resmi şeklin öngörüldüğü hallere örnek olarak, evlilik sözleşmesi (İsv. MK m. 184), taşınmaz satış sözleşmesi (İsv. BK m. 216/1), taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, taşınmazlara ilişkin alım, önalım ve geri alım sözleşmeleri, taşınmazlar üzerinde aynı hak tesisine ilişkin sözleşmeler (irtifak hakları bakımından İsv. MK m. 732,

²⁵¹ Doktrindeki bir görüşe göre, söz konusu hüküm gereği, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi düzenleme yetkisi noterlere bırakılmış olmasına karşın, bu sözleşmenin noter yerine tapu dairesinde gerçekleştirilmesi durumunda, sözleşme şeklen geçerli kabul edilmelidir (bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul 1959, s. 118-119; ÖZBİLEN, s. 116). Bu görüşe göre, Tapu Kanunu m. 26 hükmünde yer alan "mülkiyete ...mütedair resmi senetler" ibaresi ile "mülkiyetin nakline mütedair" veya "mülkiyetin nakli amacını güden" manası anlaşılmalıdır; o halde, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi de bu hüküm kapsamında tapu müdürü ya da memuru huzurunda yapılabilecektir (bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Gayrimenkul Satış Vaadi, s. 119).

²⁵² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 303.

²⁵³ ENGEL, Traité, s. 255; TERCIER/ PICHONNAZ, s. 157; XOUDIS, Commentaire Romand, s. 85.

rehin hakkı bakımından 799/2 hükümleri) gösterilebilir. Yazılı şekle tabi bir sözleşmede yapılacak değişikliklerin de yazılı şekle tabi olacağı (İsv. BK m. 12) ve yazılı şekle tabi sözleşmelerde borç altına girecek olanların imzalarının bulunması gerektiğine (İsv. BK m. 13) ilişkin kanun hükümleri, kıyas yoluyla, resmi şekil bakımından da uygulama alanı bulacaktır²⁵⁴.

Fransız hukukunda, hukuki işlemin türüne göre resmi şeklin usulü değişebilmekle beraber, resmi şekil için her zaman üç unsurun bir arada bulunması gerekmektedir²⁵⁵. Buna göre, resmi şekilde düzenlenen bir hukuki işlemin Fransızca olarak düzenlenmesi, hukuki işlemde resmi memurun el yazılı imzasının bulunması ve işlem tarihinin belirtilmesi gerekmektedir. Resmi şekil, çoğunlukla noterde gerçekleştirilmektedir. Fransız Medeni Kanunu'nda, noterde düzenleneceği öngörülen sözleşmelere örnek olarak, bağışlama sözleşmesi (Fr. MK 931)²⁵⁶, ipotek sözleşmesi (Fr. MK 2416) ve mal rejimi sözleşmeleri (Fr. MK 2416) gösterilebilir. Türk hukukundan farklı olarak, Fransız hukukunda, resmi şeklin elektronik ortamda gerçekleşmesi mümkündür (Fr. MK 1174). Ancak, aile ve miras hukukunda, mesleki ihtiyaçlar haricinde ayni ve şahsi teminatlarda resmi şeklin elektronik ortamda gerçekleşmesi mümkün değildir (Fr. MK 1175).

Amerikan hukukunda ise, "resmi şekle bağlı sözleşmeler" adı altında bir kategoriye yer verilmemiştir. Buna göre, sözleşmelerin geçerli sayılabilmesi için hiçbir şekilde noter ya da başka bir resmi makamın düzenlemesine ya da onayına ihtiyaç duyulmamaktadır²⁵⁷.

4. Resmi Sicillere Tescil ve İlan

Türk hukukunda, resmi sicillere yapılan tescilin ve ilanın şeklin bir çeşidi olup olmadığı tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe göre, bazı hukuki işlemlerin geçerli olabilmesi için kanun gereği tutulan resmi sicillere tescil ve ilan, bir şekil türü olarak değerlendirilir²⁵⁸. Örneğin, Türk hukukunda, TMK m. 1021 gereği, taşınmaz üzerinde ayni hakların kurulması, kural olarak, tapu siciline tescil edilmelerine bağlıdır. Benzer şekilde, mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, taşınır malı satın alan kişinin yerleşim yerindeki noter tarafından tutulacak özel bir sicile tescil edilmesi gerekir (TMK m. 764)²⁵⁹.

²⁵⁴ ENGEL, *Traité*, s. 256.

²⁵⁵ MALAURIE/ AYNES/ STOFFEL-MUNCK, s. 299.

²⁵⁶ Bağışlama sözleşmesi, resmi şekle tabi olmasına rağmen, noterde düzenlenmemiş bir bağışlama sözleşmesi de, taşınırın elden bağışlanarak karşı tarafa teslimi halinde, geçerli bir sözleşme olarak hüküm ve sonuç doğurur (bkz. MALINVAUD/ FENOUILLET, s. 270).

²⁵⁷ KLASS, Gregory, *Contract Law in the USA*, Boston 2010, s. 90.

²⁵⁸ EREN, s. 301; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 113, 125; TUĞ, s. 79-93; KAVAK, s. 40.

²⁵⁹ Mülkiyeti saklı tutma sözleşmeleri bakımından sicile kayıt kurucu bir niteliği haizdir; sicile kayıt yapılmadıkça bu sözleşme hem taraflar arasında hem de üçüncü kişilere karşı geçerli olmaz. Mülkiyeti saklı

Tescil işleminin hukuki işleme geçerlilik kazandırmak, hukuki işlemin devamlılığını sağlamak, bu işlemle ilgili kişileri işlemin varlığından haberdar etmek gibi amaçları bulunmaktadır. Tescil işleminin en önemli fonksiyonu, belgelendirme, alenileştirme ve güven yaratmadır²⁶⁰. İlan, belli bir durumun veya işlemin üçüncü kişilerin bilgilendirilmesi amacıyla, herkesin duyabileceği bir şekilde açıklanmasıdır²⁶¹. Kanun, bazı durumlarda, hukuki işlemlerin ilan suretiyle yapılmasını ve böylece hukuki işlemlerin topluma duyurulmasını öngörmüştür²⁶².

Tescil ve ilanın şeklin bir türü olup olmadığı konusunda doktrindeki bir diğer görüşe göre, tescil ve ilan, şeklin dar ve teknik anlamı dışında değerlendirilmelidir²⁶³. Zira tescil ve ilan yapıldığı aşamada, işlemi yapan tarafların irade açıklamalarıyla işlem kurulmuştur; tescil ve ilan, tarafların iradelerini açıklamaya yarayan bir araç değil, bu irade açıklamalarını belgeleyen ve üçüncü kişilere duyuran bir araçtır. Bir işlem hakkında kanunda öngörülen tescil ya da ilan yapılmazsa, şekille ilgili yaptırımdan bahsedilemez²⁶⁴. Benzer bir görüş²⁶⁵ uyarınca, hukuki bir işlemin kurucu unsurları olan ve irade beyanına eklenmesi gereken ve fakat irade beyanının dışı vurumu için bir araç teşkil etmeyen fiil ve vakıalar, şekil kavramının kapsamına dahil değildir; örneğin, mülkiyetin devrinde teslim veya tescil bir şart olmakla beraber hukuki işlemin bir şekli değildir.

Fransız hukukunda, kural olarak, tescilin gerekli olduğu hallerde, tescilin yapılmamış olması, hukuki işlemin geçersizliği sonucunu doğurmamakta; bazı hallerde para cezası yaptırımının uygulanmasına neden olmaktadır²⁶⁶. O halde, Fransız hukukunda, tescilin bir şekil türü olarak kabul edilmediğini söyleyebiliriz. Ancak, bu durumun kanunda öngörülen istisnaları mevcuttur. Bu konuda en bilinen örnek, taşınmaz satış vaadi sözleşmesine ilişkindir. Yazılı şekilde akdedilen bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, sözleşmenin kurulmasından itibaren on gün içinde tescil edilmezse, geçersiz olacaktır (Fr. MK 1589-2).

tutma sicilinin aleniyet fonksiyonu yoktur; üçüncü kişiler bunu bilmek zorunda olmadığı gibi, sicile güven prensibi bu sicil bakımından geçerli değildir. Türk hukukunda, mülkiyeti saklı tutma sözleşmeleri için öngörülen tescil zorunluluğunun hukuki mahiyeti ve bu kuralın MÖHUK m. 6 çerçevesinde doğrudan uygulanan kural niteliğini haiz olup olmadığına ilişkin ayrıntılı açıklama ve değerlendirme için bkz. Üçüncü Bölüm/ II/ C/ 2/ a/ cc.

²⁶⁰ EREN, s. 301; TUĞ, s. 79-80.

²⁶¹ ALTAŞ, s. 81; TUĞ, s. 91.

²⁶² ALTAŞ, s. 81; TUĞ, s. 91.

²⁶³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 271; ALTAŞ, s. 80.

²⁶⁴ ALTAŞ, s. 81.

²⁶⁵ VON TUHR, s. 230.

²⁶⁶ MAZEAUD/ MAZEAUD/ CHABAS, s. 67; CARBONNIER, s. 183; MALINVAUD/ FENOUILLET, s. 291; MALAURIE/ AYNES/ STOFFEL-MUNCK, s. 279.

Fransız hukukunda, ilanın, hukuki işlemin geçerliliğine etki etmeyeceği; hukuki işlemin ileri sürülebilirliğini etkileyeceği kabul edilmektedir²⁶⁷. Buna göre, ilanın yapılmaması, hukuki işlemi geçersiz kılmaz; hukuki işlemin üçüncü kişilere karşı ileri sürülememesi sonucunu doğurur. Örneğin, bir taşınmaz satışının²⁶⁸ ilanı, alıcıya, taşınmaz satışından doğan hakkını, aynı taşınmaz bakımından sonraki alıcılara karşı ileri sürme imkânı sağlar. Taşınmaz satış sözleşmesi, kural olarak, şekle tabi olmamakla beraber, taşınmaz satışının üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için öngörülen ilan zorunluluğu, tarafları taşınmaz satış sözleşmelerini noterde yapmaya zorlamaktadır. Zira sadece noterde gerçekleştirilen hukuki işlemlerin ilanı mümkündür²⁶⁹.

İlan zorunluluğuna bir diğer örnek, aynı hakların devri bakımından gösterilebilir. Fransız hukukunda, aynı hakların, örneğin mülkiyetin devri için taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi yeterlidir²⁷⁰. Bu durumda, bir malın mülkiyetini devralmak isteyen ya da mal üzerinde ipotek hakkına sahip olmak isteyen üçüncü kişiler, mal üzerindeki aynı hak durumundan habersiz olacaktır. Bu kişilerin korunması amacıyla, ipotek hakkının üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için ilan edilmesi gerektiği düzenlenmiştir²⁷¹. İlan zorunluluğu, aynı hakkın üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için gereklidir; aynı hak devrini gerçekleştiren hukuki işlem ilan edilmese dahi, geçerliliğini korur ve taraflar bakımından hükümlerini doğurur.

III. Şeklin Kapsamı

Türk hukukunda, sözleşme metninde, hangi noktaların şekle bağlanması gerektiği hususu tartışmalıdır²⁷². Doktrinde hâkim olan görüş uyarınca, objektif²⁷³ ve sübjektif bütün

²⁶⁷ MAZEAUD/ MAZEAUD/ CHABAS, s. 67-68; CARBONNIER, s. 182-183; MALINVAUD/ FENOUILLET, s. 290; MALAURIE/ AYNES/ STOFFEL-MUNCK, s. 283.

²⁶⁸ Fransız hukukunda, taşınmaz satışı, resmi şekle tabi değildir; satışın geçerli olabilmesi için noterde yapılması zorunluluğu yoktur. Taşınmaz satışının noterde yapılması, satışın ilan edilerek üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesine olanak sağlar (bkz. MALINVAUD/ FENOUILLET, s. 269).

²⁶⁹ MALINVAUD/ FENOUILLET, s. 291.

²⁷⁰ MAZEAUD/ MAZEAUD/ CHABAS, s. 68.

²⁷¹ MAZEAUD/ MAZEAUD/ CHABAS, s. 68.

²⁷² Sözleşmenin sübjektif esaslı noktalarının şeklin kapsamında yer almasının gerekip gerekmediği hususu tartışmalıdır. Bu konudaki görüşler için bkz. ALTAŞ, s. 53-64.

²⁷³ Sözleşmenin objektif esaslı noktalarının şeklin kapsamına dahil olduğu konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Sözleşmenin objektif esaslı noktaları ile kastedilen sözleşmeyi ferdileştiren unsurlardır. Buna göre, sözleşmenin tarafları, varsa temsilcileri, tarafların asli yükümlülükleri (sözleşmenin karakteristik edimi ve edimin karşısında yer alan edim) sözleşmenin objektif esaslı noktalarını teşkil eder ve şeklin kapsamında yer almalıdır (bkz. XOUDIS, Commentaire Romand, s. 86; ANTALYA Gökhan, Hukuki İşlemlerin Şekle Bağlanması Gereken Noktaları, Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1991, s. 68-69; ÖZBİLEN, s. 139-140). Örneğin, taşınmaz satış sözleşmesinde, resmi şeklin, taşınmazın devri ve satış bedeli ödenmesine ilişkin edimleri içermesi gerekmektedir.

esaslı unsurların şekle bağlanması gerekmektedir²⁷⁴. Bununla birlikte, sübjektif esaslı noktalar²⁷⁵ bakımından bir sınırlama getirilerek, sadece sözleşmenin normal hukuki çerçevesine dahil olan, nitelikleri gereği doğrudan doğruya o tip bir sözleşmenin içeriğine ilişkin bulunan hususların şekle bağlı metinde yer alması yeterli kabul edilmektedir²⁷⁶. Diğer bir ifadeyle, sözleşmenin taraflarından her ikisi ya da biri tarafından sözleşmenin kurulma şartı haline getirilen, edim ve karşı edim ilişkisini ve sözleşmenin tipini belirleyen sübjektif yan noktalar şeklin kapsamında olacaktır²⁷⁷.

İsviçre hukukunda da, sözleşmenin sübjektif esaslı noktalarının hangi ölçüde şeklin kapsamında yer alması gerektiği hususu doktrinde tartışmalıdır²⁷⁸. İsviçre Federal Yüksek Mahkemesine göre, doğası gereği, şekle tabi bir sözleşmenin kapsamında bulunabilecek hususlar sübjektif esaslı nokta olarak şeklin kapsamında yer almalıdır²⁷⁹. Diğer bir ifadeyle, Yüksek Mahkeme, şeklin kapsamına dahil olacak sübjektif esaslı noktalar bakımından bir sınırlama öngörmektedir. Şeklin kapsamı, şekil kuralının getiriliş amacı göz önünde bulundurularak belirlenmelidir; taraflar için vazgeçilmez olsa dahi, şekil kuralının koruma alanına girmeyen bir konu şeklin kapsamında kabul edilmemelidir²⁸⁰. Buna göre, örneğin, satış bedelinin ödenmesine ilişkin koşullar ya da bir garanti klozu, doğası gereği, taşınmaz satış sözleşmesinin kapsamındadır. O halde, bu hususlar taraflar bakımından sübjektif esaslı nokta teşkil ediyorsa, şeklin kapsamında yer almalıdır.

Biri kanunen şekle tabi, diğeri ise şekle tabi olmayan iki sözleşmenin edimlerini içeren karma sözleşmelerde, örneğin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, sadece şekle bağlı edimin mi yoksa sözleşmenin tamamının mı şekle tabi olması gerektiği hususu doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe göre, karma sözleşmede, edimlerden biri şekle tabi ise,

²⁷⁴ KOCAYUSUPFAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 279; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 131; EREN, s. 285; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 152; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 214; ANTALYA, Şekil, s. 72.

²⁷⁵ Sözleşmenin sübjektif esaslı noktaları ile kastedilen, taraflardan birinin ya da her ikisinin, bu noktalar üzerinde anlaşmaya varılmadığı takdirde sözleşmeyi yapmayacak oldukları hususlardır (bkz. TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 13; ANTALYA, Şekil, s. 69; ALTAŞ, s. 53; GÜNDÜZ, s. 74). Örneğin, Türk hukukunda ifa zamanı veya ifa yeri sözleşmenin objektif esaslı noktası kabul edilmemiştir; bununla birlikte, taraflar, aralarında anlaşarak, ifa yeri ya da zamanına ilişkin hususları, sözleşmenin olmazsa olmaz koşulu (*conditio sine qua non*) haline getirerek, bunların, sözleşmenin sübjektif esaslı noktası teşkil etmesini sağlayabilirler (bkz. ÖZBİLEN, s. 140).

²⁷⁶ KOCAYUSUPFAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 279; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 214.

²⁷⁷ ALTAŞ, s. 55-58; GÜNDÜZ, s. 75.

²⁷⁸ Bu konudaki görüşler için bkz. XOUDIS, Commentaire Romand, s. 86-87.

²⁷⁹ ATF 119 II 135, JdT 1994 I 99; ATF 132 III 549; ATF 135 III 295, c. 3.2; TF, 5A_251/2010, C. 6.1.1; TF, 4C.299/1998, c. 2, SJ 2000 I 533.

²⁸⁰ ATF 119 II 135, c. 2b, JdT 1994 I 99.

sözleşmenin tamamı bu şekilde yapılmalıdır²⁸¹. Örneğin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsanın mülkiyetinin devri borcu şekle tabi olduğundan, eser yapma edimi şekle tabi olmasa dahi bu sözleşmenin tamamının resmi şekilde yapılması gerekir²⁸². Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin vadin karşılığını oluşturan inşaat yapma borcu açısından da resmi şeklin gerçekleşmesinin gerektiği, zira arsa payının mülkiyetinin devri borcunun hukuki sebebinin oluşturduğu edimin de resmi senette bulunmasının zorunlu olduğu ifade edilmektedir²⁸³.

Doktrindeki bir diğer görüşe göre ise, şekle tabi sözleşmenin karakteristik edimini içeren kısmın şeklin kapsamında yer alması gerekli ve yeterlidir²⁸⁴. Bu görüşe göre, örneğin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa mülkiyetinin belirli bir payının yükleniciye devretme borcunun şekle bağlanması, bu sözleşmenin şekli geçerliliği için yeterli olacaktır. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, bir tarafın ediminin şekle tabi olması gerekirken sözleşme şekle aykırı olarak yapılmışsa, edimi şekle tabi olmayan taraf bunun ifasından kaçınmaz; aksine bir davranış hakkın kötüye kullanılması teşkil eder²⁸⁵. Örneğin, adi yazılı şekilde yapılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi şekle aykırılık nedeniyle geçersiz olacaktır. Buna rağmen, arsa payı sahibi edimini tam ya da tama yakın ifa etmişse, yüklenici şekle aykırılığı ileri sürerek borçlanmış olduğu edimin ifasından kaçamayacaktır²⁸⁶.

Kanun tarafından belirli bir şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde yapılacak değişikliklerin de kanunda öngörülen şekle tabi olacağı düzenlenmiştir; ancak, sözleşme metniyle çelişmeyen tamamlayıcı yan hükümler bu kuralın dışında kalacaktır (TBK m. 13)²⁸⁷.

²⁸¹ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 133; TANDOĞAN, Cilt II, s. 29; YAVUZ, Cevdet/ ACAR, Faruk/ ÖZEN, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2014, s. 1077; ZEVKLİLER/ GÖKYAYLA, s. 472; ÖZBİLEN, s. 351-352; AVCI, Ali, “Eser (İstisna) Sözleşmesinde Şekil ve Bağlanan Sonuçlar”, TAAD, Yıl: 6, Sayı: 21, 2015, s. 303.

²⁸² Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, resmi şekil şartının hangi makam tarafından yerine getirileceği hususunda, Yargıtay, alım ve geri alım sözleşmelerinde olduğu gibi, resmi şekil şartının yerine getirilmesi için bu sözleşmenin noterde düzenlenmiş olmasını yeterli görmektedir (bkz. YİBGK, 24.4.1978, E. 1978/3, K. 1978/4; karar için bkz. www.kazanci.com). Bu konu doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüş, Yargıtay’ın bu tutumunu benimseyerek, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin içinde yer alan satış vaadi unsuru dolayısıyla bu sözleşmelerin, Noterlik Kanunu m. 60/3 gereği noter tarafından düzenlenebileceğini savunurken, diğer bir görüş, bu sözleşmelerin Tapu Kanunu m. 26 hükmünden hareketle tapuda yapılmasını gerektiğini ileri sürmektedir. Söz konusu görüşler için bkz. ÖZBİLEN, s. 353.

²⁸³ ÖZBİLEN, s. 351-352.

²⁸⁴ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 152-153; ALTAŞ, s. 226. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin tapu memurlarının yanı sıra noterler tarafından düzenleme biçiminde yapılabileceği konusunda bkz. OĞUZMAN/ SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, s. 363.

²⁸⁵ ALTAŞ, s. 226.

²⁸⁶ ALTAŞ, s. 227.

²⁸⁷ Şekle tabi bir sözleşmede yapılacak değişikliklerin de aynı şekle tabi olacağına ilişkin söz konusu kural, İsviçre hukukunda da benimsenmiştir (BK 12).

Örneğin, bir bağışlama vaadi sözleşmesinde bağışlanacak miktar, tarafların sonradan yaptıkları bir anlaşma ile değişmişse, bu değişiklik yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli olmayacaktır. Örneğin, kefalet sözleşmesinde, kefilin sorumlu olacağı azami miktarın arttırılmasına ya da adi kefaletin müteselsil kefalete dönüştürülmesine ilişkin sonraki değişikliklerin, TBK m. 583 hükmü çerçevesinde, nitelikli yazılı şekilde yapılması gerekecek; buna karşılık, borçlunun ödeme süresinin uzatılması, birlikte kefillerden birinin salıverilmesi gibi değişikliklerin adi yazılı şekilde yapılması yeterli olacaktır²⁸⁸.

TBK m. 13 hükmü, sadece yazılı şekle tabi sözleşmeler bakımından söz konusu değildir; resmi şekle tabi sözleşmeler bakımından da uygulama alanı bulacaktır²⁸⁹. Örneğin, tapu memuru huzurunda yapılması gereken bir taşınmaz satışına ilişkin resmi senette, ancak tapu memuru tarafından düzenlenen resmi bir senet ile değişiklik yapılabilir. İsviçre hukukunda da, yazılı şekle tabi bir sözleşmede yapılacak değişikliklerin de yazılı şekle tabi olacağına ilişkin kuralın (BK m. 12), resmi şekle tabi sözleşmeler bakımından da uygulanacağı kabul edilmektedir²⁹⁰.

Tarafların anlaşması gereği şekle tabi kılınmış sözleşmelerde yapılacak değişikliklerin taraflarca öngörülen şekilde yapılması zorunlu değildir²⁹¹. TBK m. 13 hükmü, iradi şekli kapsamamaktadır. Örneğin, kira sözleşmesi yazılı geçerlilik şartına tabi olmadığı halde, taraflar bu sözleşmenin yazılı olarak yapılmasını kararlaştırmışlarsa, bu sözleşmede sonradan yapılacak örneğin kira bedeline ilişkin bir değişikliğin de yazılı şekilde yapılması zorunlu değildir.

Şekle tabi bir sözleşme ilişkisi ortadan kaldırılmak istendiğinde, TBK m. 132 gereği, borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile borç, tarafların şekle tabi olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabilir. Söz konusu hüküm, geçerliliği şekle bağlı olan bir sözleşmenin ancak bu şekle riayet edilerek değiştirilebileceği kuralını öngören TBK m. 13 hükmü karşısında, tartışmalı bir durum yaratmaktadır²⁹². Bu konunun çözümü için doktrinde ikili bir ayrım

²⁸⁸ GÜNDÜZ, s. 165. Kefalet sözleşmelerinde, el yazısı şartının yerine getirilemeyeceği hallerde, doktrinde önerildiği üzere resmi şekilde yapılacak olan kefalet sözleşmesinde, azami miktarın arttırılması ya da adi kefaletin müteselsil kefalete dönüştürülmesi dışındaki değişikliklerin kefilin sorumluluğunu arttırsa dahi adi yazılı şekilde yapılabileceği ifade edilmektedir (bkz. GÜNDÜZ, s. 165).

²⁸⁹ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 129; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 153; KILIÇOĞLU, s. 202; TUĞ, s. 12.

²⁹⁰ ATF 123 III 97, JdT 1998 I 57.

²⁹¹ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 136; EREN, s. 304; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 160; KILIÇOĞLU, s. 202; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 210; ENGEL, *Traité*, s. 258; ALTAŞ, s. 82; TUĞ, s. 12.

²⁹² ÖZBİLEN, s. 166.

yapılmaktadır. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, bu borcu ortadan kaldıran ya da hafifleten değişikliklerin, TBK m. 132 çerçevesinde bir ibra sözleşmesi niteliğinde olduğu ve bunların sözleşmenin tabi olduğu şekle tabi olmadığı; buna karşılık, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan sadece birinin borcunu ortadan kaldıran ya da hafifleten değişikliklerin, bu değişiklikler diğer tarafın borcunun ağırlaşması sonucunu doğurduğundan, kanunda öngörülen şekilde yapılması gerektiği kabul edilmektedir²⁹³.

Şekle tabi bir sözleşmenin kısmen sona erdirilmesi halinde, bu sona erme işlemi aslında bir değişiklik teşkil ettiği için, TBK m. 13 hükmünün uygulanması gerektiği; buna karşılık, sözleşmenin tamamen sona erdirilmesi işleminin ibra teşkil etmesi nedeniyle herhangi bir şekle tabi olmayacağı doktrinde ifade edilmektedir²⁹⁴. TBK m. 132 hükmüne paralel bir düzenleme, İsviçre hukukunda da öngörülmüştür (İsv. BK m. 115). Buna göre, şekle tabi bir sözleşmeden doğan bir borcun daraltılması ya da ortadan kaldırılmasına ilişkin anlaşma, herhangi bir şekle tabi olmayacaktır.

Geçerlilik şekline tabi bir sözleşmenin değiştirilmesinde aynı şekil kuralının uygulanacağına ilişkin kural, sözleşmenin esaslı unsurlarıyla sınırlı tutulmuştur; şekle bağlı bir sözleşmeyi değiştirmeyen tamamlayıcı yan hükümler için herhangi bir şekle uyma zorunluluğu yoktur. Bu husus, TBK m. 13 hükmünde açıkça belirtilmiştir. Örneğin, taraflar arasındaki şekle bağlı sözleşmede, ilk başta belirlenmeyen ifa yeri daha sonradan tarafların anlaşması ile belirlenmişse, bu değişikliğin sözleşme için öngörülen şekilde yapılması zorunlu değildir²⁹⁵. Sözleşmenin yan hükümlerine örnek olarak, alım hakkına sahip kişinin, üzerinde alım hakkı tesis edilen taşınmazın alımı konusunda diğer tarafı vekil tayin etmesi gösterilebilir. Bu durumda, vekil tayinine ilişkin hükmün resmi şeklin kapsamında yer alması gerekmeyecektir²⁹⁶. Bir diğer örnek, taşınmaz satımında, satılan ev için kiracı bulma konusunda satıcıya vekalet verilmesi ya da bunun için bir simsarlık sözleşmesi yapılması şeklinde verilebilir²⁹⁷. Simsarlık ya da vekaletle ilişkin hüküm, sözleşmenin yan hükmü teşkil eder ve şeklin kapsamına dahil olmaz.

²⁹³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 306; TAŞDELEN, s. 757; ENGEL, *Traité*, s. 251; ÖZBİLEN, s. 167-168; KAVAK, s. 123. Benzer görüşte bkz. TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 130; EREN, s. 303. Doktrinde, sözleşmenin tek tarafa ya da her iki tarafa borç yüklemesine göre bir ayırım yapmayan bir görüşe göre ise, sözleşmenin taraflarından birinin ya da her ikisinin borcunu azaltan ya da hafifleten hiçbir değişiklik, şekle tabi değildir; taşınmaz satışında satıcı bedeli ibra etmek için herhangi bir şekle uymak zorunda değildir (bkz. VON TUHR, s. 238),

²⁹⁴ ALTAŞ, s. 86.

²⁹⁵ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 306; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 129; EREN, s. 303; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 153.

²⁹⁶ ENGEL, *Traité*, s. 257.

²⁹⁷ ENGEL, *Traité*, s. 257.

IV. Şekle Aykırılığın Sonuçları

A. Şekle Aykırılığın Yaptırımına İlişkin Görüşler

Şekil eksikliği, şekle ilişkin her türlü geçerlilik hükmüne aykırılığı ifade eden geniş bir kavramdır²⁹⁸. Türk hukukunda, başta TBK m. 12²⁹⁹ olmak üzere, şekil eksikliğinden bahseden hükümler değişik şekilde anlaşılmaya müsait olduğundan, konu doktrinde tartışmalıdır. Türk hukukunda, şekle aykırılığın yaptırımı konusunda, “kesin hükümsüzlük” ve “kendine özgü hükümsüzlük” görüşleri ileri sürülmektedir.

Şekle aykırılığın yaptırımı meselesi, Türk hukukunda olduğu gibi karşılaştırmalı hukukta da tartışmalıdır. Kesin hükümsüzlük ve kendine özgü geçersizlik görüşlerinin yanı sıra, karşılaştırmalı hukukta, “yokluk”, “iptal edilebilir olma”, “eksik borç” ve “fiili sözleşme” görüşleri de mevcuttur³⁰⁰.

1. Kesin Hükümsüzlük (Butlan) Görüşü

a. Genel Olarak

Türk içtihadında³⁰¹ hâkim olan ve doktrinde bazı yazarlarca³⁰² desteklenen kesin hükümsüzlük görüşü uyarınca, şekle uyulmadan yapılan işlem, yapıldığı andan itibaren hiçbir hüküm doğurmaz. Bir sürenin geçmesi ya da icazet verilmesi gibi sebeplerle düzelemeyen bu hükümsüzlük, hâkim tarafından re'sen göz önünde bulundurulabilir; ilgili üçüncü kişiler tarafından da ileri sürülebilir³⁰³.

²⁹⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 307; NOMER, Şekil, s. 597.

²⁹⁹ TBK m. 12/2: “... Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.”

³⁰⁰ Bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, s. 309-310; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 307-308; ALTAŞ, s. 93-134; KAVAK, s. 134-139.

³⁰¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 9.6.1982 tarihli bir kararında (E. 1979/15-1616, K. 1982/565), şekle aykırı olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, kesin hükümsüz kabul edilmiştir (karar için bkz. www.kazanci.com).

³⁰² TANDOĞAN, Cilt II, s. 740-741; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 155; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 102; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 311; OĞUZMAN, M. Kemal, “Şekil Noksanı Sebebiyle, Butlan Dermeyanı Hakkının Suistimal”, (s. 249-258) İstanbul Barosu Dergisi, Sayı: 6, 1955, s. 249; AKKANAT, Halil, “Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının MK m. 2 Hükümü Aracılığı ile Aşılması: Örnek Bir Yargıtay Kararı ve Değerlendirilmesi”, (s. 1655-1668) Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, Cilt: II, s. 1660; NOMER, Şekil, s. 623; ÇELİKTAŞ, s. 616; ÖZEN, Şekil, s. 759; ÖZEN, Kefalet, s. 248-251; ÖZBİLEN, s. 197-198.

³⁰³ ÖZBİLEN'e göre, yasal şekil şartına uyulmaması halinde uygulanacak olan yaptırımın başta sözleşme tarafları olmak üzere herkes tarafından öngörülebilir olması gerekmektedir. Kanun tarafından açıkça öngörülme, sınırları belli olmayan, somut olaya göre değişiklik gösteren muğlak bir yaptırım hukuki güvenlik ilkesine terstir; bu nedenle, geçerlilik şekline aykırı olarak düzenlenmiş bir sözleşmenin kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olması, bu yaptırıma yönelen eleştirilerin ise, hakkın kötüye kullanılması yasağı, tahvil ve kısmi hükümsüzlük gibi bazı hukuk mekanizmaları ile önüne geçilmesi gerekir (bkz. ÖZBİLEN, s. 197-198).

Şekle aykırı olan sözleşme kendiliğinden hükümsüzdür; sözleşmenin hükümsüz kalması için herhangi bir mahkeme kararına ihtiyaç yoktur³⁰⁴. Şekle aykırı bir sözleşmeden herhangi bir borç doğmaz; böyle bir sözleşme ile borç altına giren kişi, taahhüt ettiği edimi ifa etmekten kaçınabilir, edimini yerine getiren borçlu, duruma göre istihkak davası ya da sebepsiz zenginleşme davası ile verdiği geri alabilir³⁰⁵.

İsviçre içtihadında da, şekle aykırılığın yaptırımının kesin hükümsüzlük olduğu kabul edilmektedir³⁰⁶. Buna göre, şekle aykırı bir sözleşme herhangi bir etki doğurmayacaktır³⁰⁷. Şekle aykırı bir sözleşme kendiliğinden hükümsüzdür; hükümsüzlüğün mahkeme kararı ile tespit edilmesi halinde, mahkeme kararı açıklayıcıdır. Şekle aykırılık, hâkim tarafından re'sen gözetilir ve somut olayda şekil kuralının getiriliş amacı, geçersizliğin tespitinde dikkate alınmaz³⁰⁸. Kesin hükümsüzlük, hukuki menfaati olan üçüncü kişiler tarafından da ileri sürülebilir. Federal Mahkeme'nin bu görüşü, doktrinde bazı yazarlarca eleştirilmektedir; bununla birlikte, en azından taşınmaz satışı bakımından bu görüşü savunan yazarlar da mevcuttur³⁰⁹.

Fransız hukukunda, şekle aykırılığın yaptırımı konusunda mutlak hükümsüzlük ve nisbi hükümsüzlük görüşleri ileri sürülmektedir. İhlal edilen kuralın genel koruma amacı (hukuki işlemin taraflarının yanı sıra üçüncü kişilerin korunması) taşıdığı hallerde, mutlak hükümsüzlük; ihlal edilen kuralın özel koruma amacı (sözleşmenin taraflarından biri ya da her ikisinin korunması) taşıdığı hallerde ise, nisbi hükümsüzlük söz konusu olacaktır (Fr. MK 1179). Doktrinde, noterde gerçekleştirilmesi gereken işlemler bakımından şekil kuralının taraflar kadar üçüncü kişileri de koruma amacı taşıdığı, bu nedenle, şekle aykırılık halinde mutlak hükümsüzlüğün gündeme geleceği kabul edilirken; içtihadta, şekil kuralları ile esas

³⁰⁴ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 102; AKKANAT, s. 1660; ÖZBİLEN, s. 179.

³⁰⁵ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 102; AKKANAT, s. 1660-1661; ÖZBİLEN, s. 179-180.

³⁰⁶ İsviçre hukukunda, İsv. BK 11/2, geçersizlik yaptırımının istisnalarını saklı tutmaktadır. Şekle aykırılık durumunda, bazı kanun hükümleri hükümsüzlükten farklı bir sonuç öngörmektedir. Örneğin, şekle aykırı bir vasiyetname kendiliğinden hükümsüz değildir; vasiyetnamenin iptali gerekir (İsv. MK 520/2). Ayrıca, örneğin, geçersiz bir bağışlama sözü vermenin ifa edilmesi, sözleşmeyi geçerli hale getirir (İsv. BK 243/3).

³⁰⁷ TF, 4c. 225/2001, c. 2a, SJ 2002 I 405.

³⁰⁸ ATF 120 II 341, c. 4b; TF, 4C. 175/2003 c.3.2, RNRF 2005 129; TF, 4C. 225/2001, C.2a, SJ 2002 I 405; ATF 87 II 28, c. 4a, JdT 1961 I 554.

³⁰⁹ İsviçre doktrininde kesin hükümsüzlük yaptırımını savunan görüş için bkz. VON TUHR, s. 232; ENGEL, Trait , s. 262. Doktrinde, kesin hükümsüzlük yaptırımını savunan bir görüşe göre, kesin hükümsüzlüğün kabulü bazı durumlarda şekil kuralının getiriliş amacına aykırı sonuçlar doğuracağı için, bu hallerde örtülü bir boşluğun olduğu kabul edilmeli ve hâkim bu boşluğu şekil kuralının uygulama alanını daraltmak suretiyle doldurmalıdır. Ancak, bu husus, söz konusu şekil kuralının getiriliş amacı göz önünde bulundurularak değerlendirilmelidir (bkz. XOUDIS, Commentaire Romand, s. 94-95).

olarak tarafların korunması amaçlandığından, şekle aykırılığın nisbi geçersizlik sonucunu doğuracağı kabul edilmektedir³¹⁰.

Nisbi hükümsüzlük, ihlal edilen kuralın koruduğu kişiler tarafından ileri sürülebilirken, mutlak hükümsüzlük, ilgili herkes tarafından ileri sürülebilmektedir³¹¹. Her iki tür geçersizliğin ileri sürülebilmesi için de beş yıllık zamanaşımı süresi mevcuttur (Fr. MK 2224)³¹². Geçersizlik, ancak dava yoluyla ileri sürülebilmektedir³¹³. Bunun yanı sıra, henüz ifa edilmemiş bir sözleşmenin ifası için açılan davada da, davalının geçersizliği ileri sürmesi mümkündür³¹⁴. Sözleşmenin ifa edilmemiş olması halinde, aynen ifa ya da ifa etmeme dolayısıyla tazminat talebi için açılan davada, geçersizliğin ileri sürülmesi için dava açma hakkının zamanaşımına uğramış olması şartıyla, davalının, geçersizlik savunmasında bulunması mümkündür; geçersizliğin bir savunma olarak ileri sürülebilmesi için bir zamanaşımı süresi mevcut değildir³¹⁵.

Hâkimin sözleşmenin geçersizliğini re'sen dikkate alıp alamayacağı konusunda, nisbi geçersizlik-mutlak geçersizlik bakımından bir ayırım yapılarak, dava dosyasındaki olgulara dayanmak şartıyla mutlak geçersizliğin re'sen dikkate alınabileceği; buna karşılık, nisbi geçersizliğin ilgili tarafça ileri sürülmedikçe hâkim tarafından dikkate alınamayacağı kabul edilmekteydi. Medeni Usul Kanunu'ndaki değişikliklere paralel olarak, artık, hâkimin, dava dosyasında yer verilen olgulara dayanarak hem nisbi hem de mutlak geçersizliği re'sen dikkate alabileceği kabul edilmektedir³¹⁶.

b. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı

Kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, kural olarak, şekle aykırılık sebebiyle geçersiz olan bir sözleşmenin ifası da geçersizdir. Bununla birlikte, bu kuralın, TMK m. 2'de öngörülen dürüstlük kuralına aykırı olarak uygulanması mümkün değildir³¹⁷. Diğer bir

³¹⁰ MAZEAUD/ MAZEAUD/ CHABAS, s. 302; MALINVAUD/ FENOUILLET, s. 298-299.

³¹¹ MAZEAUD/ MAZEAUD/ CHABAS, s. 297; CARBONNIER, s. 204-205; FAGES, s. 163-164; TERRE/ SIMLER/ LEQUETTE, s. 441; MALINVAUD/ FENOUILLET, s. 296-297; MALAURIE/ AYNES/ STOFFEL-MUNCK, s. 343; CHANTEPIE/ LATINA, s. 396.

³¹² Fransız hukukunda, 2008-561 sayılı, 17.06.2008 tarihli Kanun ile getirilen değişiklikler öncesinde, nisbi hükümsüzlüğün ileri sürülebilmesi için beş yıllık; mutlak hükümsüzlüğün ileri sürülebilmesi için ise, 30 yıllık zamanaşımı süresi öngörülmekteydi (bkz. FAGES, s. 166; TERRE/ SIMLER/ LEQUETTE, s. 452; MALAURIE/ AYNES/ STOFFEL-MUNCK, s. 347; MALINVAUD/ FENOUILLET, s. 301).

³¹³ TERRE/ SIMLER/ LEQUETTE, s. 452; MALINVAUD/ FENOUILLET, s. 293-294.

³¹⁴ TERRE/ SIMLER/ LEQUETTE, s. 452; MALINVAUD/ FENOUILLET, s. 295.

³¹⁵ TERRE/ SIMLER/ LEQUETTE, s. 458; MALINVAUD/ FENOUILLET, s. 294-295.

³¹⁶ TERRE/ SIMLER/ LEQUETTE, s. 438-439; CHANTEPIE/ LATINA, s. 397.

³¹⁷ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 104; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 156; TANDOĞAN, Cilt I/1, s. 229; OĞUZMAN, s. 255; AKKANAT, s. 1667; NOMER, Şekil, s. 623; ANTALYA, Cilt I, s. 481; KAVAK, s. 150.

ifadeyle, şekil eksikliği sebebiyle hükümsüzlüğün ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil etmesi halinde, hükümsüzlük iddiası dikkate alınmayacak ve sözleşme şekil eksikliğine rağmen geçerli bir sözleşme gibi hükümlerini doğuracaktır. Şekle aykırılık nedeniyle sözleşmenin geçersiz olduğunun ileri sürülmesi, kanunda öngörülen şekil kuralının koruma amacına aykırılık teşkil ediyorsa, şekle aykırılık nedeniyle geçersizliğin ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil edecektir³¹⁸.

Şekle aykırılık nedeniyle hükümsüzlüğü ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması teşkil edip etmediği hâkim tarafından re'sen göz önünde tutulacaktır³¹⁹. Doktrinde, hakkın kötüye kullanılmasının belirli somut olaylarla sınırlandırılmayıp, her somut olayın niteliklerine göre hâkim tarafından tayin edilmesi gerektiği kabul edilmektedir³²⁰. Bununla birlikte, hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralının uygulanabilmesine ilişkin genel bazı ilkelerin saptanması mümkün ve gereklidir³²¹.

Şekle aykırılık sebebiyle hükümsüzlüğün ileri sürülmesinin bazı durumlarda hakkın kötüye kullanımı teşkil edeceği ve bu nedenle hükümsüzlüğün dikkate alınmayacağı, İsviçre içtihadında da kabul edilmektedir³²². İsviçre içtihadına göre, hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı, hâkim tarafından somut olayın koşulları çerçevesinde değerlendirilecektir³²³. Sözleşmenin, tarafların iradesi doğrultusunda ifa edilmesi, bu hususun değerlendirilmesi bakımından önemli bir unsur teşkil etmektedir; şekle aykırılık nedeniyle geçersizlik iddiasının tespitinde tarafların sözleşmenin kurulması esnasında ve sonrasındaki davranışları dikkate alınmalıdır. Hakkın kötüye kullanımı meselesi, hâkim tarafından re'sen göz önünde bulundurulmalıdır³²⁴.

Şekle aykırılık hallerinde, hakkın kötüye kullanılması yasağına başvurulması, İsviçre doktrininde eleştirilmektedir. Doktrindeki bir görüşe³²⁵ göre, geçersizliği ileri süren tarafın, şekle aykırılığı bilip bilmediğinin tespiti zor olacaktır. Ayrıca, mevcut hukuk sistemi çerçevesinde, kanunun bilinmemesi durumu, korunmamalıdır. Bu görüşe göre, şekle aykırılık

³¹⁸ TERCIER/ PICHONNAZ, s. 158; TANDOĞAN, Cilt I/1, s. 229; ANTALYA, Cilt I, s. 487.

³¹⁹ KILIÇOĞLU, s. 218; KAVAK, s. 150.

³²⁰ OĞUZMAN, s. 255; KILIÇOĞLU, s. 216; KILIÇOĞLU, Taşınmaz Satımında Şekil, s. 214; NOMER, Şekil, s. 623; ANTALYA, Cilt I, s. 481. Benzer görüşte bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 314.

³²¹ KILIÇOĞLU, s. 216; KILIÇOĞLU, Taşınmaz Satımında Şekil, s. 214.

³²² İsviçre doktrinindeki bir görüşe göre, hakkın kötüye kullanılması yasağı, şekle aykırı sözleşmenin geçersizliğine bir etki etmez. Bu görüşe göre, şekle aykırı bir sözleşme herhalükarda geçersizdir; bununla birlikte, duruma göre, *culpa in contrahendo* sorumluluk gündeme gelebilir (bkz. ENGEL, Traité, s. 264-265).

³²³ TF, 4C. 225/2001, c. 2a, SJ 2002 I 405; ATF 92 II 323, C. 3, JdT 1967 I 338.

³²⁴ ATF 104 II 99, c. 2b, JdT 1979 I 16.

³²⁵ TERCIER/ PICHONNAZ, s. 159.

nedeniyle geçersizliğin ve buna bağlı olarak hakkın kötüye kullanılması durumunun, taraf iradeleri dikkate alınmaksızın hâkim tarafından re'sen gözetilmesinin uygun olup olmadığı da tartışma konusudur.

Şekle aykırılığın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması sayılabileceği durumlardan biri, sözleşmenin taraflarca ifa edilmiş olmasıdır. Şekle aykırı sözleşmenin ifası halinde, hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde şekle aykırılık iddiasının dinlenip dinlenmeyeceği konusunda, üç farklı durum ayrı ayrı ele alınmaktadır. Bunlardan ilki, her iki tarafın sözleşmeyi tam olarak ya da büyük kısmı itibariyle şekil eksikliğini bilerek ifa etmiş olması halidir. Bu durumda, hakkın kötüye kullanılması yasağı geniş ölçüde uygulama alanı bulabilecektir³²⁶. İkinci durum, tam ifanın söz konusu olmaması ya da tam ifa olsa dahi şekil eksikliği bilinmeden yapılan ifa durumudur. Bu gibi durumlarda, TMK m. 2 çerçevesinde hakkın kötüye kullanılmasından bahsedilebilmesi için ifa olgusunun yanında bir başka olgusunun daha gerçekleşmiş olması gerekir³²⁷. Örneğin, şekil eksikliğine rağmen sözleşmenin ifa edileceği konusunda karşı tarafta haklı bir güven yaratan ancak sözleşmeden doğan borcunu hiç ya da büyük bölümü itibariyle yerine getirmemiş olan taraf, sonradan açılan ifa davasında şekle aykırılığı ileri sürerse, çelişkili davranış yasağı çerçevesinde bu itirazı dikkate alınmayacaktır. Son ihtimal, sözleşmenin taraflarca hiç ifa edilmemiş olmasıdır. Bu durumda, sözleşmenin şekle aykırılık nedeniyle geçersizliğini ileri süren taraf, şekle aykırılığa sözleşmeden sıyrılma imkanını saklı tutmak için kasten sebep olmuşsa ya da taraflar şekle aykırılığın farkında oldukları ve içlerinden biri şekle uyulmasını istediği halde, diğeri üstün konumunu kullanarak sözleşmenin şekle bağlanmasını engellemişse, hakkın kötüye kullanılması yasağı uygulama alanı bulacak ve aynen ifa talebi mümkün olacaktır³²⁸.

³²⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 315. Benzer görüşte bkz. ÇELİKTAŞ, s. 622; KAVAK, s. 152-157; ERDOĞAN İhsan, “*Hukuki Muamelelerde Şekle Aykırılığın Sonuçları*, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*”, Cilt: 1, Sayı: 1, 1997, s. 121.

Şekil noksanını bilerek ifa hareketlerine girişen taraf, artık şekil noksanı sebebiyle geçersizliği ileri süremez (bkz. ÇELİKTAŞ, s. 622). Resmi şekil şartına uyulmadan yapılan bir taşınmaz satış sözleşmesinin tarafları, şekle aykırılığı bilmelerine rağmen her nasılsa tapuda tescil işlemini gerçekleştirmişlerse, tarafların ifa sonrası şekle aykırılığı ileri sürmeleri çelişkili bir davranış teşkil edecektir (bkz. KILIÇOĞLU, *Taşınmaz Satımında Şekil*, s. 216). Taşınmazlarda, tarafların tescil dışında da bazı ifa hareketlerine girişmiş olmaları mümkündür. Alıcının satış bedelini ödemesi, taşınmazı kullanmaya başlaması bu duruma örnek olarak gösterilebilir (bkz. KILIÇOĞLU, *Taşınmaz Satımında Şekil*, s. 217; ÇELİKTAŞ, s. 622-623).

³²⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 317.

³²⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 321-322. Doktrindeki bir görüşe göre, sözleşmeden doğan borcun ifa edilmiş olup olmadığı, hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığının tespiti bakımından kesin bir kriter teşkil etmez; bunun tespiti bakımından göz önünde bulundurulması gereken, her olayın kendi koşullarıdır (bkz. OĞUZMAN, s. 256). Bu görüşe göre, borçlar henüz tamamen hatta hiç ifa edilmeden hükümsüzlüğü ileri sürmek, bazen hakkın kötüye kullanılması teşkil edebileceği gibi, bazen borçlar ifa edilmiş olmasına rağmen hükümsüzlüğü ileri sürmek hakkın kötüye kullanılması teşkil etmeyebilecektir. Aynı yönde bkz. KAVAK, s. 157-158.

Yargıtay'ın, şekle uyulmadan yapılan bir sözleşmenin ifa edilmesi halinde, artık şekle aykırılığa bağlı geçersizlik iddiasının dinlenemeyeceği yönünde çeşitli kararları mevcuttur. Yargıtay'ın bu yöndeki kararlarının çoğu, özellikle ölünceye kadar bakma sözleşmesi ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine ilişkindir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 30.09.1988 tarihli kararında³²⁹, tapuda kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetinin devri borcu doğuran ancak kanunda öngörülen şekle aykırı olarak yapıldığından geçersiz olan bağımsız bölüm satımına ilişkin bir sözleşmeye dayanarak açılan cebri tescil davasının, kural olarak reddedileceği; bununla birlikte, alıcının borcunu ifa etmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının malik gibi kullanımına sunmasına rağmen, satıcının tapuda mülkiyeti devretmemesi üzerine açılan tescil davasının, TMK m. 2 hükmü çerçevesinde kabul edilebileceği sonucuna varmıştır.

Yargıtay'ın yakın tarihli çeşitli kararlarında da, resmi şekilde yapılmayan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçersiz olacağı; ancak, arsa sahibinin payını yükleniciye devretmesi ya da yüklenicinin inşaatı tamamlaması halinde sözleşmenin şekle aykırılık nedeniyle geçersizliğinin ileri sürülemeyeceği hüküm altına alınmıştır³³⁰. Aynı sonuca, ölünceye kadar bakma sözleşmelerine ilişkin bazı kararlarda da ulaşıldığı görülmektedir. Yargıtay, bu kararlarda³³¹, ölünceye kadar bakma sözleşmesinin miras sözleşmesi şeklinde düzenlenmesi gerektiği, bu şekilde düzenlenmemiş bir ölünceye kadar bakma sözleşmesinin geçersiz olacağı; bununla birlikte, alacaklının ölümüne kadar taraflarca bu sözleşmenin gereklerinin yerine getirilmesi halinde, mirasçıların bu sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmelerinin iyi niyet kurallarıyla bağdaşmayacağı sonucuna ulaşmıştır.

Türk hukukunda, ifa halinde şekle aykırılığın, hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde aşılması konusunda, özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri önem taşımaktadır. Bu tür sözleşmelerde, çoğu zaman, arsa sahibi arsasını yükleniciye daha başlangıçta devretmemekte; arsanın devrini inşaatın kısmen ya da tamamen bitmesi şartına bağlamaktadır. Yüklenici de, ileride tamamlanacak olan bağımsız bölümleri, arsa henüz tapuda kendisine devredilmediğinden, resmi nitelikte olmayan satış sözleşmeleri ile üçüncü

³²⁹ Y. İBGK., 30.09.1988, E. 1987/2, K. 1987/2. Karar için bkz. www.kazanci.com.

³³⁰ Y. 23. HD., 12.6.2018, E. 2015/ 9085, K. 2018/ 3646; Y. 23. HD., 27.9.2017, E. 2015/ 2230, K. 2017/ 2398. Kararlar için bkz. www.lexpera.com.tr. Yargıtay'ın 29.6.2012 tarihli bir kararında (Y. 23. HD., E. 2012/ 2695, K. 2012/ 4462) ise, adi yazılı şekilde düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin resmi şekilde yapılmadıkça geçerli olmayacağı; bununla birlikte, şekle geçersiz olan sözleşmeye dayanarak inşaatın tamamlanması veya bu sözleşmeye güvenerek inşaatın tamamlanmasından önce ya da sonra pay devrinin yapılması durumunda, şekle aykırılığın ileri sürülmesinin iyi niyet kurallarına aykırı olup olmadığının araştırılması gerektiği vurgulanmıştır (karar için bkz. www.lexpera.com.tr).

³³¹ Y. 13. HD., 19.10.1978, E. 1978/ 3741, K. 1978/ 4266; Y. 16. HD., 16.02.2015, E. 2014/ 6047, K. 2015/ 1053. Kararlar için bkz. www.lexpera.com.tr.

kişilere satmaktadır³³². Bu durumda, yüklenicinin gerek üçüncü kişilerle yaptığı gerekse arsa sahipleri ile yaptığı sözleşmeler şeklen geçersiz olmaktadır.

Türk doktrininde, çoğunlukla kabul edildiği üzere, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, kendi arsasında anlaşmalarına uygun olarak yüklenicinin inşaat başlmasına izin veren arsa sahibinin, sonradan aralarındaki sözleşmenin şekle aykırı olduğunu ileri sürmesi, hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde dikkate alınmayacaktır³³³.

Sözleşmenin ifasının yanı sıra, borçlunun bazı davranışları da, hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde, hükümsüzlük iddiasının dikkate alınmasına engel olabilir³³⁴. Sözleşmenin şekle aykırılık sebebiyle geçersiz olduğunu ileri süren taraf, özellikle, şeklin gerçekleşmesine kendi menfaati için bizzat engel olmuşsa ya da sözleşmenin sonradan kendi yararına olmadığını gördüğü için sözleşme ilişkisinden sıyrılmak istiyorsa, şekle aykırılığa rağmen sözleşmenin geçerli olarak kurulmuş olduğu kabul edilebilir³³⁵. İfanın konusu bir taşınmaz mülkiyetinin nakli ise ve hükümsüzlüğü ileri sürme hakkı kötüye kullanılıyorsa, hâkim borcun ifasına, diğer bir ifadeyle taşınmaz mülkiyetinin nakline karar verebilir; bu durumda, karar, mülkiyetin geçişini sağlar³³⁶.

2. Kendine Özgü (Sui Generis) Hükümsüzlük Görüşü

Türk ve İsviçre doktrininde bazı yazarlar³³⁷ tarafından savunulan kendine özgü hükümsüzlük görüşüne göre, şekle uyulmadan yapılan işlem, yapıldığı andan itibaren hükümsüzdür; bununla birlikte, taraflardan biri bu hükümsüzlüğü ileri sürmediği müddetçe, sözleşme normal hukuki sonuçlarını doğurur. Diğer bir ifadeyle, şekle aykırı bir sözleşme, geçersizliği ileri sürülüp geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılincaya kadar geçerli bir sözleşme gibi hüküm ve sonuç doğurur. Bu görüşe göre, hâkimin ya da üçüncü kişilerin

³³² KILIÇOĞLU, s. 227.

³³³ KILIÇOĞLU, s. 234; AVCI, s. 306-307. Aksi yönde bkz. FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, "Medeni Kanunun 50. Yıldönümünde Hakların Kötüye Kullanılması", Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu, 1. Tebliğler, İstanbul 1978, s. 183-184.

³³⁴ İfa dışında veya ona ilave olarak, şekle aykırılığın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceği hallere ilişkin bkz. ANTALYA, Cilt I, s. 485-487.

³³⁵ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 107-108; TANDOĞAN, Cilt I/1, s. 230; KILIÇOĞLU, s. 226; KILIÇOĞLU, Taşınmaz Satımında Şekil, s. 220; ANTALYA, Cilt I, s. 485; EREN, s. 306 (2018); ERDOĞAN, Şekle Aykırılık, s. 119.

³³⁶ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 157-158; OĞUZMAN, s. 257-258; TANDOĞAN, Cilt I/1, s. 232.

³³⁷ TANDOĞAN, Cilt I/1, s. 224; EREN, s. 307-308; ANTALYA, Cilt I, s. 480; ALTAŞ, s. 143-147; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 217-219; TERCIER/ PICHONNAZ, s. 159-160. Doktrindeki bir görüşe göre, kendine özgü hükümsüzlük görüşü iradi şeklin söz konusu olduğu hallerde savunulabilir. Taraflar kendi belirledikleri şekle uymamış iseler, iki taraflı ya da karşı tarafça kabul edilmek şartıyla tek taraflı ifadan sonra, geçersizliği, artık ileri sürmemelidirler. Buna karşılık, kanuni şeklin söz konusu olduğu hallerde, kesin hükümsüzlük yaptırımı söz konusu olmalıdır (bkz. HATEMİ/ GÖKYAYLA, s. 53).

tarafarca ileri sürülmemiş olan hükümsüzlüğe dayanmaları mümkün değildir. Şeklin bir sicilin varlığını gerektirdiği haller haricinde, şekle aykırılığın hâkim tarafından re'sen dikkate alınmaması gerekir. Zira tapu sicili dışındaki şekil kuralları üçüncü kişilerin menfaatini ya hiç korumaz ya da dolaylı olarak korur³³⁸.

Kesin hükümsüzlükten farklı olarak kendine özgü hükümsüzlüğün düzelme imkânı mevcuttur. Sözleşme kurulduktan sonra, tarafların özgür iradeleri ile yanılma olmaksızın borçlarını ifa etmeleri halinde, şekle aykırılık iyileşecektir³³⁹. Bu noktada, şekil kuralının amacı önemlidir. Taşınmazlarda şekil, öncelikle, tarafları koruduğu için bilerek ve isteyerek yapılan ifa ile sözleşme geçerli hale gelir³⁴⁰. Buna göre, resmi şekilde yapılmamış olan bir taşınmaz satışında, taraflar şekle aykırılığı bilerek sözleşmeyi ifa etmişlerse, alıcı, şekle aykırı sözleşmeye dayanarak tescile zorlama davası açabilecektir.

Şekil kurallarının amacı, tarafları düşünmeye sevk etmek, acele karar vermelerini engellemek suretiyle onları korumak olduğundan, tarafların sözleşmeden doğan borçlarını bilerek ve isteyerek ifa etmeleri halinde, bu korumadan vazgeçmiş sayılmaları ve böylece ifa suretiyle sözleşmenin geçerlilik kazandığının kabulü gerekir³⁴¹. Kanunda, bu görüşü destekleyen hükümlere rastlanmaktadır. Örneğin, TBK m. 288/3 gereği, şekle uyulmaması sebebiyle geçersiz olan bağışlama sözü verme, bağışlayan tarafından yerine getirildiğinde, elden bağışlama hükmünde olacak; böylece sözleşmenin ifası, şekle aykırı sözleşmeyi geçerli hale getirecektir.

Ağırlıklı bir şekilde ifa edilmiş bir sözleşme, geçerli bir sözleşmenin ve borç altına girme iradesinin varlığına işaret eder³⁴². Sözleşmenin sadece şekle aykırı olması, sicillerin doğru tutulması gibi daha önemli bir menfaatin bulunmadığı hallerde, borç altına girme iradesini etkisiz bırakmamalıdır³⁴³. Bu durumda, şekle aykırılığı düzeltmek için hakkın kötüye kullanılması yasağına başvurulması da gerekmeyecektir.

Kendine özgü hükümsüzlük görüşüne göre, şekle aykırı bir sözleşmeden doğan edimler taraflardan biri ya da her ikisi tarafından ifa edilmemiş olsa dahi, böyle bir sözleşme geçerli hale getirilebilir; taraflar şekle aykırılık nedeniyle geçersiz sözleşmeye dayanarak

³³⁸ ALTAŞ, s. 142.

³³⁹ TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 218; TERCIER/ PICHONNAZ, s. 159-160. Doktrinde, taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin şekil kurallarının hem tarafları hem de kamu düzenini koruma amacıyla düzenlendiği; buna bağlı olarak, hâkimin, tapu sicil işlemleriyle ilgili şekil kurallarına uyulup uyulmadığını re'sen dikkate almakla yükümlü olduğu da ifade edilmektedir (bkz. ALTAŞ, s. 139).

³⁴⁰ EREN, s. 307; TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 218; TERCIER/ PICHONNAZ, s. 160.

³⁴¹ EREN, s. 307; ALTAŞ, s. 139-140.

³⁴² TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 218; TERCIER/ PICHONNAZ, s. 160.

³⁴³ TERCIER/ PICHONNAZ/ DEVELİOĞLU, s. 218-219; TERCIER/ PICHONNAZ, s. 160.

aynen ifa talebinde bulunabilirler³⁴⁴. Zira şekle aykırı bir sözleşme, başlangıçtan itibaren geçersiz olsa dahi, taraflar geçersizliği ileri sürmedikçe geçerli bir sözleşme gibi sonuç doğuracaktır.

3. Yokluk Görüşü

İsviçre doktrininde Keller/ Schöbi ve Furrer tarafından savunulan yokluk görüşü³⁴⁵ uyarınca, şekil, geçerlilik değil, kuruluş şartıdır; bu nedenle, şekle uyulmadan yapılan işlem yok sayılmalıdır. Tarafların şekle aykırı sözleşmeyi bilerek ve isteyerek ifa etmeleri, şekle aykırı olması sebebiyle kurulmamış olan sözleşmeye varlık kazandırmaz; bu nedenle, edimlerin ifasından sonra şekle aykırılığın ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması anlamına gelmez. Yokluk görüşü, özellikle, taşınmaz satış sözleşmesi için öngörülen geçerlilik şekline uyulmadan yapılan sözleşmeler için savunulmuş bir yaptırım türüdür.

Yokluk görüşü, şekil şartını, sözleşmenin kurucu unsurları olan irade beyanları ile eş değerde tutması nedeniyle, günümüzde modern hukuk sistemlerinde şekil şartının artık ek bir unsur olarak kabul edilmesi gerekçesiyle eleştirilmektedir³⁴⁶. Doktrindeki bir görüşe³⁴⁷ göre, kanunda öngörülen şekil şartına uygun olarak yapılıp yapılmadığı doğrudan doğruya kamu düzenini ilgilendiren sözleşmeler bakımından şekle aykırılık, yokluk yaptırımına bağlanabilir (örneğin evlenmede şekle aykırılık); bununla birlikte, borçlar hukuku alanındaki sözleşmeler ile kamu düzeninin ve toplumsal yararın en üst seviyede olduğu aile hukuku sözleşmelerini, bunlara uygulanacak yaptırımlar bakımından aynı kategoride ele almak isabetli değildir. Bu görüşe göre, taşınmazların satışı bakımından şekle aykırılık halleriyle sınırlı olsa dahi borçlar hukuku alanına dahil bir sözleşmenin şekle aykırılık dolayısıyla yokluk gibi ağır bir yaptırımla karşılaşması, borçlar hukukunun en önemli prensiplerinden olan "irade özgürlüğü" ilkesi ile bağdaşmayacaktır³⁴⁸.

4. İptal Edilebilir Olma Görüşü

İsviçre doktrininde Guggenheim³⁴⁹ tarafından savunulan iptal edilebilir olma görüşü uyarınca, şekle uyulmadan yapılan işlem başlangıçtan itibaren hüküm doğurur; ancak, şekil

³⁴⁴ ALTAŞ, s. 145; TERCIER/ PICHONNAZ, s. 160.

³⁴⁵ KELLER, Max/ SCHÖBI, Christian, Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Aufl., Basel 1988, s. 25-26; FURRER, Frank, Heilung des Formmangels in Vertrag, Zürich 1992, s. 71 (ÖZBİLEN, s. 182'den naklen). Fransız doktrininde "yokluk görüşü" için bkz. CARBONNIER, s. 203-204.

³⁴⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 308-309; ALTAŞ, s. 98-99; ÖZBİLEN, s. 182.

³⁴⁷ ÖZBİLEN, s. 184-185.

³⁴⁸ ÖZBİLEN, s. 185.

³⁴⁹ GUGGENHEIM, Daniel, L'invalidité des Actes Juridiques en Droit Suisse et Comparé, Geneve 1970, s. 166.

şartının korumayı amaçladığı taraf, iptal hakkını kullanarak sözleşmeyi geçmişe etkili olarak geçersiz hale getirebilir³⁵⁰. Bu görüş, şekil şartının özellikle taraf menfaatlerinin korunması amacıyla öngörüldüğü hallerde, şekle aykırılığın hâkim tarafından re'sen dikkate alınabileceği fikrine karşı çıkmaktadır; bu gibi durumlarda, şekil kuralının korumayı amaçladığı taraf, şekle aykırılık nedeniyle iptal hakkını kullanmadıkça sözleşme geçerli olarak varlığını sürdürecektir³⁵¹.

Şekle aykırılık nedeniyle iptal hakkının hangi süre içinde kullanılacağı hususu kanunda düzenlenmemiş olduğundan, bu konuda, on yıllık genel zamanaşımı süresinin (İsv. BK 127) uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür³⁵². Bu görüş, iptal hakkını kullanabilecek kişinin muhatabının şekle aykırı olarak düzenlenen sözleşmede iptal hakkının kullanılıp kullanılmayacağı gibi bir belirsizlik karşısında on yıl süreyle beklemek zorunda bırakılmasının bu kişi açısından bir hayli ağır bir sonuç olacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir³⁵³.

B. Tahvil

Tahvil, hukuki işlemleri mümkün olduğunca kesin hükümsüzlük yaptırımından kurtarmak için kullanılan bir yoldur. Şekle aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz olan bir hukuki işlem, benzer amaç ve sonuçlara yönelmiş başka bir hukuki işlemin şartlarını taşıyor ise ve eğer tarafların yaptıkları hukuki işlemin hükümsüzlüğünü bilselerdi şekline uyulan diğer hukuki işlemi yapacakları kabul edilebiliyorsa, şekle aykırılık sebebiyle hükümsüz olan işleme, diğer hukuki işlemin hüküm ve sonuçlarını tanımak mümkün olur. Buna tahvil adı verilmektedir³⁵⁴. Tahvil konusunda, Alman hukukundan (Alman Medeni Kanunu m. 140)

³⁵⁰ Türk hukukunda, miras hukuku alanında hukuki işlemlerin şekle aykırılığı halinde kendiliğinden hükümsüzlük değil, iptal müessesesi söz konusu olmaktadır. TMK m. 557/1 uyarınca, ölüme bağlı tasarrufların kanunda öngörülen şekillere uyulmadan yapılması halinde iptal davası açılması mümkündür. Kanunda öngörülen şekle aykırı olarak düzenlenmiş olan bir ölüme bağlı tasarruf bakımından yokluk ya da kendiliğinden hükümsüzlüğe nazaran daha hafif bir yaptırımın öngörülmesinin nedeni, borçlar hukuku alanından farklı olarak, sağlığında bu işlemi gerçekleştirmiş olan kişinin söz konusu işlemdeki şekle aykırılığı giderebilme imkanından yoksun olmasıdır (bkz. ÖZBİLEN, s. 185-186). Türk miras hukukunda, bu alanda gerçekleştirilen hukuki işlemler bakımından, kişinin iradesini mümkün olduğunca ayakta tutmak amacıyla, ölüme bağlı tasarruflardaki şekle aykırılık iddiaları ancak belirli kişiler tarafından belirli bir süre zarfında ileri sürülebilmekte ve şekle aykırılığa uygulanacak yaptırım, mahkeme kararına dayandırılmaktadır (bkz. ÖZBİLEN, s. 186).

³⁵¹ GUGGENHEIM, *Invalidité*, s. 109.

³⁵² GUGGENHEIM, *Invalidité*, s. 149.

³⁵³ ÖZBİLEN, s. 187, dn. 606. Bu görüşe göre, iptal edilebilir olma görüşünün zayıf noktalarından biri, şekle aykırılık nedeniyle iptal hakkının hangi süre içinde kullanılması gerektiği yönündeki soruya cevap verememesidir.

³⁵⁴ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 110; EREN, s. 310-311; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 155; NOMER, *Şekil*, s. 620; ANTALYA, Cilt I, s. 481; ÇELİKTAŞ, s. 599-600; ÖZBİLEN, s. 201; KAVAK, s. 162; ERDOĞAN, *Şekle Aykırılık*, s. 118.

farklı olarak, Türk ve İsviçre hukuklarında açık bir kanuni düzenleme bulunmamakta; bununla birlikte, doktrinde ve içtihatla tahvil kabul edilmektedir.

Hâkim, tarafların muhtemel iradelerinin, istenilen işlemin şekle aykırılık nedeniyle sonuç doğurmaması halinde, diğer işlemi yapmak yönünde olduğuna kanaat getirirse tahvile karar vermelidir. Ancak, hükümsüz işlem yerine geçen işlem tarafların istedikleri işlemten daha kapsamlı sonuçlar doğuruyor veya taraflar için daha ağır yükümlülükler öngörüyorsa, hâkim, tahvile karar vermemelidir³⁵⁵.

Tahvile örnek olarak, taşınmaz satış sözleşmesinin taşınmaz satış vaadi sözleşmesine çevrilmesi gösterilebilir. Taşınmaz satış sözleşmesinin Tapu Kanunu m. 26 gereği, tapu memurları tarafından düzenlenecek resmi senede bağlanması gerekir. Taşınmaz satış vaadi sözleşmesini düzenleme yetkisi ise, Noterlik Kanunu m. 60 gereği, noterlere aittir. Taraflar, noter önünde taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yerine taşınmaz satış sözleşmesi yapmak isterler ve noter böyle bir senedi düzenlerse, bu sözleşme şekle aykırı olur. Buradaki şekle aykırılığı düzeltmek için noterin düzenlediği satış sözleşmesini satış vaadi sözleşmesi olarak kabul etmek mümkün görülmektedir³⁵⁶.

Tahvile bir diğer örnek, şekle aykırı bir intifa sözleşmesinin ödünç sözleşmesine çevrilmesi gösterilebilir. Ödünç sözleşmesi şekle tabi değildir; bir nesnenin belirli bir süre için bir başkasına kullandırılmasını, bunun için zilyetliğin devrini ve süre sonunda nesnenin iadesini amaçlayan bir sözleşmedir. İntifa sözleşmesinin, amaç ve sonuçları bakımından ödünç sözleşmesi ile benzerlik göstermesi nedeniyle bu konuda da tahvil kabul edilmektedir³⁵⁷. Tahvile bir başka örnek, kefalet sözleşmeleri bakımından gösterilebilir. Örneğin, müteselsil kefalet sözleşmesinde, kefaletin müteselsil olduğu sözleşmede belirtilmemişse, müteselsil kefaletten bahsedilemeyecek; buna karşılık, bu sözleşme adi kefalet sözleşmesi olarak kabul edilebilecek ve geçerli olacaktır³⁵⁸.

³⁵⁵ EREN, s. 311.

³⁵⁶ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 110-111; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 156; KILIÇOĞLU, s. 213; KILIÇOĞLU, Taşınmaz Satımında Şekil, s. 213; NOMER, Şekil, s. 620; ÖZBİLEN, s. 203; ERDOĞAN, Şekle Aykırılık, s. 119.

³⁵⁷ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 111.

³⁵⁸ TAŞDELEN, s. 761.

İKİNCİ BÖLÜM: HUKUKİ İŞLEMLERİN ŞEKLİNE UYGULANACAK HUKUKU BELİRLEYEN GENEL KANUNLAR İHTİLAFI KURALI VE KURALIN UYGULANMASI

I. Tarihsel Gelişim

A. Karşılaştırmalı Hukukta

Kanunlar ihtilafı hukuku alanında, hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuk konusunda, en eski bağlama kurallarından bir tanesi, Latince “*locus regit actum*” (*LRA*) olarak ifade edilen “işlemin yapıldığı yer” hukukunu yetkili kılan bağlama kuralıdır³⁵⁹. Bu kural uyarınca, hukuki işlemlerin şekli konusunda işlemin yapıldığı yer hukuku yetkili olacaktır. *LRA* kuralı, şekle uygulanacak hukuk konusunda, milli hukuk düzenlemelerinin yanı sıra, çeşitli milletlerarası hukuk düzenlemelerinde, diğer bir ifadeyle, uluslararası sözleşmelerde yer alan bir bağlama kuralı olarak karşımıza çıkmaktadır.

Şekle uygulanacak hukuk konusunda *LRA* kuralının öngörüldüğü uluslararası sözleşmelere örnek olarak, 5 Ekim 1961 tarihli Vasiyet Tasarruflarının Şekline Dair Kanun Uyuşmazlıkları Hakkındaki La Haye Sözleşmesi³⁶⁰ ile Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma I Tüzüğü (m. 11)³⁶¹ gösterilebilir. Yabancı unsurlu bir hukuki işlemin şekli konusunda, kanunlar ihtilafı kuralları içeren uluslararası sözleşmelerin yanı sıra, maddi hukuk kuralları içeren uluslararası sözleşmeler de mevcuttur. Örneğin, 11 Nisan 1980 tarihli Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (m. 11)³⁶² (Viyana Satım Sözleşmesi), 10 Haziran 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesi (m. 2) ve 24 Haziran 2016 tarihli Mal Rejimlerine İlişkin Meselelerde Milletlerarası Yetki Uygulanacak Hukuk ile Kararların

³⁵⁹ DICEY/ MORRIS/ COLLINS, *The Conflict of Laws*, Volume 2, Ed. Lord Collins, 15th Edition, London 2012, s. 1849; LEGIER, Gérard, “*Actes Juridiques, Forme, Loi Applicable A La Forme*”, JurisClasseur, 2007, Fascicule 551-10, s. 3; BUREAU, Dominique/ MUIR WATT, Horatio, *Droit International Privé/ 2, Partie Speciale*, 3e Edition, Paris 2014, s. 446; BARNICH, Laurent, *Les Actes Juridiques En Droit International Privé*, Bruylant Bruxelles, 2001, s. 196; ERDENER, Nihal, *Türk Devletler Hususi Hukuku Sisteminde Locus Regit Actum Kaidesinin Tatbiki (Vasiyetnameler ve Bazı Borç Akitleri Hakkında)*, İstanbul 1958, s. 22; AYBAY, Rona/ DARDAĞAN, Esra, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması*, 2. Baskı, İstanbul 2008, s. 174; DOĞANGÜN, Temel, *Türk Hukukunda Yabancı Unsurlu Hukuki İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk*, Ankara 1996, s. 62-63.

³⁶⁰ Sözleşmenin İngilizce ve Fransızca metni için bkz. www.hcch.net. Sözleşmede öngörülen bağlama kurallarına ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Üçüncü Bölüm/ I/ C/ 2.

³⁶¹ Tüzük metni için bkz.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008R0593&from=FR>.

³⁶² Sözleşmenin İngilizce ve Fransızca metinleri için bkz. www.uncitral.org. Sözleşmenin 11. maddesinde, satım sözleşmesinin kurulması veya ispatının yazılı şekilde yapılmak zorunda olmadığı gibi başka herhangi bir şekil hükmüne de bağlı olmadığı düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca, sözleşme, tanık dahil her usulle ispat edilebilecektir.

Tanınması ve Tenfizi Hakkında Avrupa Konseyi Tüzüğü'nde (m. 25)³⁶³ şekle ilişkin maddi hukuk kurallarına yer verilmiştir.

Şekle uygulanacak hukuku belirleyen *LRA* kuralının kabul edilmesinin çıkış noktası, sözleşme taraflarının sözleşme akdedilirken buldukları yerde öngörülen şekil kurallarına, teamüllere uymalarının doğal olduğu düşüncesidir³⁶⁴. Yabancı bir ülkede hukuki işlem yapan bir kişiden, milli hukukunun gerekliliklerine uyması beklenemeyeceği gibi, bu kişinin işlem anında bulunduğu ülke hukukunun kurallarına riayet etmiş olması dolayısıyla, kendisine karşı bir yaptırım uygulanması da mümkün değildir³⁶⁵. Uluslararası özel hukuk ilişkilerinde, her bir kişinin, bulunduğu ülkede, bu ülke hukukunun öngördüğü geçerlilik ve ispat şekline ilişkin kurallara uygun olarak bir hukuki işlem yapma imkanına sahip olması gerekir³⁶⁶.

Hukuki işlemlerin şekli konusunda, işlemin yapıldığı yer hukukunun yetkili kılınmasının en önemli gerekçesi, pratik zorunluluklar ve işlem güvenliğidir³⁶⁷. Gerçekten, hukuki işlemin tarafları bakımından, işlem nerede yapılıyor ise o yer hukukunun şekil kuralları hakkında hızlıca bilgi edinmek çok daha kolay olacaktır. İşlemin yapıldığı yer hukuku dışında bir hukukun öngördüğü şekil kurallarına uyma zorunluluğunun kabul edilmesi, hukuki işlemin yapılmasını geciktirecek; söz konusu hukukun şekil kurallarının yabancı bir ülkede uygulanmasının maddi olarak imkânsız olduğu hallerde ise işlemin yapılmasını imkansızlaştıracaktır³⁶⁸.

İşlemin yapıldığı yer hukukunun şekil kuralları, bazı durumlarda, uygulanabilecek tek kural teşkil etmektedir³⁶⁹. Özellikle, işlemin gerçekleşmesi için resmi bir memurun

³⁶³ Tüzük metni için bkz.

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R1103&from=FR>.

³⁶⁴ LEGIER, *Loi Applicable A La Forme*, s. 5; LOUSSOUARN, Yvon/ BOUREL, Pierre/ VAREILLES-SOMMIERES, Pascal de, *Droit International Privé*, 9e Edition, Dalloz, 2007, s. 500-501.

³⁶⁵ BARNICH, s. 203-204.

³⁶⁶ LOUSSOUARN/ BOUREL/ VAREILLES-SOMMIERES, s. 496.

³⁶⁷ BATIFFOL, Henri/ LAGARDE, Paul, *Traité de Droit International Privé*, Tome II, 7e Edition, Paris 1983, s. 322; RABEL, Ernst, *The Conflict of Laws – a Comparative Study*, Volume Two (Foreign Corporations: Torts: Contracts in General, 1960, s. 488; LEGIER, *Loi Applicable A La Forme*, s. 6-7; LOUSSOUARN/ BOUREL/ VAREILLES-SOMMIERES, s. 496; MAYER, Pierre/ HEUZE, Vincent, *Droit International Privé*, 11e Edition, 2014, s. 564; LABORDE, Jean-Pierre/ SANA- CAHALLE de NERE, Sandrine, *Droit International Privé*, 18e Edition, 2014, s. 197; ULUOCAK, Nihal, *Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri – Uygulama Kuralları – Sözleşmeler*, İstanbul 1989, s. 35; VIGNAL, Thierry, *Droit International Privé*, 2e Edition, Paris 2011, 280; VAUTHIER, Marcel, *Sens et Application de la Règle LOCUS REGIT ACTUM*, Bruxelles 1926, s. 15; AYBAY/ DARDAĞAN, s. 174; CORNELOUP, Sabine, *La Publicité des Situations Juridiques Une Approche Franco-Allemande du Droit Interne et du Droit International Privé*, Paris 2003, s. 264.

³⁶⁸ LEGIER, *Loi Applicable A La Forme*, s. 7.

³⁶⁹ AUDIT, Bernard/ D'AVOUT, Louis, *Droit International Privé*, 7e Edition, Paris 2013, s. 221; LOUSSOUARN/ BOUREL/ VAREILLES-SOMMIERES, s. 496; MELIN, François, *Droit International Privé*, 6e Edition, 2014, s. 199; NASRALLAH, s. 32; VAUTHIER, s. 19; CORNELOUP, s. 264.

katılımının zorunlu olduğu yani resmi şeklin öngörüldüğü hallerde, resmi memur, kendisini yetkili kılan ülke hukukunun şekil kurallarını uygulamak zorundadır; diğer bir ifadeyle, bu gibi durumlarda, şekil gerekliliklerinin yerine getirilebilmesi için işlemin yapıldığı yer hukukunun kurallarının uygulanması zorunludur. Diğer taraftan, örneğin, vasiyet tasarrufunda bulunan kişinin milli hukukunda vasiyetnamenin resmi şekilde mahkeme huzurunda yapılması öngörülüyor; buna karşılık, vasiyetnamenin yapıldığı ülke hukukunda mahkemelerin bu yönde bir yetkisi bulunmuyor ise, milli hukukun şekil kurallarının uygulanması söz konusu olamayacaktır³⁷⁰. Benzer şekilde, işlemin esasına uygulanacak hukukta, bu işlemin noterde gerçekleştirilmesi gerektiği düzenleniyor ve işlemin yapıldığı yerde noterlik kurumu mevcut değilse, şekil konusunda *lex causae*'nin uygulanması mümkün değildir³⁷¹.

İşlemin yapıldığı yer hukukunun (*lex loci actus*) yetkisi, 14. yüzyılda, İtalyan ve Fransız yazarlar tarafından, vasiyetnamenin şekli bakımından kabul edilmiştir³⁷². Bundan bir yüzyıl sonra, *BARTOLE*, işlemin yapıldığı yer hukukunun sözleşmelerin şekli bakımından da uygulanacağını kabul ederek söz konusu kuralın uygulama alanını genişletmiştir³⁷³. 17. yüzyılda, *DUMOULIN*, bir taraftan, *LRA* kuralının her çeşit hukuki işlemin şekli bakımından uygulanacağını belirterek, kuralın uygulama alanını daha da genişletmiş, diğer taraftan, söz konusu kuralın sadece hukuki işlemlerin şekli bakımından uygulanacağını öngörerek bir bakıma kuralın uygulama alanını sınırlandırmıştır³⁷⁴. Aynı dönemde, *LRA* kuralının, taşınmazlara ilişkin hukuki işlemlerin şekli bakımından uygulanmaması gerektiği de ileri sürülmüştür³⁷⁵.

Karşılaştırmalı hukukta, Fransız içtihadına bakıldığında, 16. yüzyılın sonundan itibaren, çeşitli kararlarda, "işlemin yapıldığı yer" hukukun yetkisi, özellikle vasiyetnamelerin

³⁷⁰ NASRALLAH, s. 32; VAUTHIER, s. 19.

³⁷¹ AUDIT/ D'AVOUT, s. 221.

³⁷² LEGIER, *Loi Applicable A La Forme*, s. 5; ERDENER, *Locus Regit Actum*, s. 25-26; BARAN ÇELİK, s. 141; NASRALLAH, s. 31. Bir tacirin seyahatta olduğu bir esnada, yerleşim yerinin dışında bir ülkede, bir vasiyetname düzenlemek istemesi halinde, bu kişinin, yerleşim yeri hukukunun öngördüğü şekilde bir vasiyetname yapma imkanından mahrum olabileceği; bu durumda, bu kişiye, o esnada bulunduğu ülke hukukunun şekil kurallarına riayet ederek bir vasiyetname hazırlama imkanının tanınmasının uygun olacağı; böylece, vasiyetçinin vasiyetnameyi hazırladığı esnada bulunduğu ülke hukuku ile kendi yerleşim yeri hukuku arasında bir tercih yapabileceği ifade edilmiştir (bkz. RIGAUX, François, "*La Loi Applicable à La Forme des Actes Juridiques*", (s. 381-393), *Liber Amicorum Adolf F. Schnitzer*, 1979, s. 384).

³⁷³ VAUTHIER, s. 6; LEGIER, *Loi Applicable A La Forme*, s. 5; ERDENER, *Locus Regit Actum*, s. 25-26; NASRALLAH, s. 31.

³⁷⁴ VAUTHIER, s. 6-7; LEGIER, *Loi Applicable A La Forme*, s. 5; ERDENER, *Locus Regit Actum*, s. 27; BILCIURESCO, Alexandre, *La Forme des Actes Juridiques en Droit International Privé*, 1905, s. 68-70.

³⁷⁵ LEGIER, *Loi Applicable A La Forme*, s. 5.

şekli bakımından kabul edilerek, vasiyetçinin yerleşim yerinin ya da terekeye dahil malların bulunduğu yer hukukunun öngördüğü şekle aykırı olarak yapılan vasiyetnamelerin, yaptıkları yer hukukunun şekil kurallarına riayet etmek şartıyla geçerli olacakları sonucuna varılmıştır³⁷⁶. Fransız hukukunda, sonraki tarihli kararlarda da aynı prensip benimsenmiştir. 10 Ağustos 1819 tarihli bir kararda (*Gaudin c/ Sommaripa*), bir Fransız ile bir Osmanlının İstanbul'da gerçekleşen evliliklerinin şekli geçerliliği incelenirken, Fransızlar ile yabancılar arasında yabancı ülkelerde gerçekleştirilen hukuk işlemlerin, yaptıkları yer hukukunun öngördüğü şekle uygun olmaları gerektiği hüküm altına alınmıştır³⁷⁷.

Günümüzde, hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuku belirleyen *LRA* kuralının alternatif³⁷⁸ nitelikte olduğu; tarafların hukuki işlemin yapıldığı yer hukukunun yanı sıra, hukuki işlemin esasını yöneten hukukun ya da bir başka hukukun öngördüğü şekil kurallarına da riayet edebilecekleri genel olarak kabul edilmektedir³⁷⁹. Bununla birlikte, eski dönemlerde, kuralın alternatif niteliğine karşı çıkan ve kuralın zorunlu olarak uygulama alanı bulacağını savunan görüşler de mevcut olmuştur³⁸⁰.

17. yüzyılda, bazı Hollandalı hukukçular, örf-adet kurallarının ülkesel nitelikte oluşundan hareketle, bu kuralların gerektirdiği şekil prensiplerine, bir ülkede bulunan yabancıların da riayet etmesi gerektiğini ileri sürerek, *LRA* kuralının zorunlu olarak uygulanacağını savunmuşlardır³⁸¹. *LRA* kuralının zorunlu uygulama alanına ilişkin ileri sürülen bir diğer gerekçe, şekil konusunda işlemin yapıldığı yer hukukunun emredici olarak uygulanması durumunda, riayet edilmesi gereken şekil kurallarına ilişkin tereddütlerin ortadan kalkacağı düşüncesidir. İşlemin yapıldığı yer hukukunun şekil konusunda tek başına yetkili olması gerektiğine dair bir diğer gerekçe, şekil kurallarının kamu düzenine ilişkin olması ve kamu menfaatini yakından ilgilendirmeleridir. Ancak, gerek geçerlilik şekline

³⁷⁶ BATIFFOL/ LAGARDE, Tome II, s. 322; LEGIER, *Loi Applicable A La Forme*, s. 5; BARAN ÇELİK, s. 141. 15 Ocak 1721 tarihli meşhur "*Pommereuil*" kararında, bu yönde hüküm tesis edilmiştir.

³⁷⁷ LEGIER, *Loi Applicable A La Forme*, s. 6.

³⁷⁸ Günümüzde, alternatif deyimini yerine "fakültatif" deyimini teklif edilmektedir. Zira alternatif denildiğinde bir seçim yükümü söz konusu olurken, şekil kuralı ile verilen imkana göre tarafların bir kararı olmaksızın işlem kendiliğinden, hangi kritere göre şekle uygunsa, geçerli olmaktadır (bkz. TEKİNALP/ UYANIK, s. 91). Bununla birlikte, doktrin ve uygulamada bu anlamı ifade edecek şekilde, "alternatif" deyimini kullanılmaktadır.

³⁷⁹ LEGIER, *Loi Applicable A La Forme*, s. 8; LOUSSOUARN/ BOUREL/ VAREILLES-SOMMIERES, s. 496; LABORDE/ SANA-CHALLE de NERE, s. 197; MELIN, s. 199; MEYZAUD-GARAUD, s. 147; ERDENER, *Locus Regit Actum*, s. 113- 115; TEKİNALP/ UYANIK, s. 91.

³⁸⁰ *LRA* kuralının alternatif niteliğine ilişkin bu tartışma bir yana, işlemin yapıldığı yer hukukunun zorunlu olarak uygulanacağı bazı hukuki işlemler mevcuttur. Bunlara ilişkin ayrıntılı açıklamaya çalışmamızın ilgili bölümünde yer verilecektir (Bkz. Üçüncü Bölüm/ I/ A).

³⁸¹ LEGIER, *Loi Applicable A La Forme*, s. 8.

gerekse ispat şekline ilişkin kuralların kamu düzenine ilişkin olmadıkları gerekçesiyle bu görüş eleştirilmiştir³⁸².

19. yüzyılın sonundan itibaren, doktrinde, çoğunlukla, “işlemin yapıldığı yer hukukunun” zorunlu olarak uygulanacağı düşüncesine karşı çıkılmış ve *LRA* kuralının alternatif nitelikte olduğu kabul edilmiştir³⁸³. Gerçekten, işlemin yapıldığı yer hukukunun yetkisi, her yerde geçerli olabilecek bir hukuki işlemi kolayca yapma konusunda, taraflara bir imkân sağlamak amacıyla ortaya çıkmıştır. O halde, tarafların menfaatini gözeten bu kural ile, bir başka hukukun, örneğin tarafların daha iyi bildikleri bir hukukun uygulanmasının yasaklandığını söylemek mümkün değildir. Hukuki işlemin yapıldığı ülkenin şekil kuralları taraflara yabancı olabilir ve bu durum, işlemin şeklen geçersiz sayılması riskini teşkil eder³⁸⁴. Alternatif niteliğin kabulü ile, bu risk azaltılmaya çalışılmakta; böylece, alternatif nitelik, işlem güvenliğine hizmet etmektedir.

B. Türk Hukukunda

Türk hukukunda, 1982 tarih ve 2675 sayılı mülga Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un (MÖHUK) kabulünden önceki dönemde, milletlerarası özel hukukun kaynağını 1330 tarihli Muvakkat Kanun teşkil etmekteydi. Bu kanunda, hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuka ilişkin bir hükme yer verilmemekte; kanunun 4. maddesi, genel bir kanunlar ihtilafı kuralı olarak uygulanmaktaydı. Bununla birlikte, bazı kanunlarda istisnai nitelikte olmak üzere, çeşitli kanunlar ihtilafı kuralları mevcuttu³⁸⁵.

Kanuni yetersizliklere karşın, 1982 yılına kadar, doktrin ve uygulama, kaynağını özellikle Muvakkat Kanun’un 4. maddesinden aldığı bir kanunlar ihtilafı sistemi oluşturmuştur³⁸⁶. Bu dönemde, *LRA* kuralı, doktrinde genel kabul görmüş olmakla birlikte, esasa uygulanacak hukuk (*lex causae*) ile alternatif olarak uygulanıp uygulanmayacağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Doktrindeki bir görüş³⁸⁷, *LRA* kuralı ile *lex causae*’nın birbirlerine alternatif olarak uygulanmaları gerektiğini savunurken, diğer bir

³⁸² LEGIER, *Loi Applicable A La Forme*, s. 8.

³⁸³ LEGIER, *Loi Applicable A La Forme*, s. 8.

³⁸⁴ TEKİNALP/ UYANIK, s. 93.

³⁸⁵ *LRA* kuralını içeren bu kanun hükümlerine örnek olarak, poliçe ile yapılan taahhütlerin şekline ilişkin mülga Türk Ticaret Kanunu m. 679; ispat şekline ilişkin mülga HUMK m. 296 hükümleri gösterilebilir.

³⁸⁶ DOĞANGÜN, s. 67.

³⁸⁷ ERDENER, *Locus Regit Actum*, s. 113, 115; TEKİNALP, Gülören, *Acenta Sözleşmesine Uygulanan Kanunlar İhtilafı Kuralı*, İstanbul 1972, s. 155; TEKİNALP, Gülören, *Türk Devletler Hususi Hukukunda Temsil Yetkisi*, İstanbul 1977, s. 94; SAYMAN, Yücel, “*Türkiye’de Yapılan Evliliklerin Şekline Uygulanacak Hukuk Üzerine Düşünceler*”, MHB, 1981, Sayı: 2, s. 14.

görüŖ,³⁸⁸ hukuki işlemler bakımından asıl olanın işlemin esasına uygulanacak hukuk olup, *LRA* kuralının, ancak *lex causae*'nin izin verdiği ölçüde uygulama alanı bulacağını ileri sürmüştür.

MÖHUK öncesi dönemde, Yargıtay uygulamasında, *LRA* kuralı ile *lex causae*'nin alternatif nitelikte uygulanıp uygulanmayacağı konusunda kesin bir görüş ortaya konulmamış olmakla birlikte, 1955 tarihli bir kararda³⁸⁹, vasiyetname düzenlenmesi ile ilgili bir uyuşmazlıkta, vasiyetnamenin şekil şartları bakımından işlem yeri hukuku ile hüküm statüsü arasında alternatif bir uygulamadan söz edilmiştir. Yargıtay, taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklarla ilgili tasarruf işlemlerinin şekli konusunda *lex rei sitae* ilkesini kabul ederken, evlenmenin şekli bakımından *LRA* kuralının zorunlu uygulama alanına sahip olduğu görüşünü benimsemiştir³⁹⁰.

1982 tarih ve 2675 sayılı mülga MÖHUK'ta, hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuk konusunda, işlemin yapıldığı yer hukuku ile işlemin esasını yöneten hukukun alternatif nitelikte uygulanacağı düzenlenmek suretiyle, 1982 yılına kadar doktrin ve uygulamada beliren ihtilaflara son verilmiştir. Mülga MÖHUK'un 6. maddesinde düzenlenen hüküm, 2007 tarih ve 5718 sayılı MÖHUK'un³⁹¹ 7. maddesinde korunmuştur; yeni düzenlemenin eskisinden tek farkı, yeni düzenlemede atfin uygulanmayacağını açıkça belirtilmiş olmasıdır³⁹³. Söz konusu hüküm uyarınca, hukukî işlemler, yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun "maddî" hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilecektir. Buna göre, bir hukuki işlem, yapıldığı yer hukukuna göre şeklen geçerli ise, o hukuki işlemin esasına uygulanan hukuk bakımından şeklen geçersiz olsa dahi, işlem Türk hukuku bakımından geçerli kabul edilecektir. Diğer taraftan, hukuki işlem, yapıldığı yer hukukuna göre şeklen geçersiz olsa dahi, o hukuki işlemin esasına uygulanan hukuka göre şeklen geçerliyse, Türk hukuku bakımından geçerli sayılacaktır.

MÖHUK m. 7 düzenlemesi, hukuki işlemin geçerli bir şekilde meydana gelmesini temin amacıyla düzenlenmiş, *favor negotii* prensibine dayanan bir hükümdür. Buna göre,

³⁸⁸ GÖĞER, Erdoğan, Kanunlar İhtilafı (İçtihatlar Açısından Bağlama Kuralları), Ankara 1973, s. 25.

³⁸⁹ Y. 2. HD, 16.5.1955, E. 2085, K. 2687. Karar için bkz. GÖĞER, Kanunlar İhtilafı, s. 27-28.

³⁹⁰ Y. 2. HD, 21.9.1946, E. 6837, K. 3705. Karar için bkz. GÖĞER, Kanunlar İhtilafı, s. 25-26.

³⁹¹ RG., 12.12.2007, S. 26728.

³⁹² Çalışmamızda, kanun sayısı belirtilmeksizin MÖHUK ibaresine yer verilen hallerde, 5718 sayılı Kanun'dan bahsedilmektedir.

³⁹³ Bu değişikliğin, şekil konusundaki alternatif kuralın işlemi şeklen geçerli tutmaya yönelik amacıyla da uyumlu olduğu doktrinde belirtilmektedir (bkz. TEKİNALP, Gülören/ UYANIK, Ayfer, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 12. Bası, İstanbul 2016, s. 95). Şekil konusunda atfin uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin açıklamalar için bkz. Üçüncü Bölüm/ II/ A.

hukuki işlemin, söz konusu hükümde düzenlenen iki hukuktan birinin şekil kurallarına uygun olması, işlemin şekli geçerliliği için yeterli olacaktır. Görüldüğü üzere, MÖHUK m. 7 düzenlemesi, şekil konusunda, işlem yeri hukuku ile işlemin esasına uygulanacak hukukun alternatif nitelikte uygulanmasını öngören bir hükümdür. Bu iki hukuktan birinin uygulanması iradi olabileceği gibi tesadüfi de olabilir³⁹⁴. Bu iki hukuktan birini seçme zorunluluğu olmadığından hukuki işlemin taraflarının hangi şekle uymak istedikleri önem taşımaz³⁹⁵.

II. Vasıflandırma ve Kapsam

A. Hukuki İşlemlerin Şekli Konusunda Vasıflandırma

Şekle uygulanacak hukuku belirleyen kanunlar ihtilafi kuralının kapsamı belirlenirken, öncelikle, hangi konuların şekle ilişkin olduğunun tespiti gerekmektedir. Bir hukuki işlemde hangi konuların şekil, hangi konuların ehliyet ve işlemin hükümlerine ilişkin olduğu, bir vasıflandırma konusudur³⁹⁶. Örneğin, bir evlenmenin dini biçimde yapılması veya evlenmenin gerçekleşebilmesi için aranan ana ve babanın rızası ya da bir işlemde hâkimin izninin gerekli olup olmadığı, bir işlemin temsilci aracılığıyla yapılıp yapılamayacağı gibi meseleler bir vasıflandırma konusudur. Yapılacak vasıflandırma, aynı zamanda, ehliyet ve işlemin esasına ilişkin kanunlar ihtilafi kurallarının geçerlilik alanı ile şekle uygulanacak hukuku belirleyen kanunlar ihtilafi kuralının geçerlilik alanı arasındaki sınırın çizilmesi anlamını da taşır³⁹⁷.

Hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuk tespit edilirken, öncelikle uyumsuzluk konusunun vasıflandırılması ve uyumsuzluğun şekle ilişkin olduğu sonucuna varıldığında, ilgili kanunlar ihtilafi kuralının işaret ettiği hukukun maddi hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Uyumsuzluğun şekle ilişkin olup olmadığı *lex fori*'ye göre belirlenecektir³⁹⁸.

Lex fori yani Türk hukukunda, bir uyumsuzluğun şekle ilişkin olup olmadığı noktasında temel ölçüt uyumsuzluğun bir iradenin dışı yansıtılması konusuydu ilgili olup olmayacağıdır. Buna göre ilke olarak bir iradeyi dışı yansıtmak üzere kullanılan araçlar, şeklin dar ve teknik

³⁹⁴ NOMER, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, 22. Bası, İstanbul 2017, s. 209; AYBAY/ DARDAĞAN, s. 175.

³⁹⁵ NOMER, s. 209-210. Bununla birlikte, doktrinde, tarafların bu iki hukuktan birinin şekil kurallarına uyulmasını kararlaştırmış olabilecekleri, bu durumda, söz konusu hükmün taraflara seçme imkanı verdiği ifade edilmektedir (bkz. DOĞANGÜN, s. 113. Aynı yönde bkz. TEKİNALP/ UYANIK, s. 93). Diğer bir ifadeyle, bu görüşe göre, taraflar, şekil konusunda, işlem yeri ya da işlemin esasına uygulanacak hukuktan birini seçmek suretiyle alternatif niteliği bertaraf edebilecektir. Konuya ilişkin ayrıntılı açıklama ve değerlendirme için bkz. İkinci Bölüm/ IV/ B/ 1/ a/ aa.

³⁹⁶ ULUOCAK, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 35; NOMER, s. 211; ÇELİKEL, Aysel/ ERDEM, Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 190.

³⁹⁷ NOMER, s. 211.

³⁹⁸ ULUOCAK, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 35; TEKİNALP/ UYANIK, s. 95; NOMER, s. 211; ŞANLI, Cemal/ ESEN, Emre/ ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, 6. Bası, İstanbul 2018, s. 102.

anlamı içinde değerlendirilecektir. O halde, iradenin içeriğiyle ilgili olmayan ve sadece iradenin dışı hangi yollarla yansıtacağına ilişkin olan hususlar, şekle dahil kabul edilecektir. Şekle uygulanacak hukuk ile *lex fori* uyuşmazlığı farklı şekilde nitelendiriyorsa bir vasıf ihtilafı söz konusu olur ve bu ihtilaf aşağıda³⁹⁹ incelenecek olan yöntemler uyarınca çözümlenir. Şekil konusunun vasıflandırılmasında, özellik arz eden bazı konular mevcuttur. Bunlar aşağıda sırasıyla ele alınacaktır.

1. Kuralın Şekil ya da Esasa İlişkin Olması

Şekil konusunun vasıflandırılmasında özellik arz eden konulardan ilki, bir kuralın şekle mi yoksa esasa mı ilişkin olduğu meselesidir. Bazı durumlarda, kuralın şekle mi yoksa esasa mı ilişkin olduğu tereddüt uyandırabilir. Hukuki işlemin şekline, esasa uygulanacak hukuk dışında bir hukukun uygulanması durumunda (örneğin işlemin yapıldığı yer hukuku), bu konu önem kazanır. Zira verilecek cevaba göre uyuşmazlığa farklı hukuk ve hükümlerin uygulanması gündeme gelecektir. Örneğin, İsviçre Federal Mahkemesi, bir kararında⁴⁰⁰, kefalet sözleşmesinin yazılı olarak yapılması gerekliliğini şekle ilişkin bir mesele olarak değerlendirirken, sözleşmede kefil olunana azami miktarın belirtilmesi zorunluluğunun (İsviçre Borçlar Kanunu m. 493), şekle değil esasa ilişkin bir mesele olduğu sonucuna ulaşmıştır. Buna göre, sözleşmenin esasına İsviçre hukukunun uygulandığı hallerde, sözleşme yabancı ülkede akdedilmiş olsa dahi, İsviçre Borçlar Kanunu'nun kefalet sözleşmesinde kefilin sorumlu olacağı azami miktarın belirtilmesi zorunluluğuna ilişkin hüküm (m. 493) uygulama alanı bulacaktır. İsviçre Federal mahkemesinin söz konusu hükme ilişkin bu vasıflandırması, kefilin sorumlu olduğu toplam miktarın sözleşmede belirtilmesinin, kefilin sorumluluğunun kapsamını belirliyor olması ile açıklanmaktadır⁴⁰¹.

Türk hukukunda, doktrinde, kefalet sözleşmelerinin şekline ilişkin TBK m. 583 (818 sayılı mülga Borçlar Kanunu m. 484) hükmünde, kefilin sorumlu olacağı azami miktarın gösterilmesi zorunluluğunun, kefalet sözleşmesinin esasına ilişkin olduğu ve sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka tabi olacağı; buna karşılık, bu zorunluluğa ilişkin olarak tarafların iradelerini ne şekilde beyan edebilecekleri hususunun ise kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin olduğu ve *LRA* kuralına tabi olacağı ifade edilmektedir⁴⁰². Bu görüşe göre, örneğin, esasına İsviçre hukukunun uygulandığı bir kefalet sözleşmesi Türkiye'de

³⁹⁹ Vasıflandırma ihtilafı ve çözümü hakkında bkz. İkinci Bölüm/ II/ B.

⁴⁰⁰ ATF 117 II 490, JT 1993 I 312.

⁴⁰¹ BONOMI, Andrea, *Loi Sur le Droit International Privé – Commentaire Romand*, Editeur Andreas Bucher, 2011 Bale, s. 1070; BUCHER, Andreas/ BONOMI, Andrea, *Droit International Privé*, 3e Edition, 2013 Zurich, s. 310.

⁴⁰² ERDENER, *Locus Regit Actum*, s. 94; ERDENER, *Application de LRA*, s. 183.

yapıldığında, kefilin sorumlu olacağı tutarın 2000 Frangı geçmesi durumunda, İsviçre BK m. 493/2 hükmü gereği, bu sözleşmenin resmi şekilde yapılması gerekecek, resmi şekil şartının nasıl gerçekleşeceği ise, *LRA* kuralının uygulanması sonucu, sözleşmenin akdedildiği yer hukuku olarak Türk hukukuna göre belirlenecektir⁴⁰³.

Kanaatimizce, kefalet sözleşmesinde, kefilin sorumlu olacağı azami miktarın belirtilmesi zorunluluğu, şekle ilişkin olduğu kadar, kefilin sorumluluğunun sınırlarını belirlemesi bakımından kefalet sözleşmesinin esası ile de ilgilidir. Ancak, bu husus, şekilden sayılsa dahi, kefalet sözleşmesinin esasına Türk hukukunun uygulandığı hallerde, kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin TBK m. 583 hükmünün, MÖHUK m. 6 çerçevesinde "doğrudan uygulanan kural" teşkil edeceği ve sözleşmenin akdedildiği yer hukukunun şekil kurallarını bertaraf ederek uygulama alanı bulacağı kanaatinde olduğumuzdan⁴⁰⁴, konunun şekil ya da esasa ilişkin olarak vasıflandırılması, pratikte bir fark yaratmayacaktır. Konunun şekil ya da esasa ilişkin olarak vasıflandırılması, yabancı bir ülkede akdedilen ilişkinin esasına işlem yeri hukukundan farklı yabancı bir hukukun uygulanması durumunda önem kazanacaktır. Bu durumda, esasa uygulanacak hukukun kefil olunan miktarın sözleşmede belirtilmesi zorunluluğunu öngörmesi ancak sözleşmenin akdedildiği yer hukukunda bu zorunluluğun bulunmaması halinde, bu husus şekle ilişkin kabul edilirse, MÖHUK m. 7 hükmünde işlem yeri hukuku ve esasa uygulanacak hukuk birbirine alternatif olarak uygulandığından, kefil olunan miktarın sözleşmede belirtilmesine gerek olmayacaktır.

Kanaatimizce, bu durumda, miktar belirtilmesi zorunluluğunun (kefilin sorumluluğunun sınırlarını belirlemesinden dolayı) esasa ilişkin olarak vasıflandırılması ve esasa uygulanacak hukuka göre belirlenmesi gerekmektedir. O halde, esasa uygulanacak hukukta kefalet sözleşmesinin geçerliliği için kefil olunan azami miktarın sözleşmede belirtilmesi gerekliliği öngörülüyorsa, sözleşmenin akdedildiği ülke hukukunda bu gereklilik yer almasa dahi, işlemin esas bakımından geçerliliği için, söz konusu hususun sözleşmede yer alması gerekecektir. Bununla birlikte sorumluluğun azami miktarı belirlenirken bunun adi yazılı şekilde mi yoksa resmi şekilde mi yapılacağı hususu, irade beyanlarının açıklanma şekli ile ilgili bir konu olup şekle uygulanacak hukuk kapsamında (işlem yeri hukuku ve esasa uygulanacak hukuk) değerlendirilecektir.

⁴⁰³ ERDENER, *Locus Regit Actum*, s. 94; ERDENER, *Application de LRA*, s. 183.

⁴⁰⁴ TBK m. 583 hükmünün MÖHUK m. 6 çerçevesinde doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmesine ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Üçüncü Bölüm/ II/ C/ 2/ b/ cc.

2. Hukuki İşlemin Geçerliliği İçin Mahkeme Kararına İhtiyaç Duyulması

Uyuşmazlığın şekle mi yoksa esasa mı ilişkin olduğu konusunda tereddüt uyandırabilecek durumlardan bir diğeri, hukuki işlemin geçerliliği için mahkeme kararına ihtiyaç duyulmasıdır. Mahkeme kararının ya da onayının gerekliliği, hukuki işlemin esasına mı yoksa şekle mi ilişkindir? Örneğin, Fransız hukukunda, Fransız Medeni Kanunu m. 353 gereği, evlat edinmenin; Fr. MK m. 230, 232 gereği, anlaşmalı boşanmada boşanma protokolünün, Fr. MK m. 1397/4,5 gereği ise, bazı hallerde, mal rejimi sözleşmesine ilişkin değişikliğin mahkemenin onayına sunulması zorunludur. Bu gibi hallerde, söz konusu onay zorunluluğunun bir şekil kuralı olarak kabul edilmesi halinde, işlemin esasına uygulanacak hukukun böyle bir zorunluluk öngörmesine karşılık, işlemin yapıldığı yer hukukuna göre bir mahkeme kararına ihtiyaç yoksa, işlem, mahkeme onayı olmaksızın geçerli olacaktır⁴⁰⁵.

Fransız hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da evlat edinme kararlarının geçerliliği mahkemenin onayına bağlıdır; diğer bir ifadeyle, evlat edinme ilişkisi mahkeme kararı ile kurulur⁴⁰⁶ (TMK m. 315-316). Buna karşılık, Türk hukukunda mal rejimi sözleşmesinin kurulabilmesi ya da değiştirilebilmesi için mahkemenin onayına ihtiyaç duyulmamaktadır. Mal rejimi sözleşmesinin şekli geçerliliği, TMK m. 205 gereği, noterde düzenleme veya onaylama şeklinde yapılmasına bağlıdır. TMK m. 208 hükmünde ise, eşlerin her zaman yeni bir mal rejimi sözleşmesiyle önceki veya başka bir mal rejimini kabul edebilecekleri düzenlenmiştir. Böyle bir mahkeme onayının şekil ya da esasa ilişkin bir mesele olarak vasıflandırılması, uygulanacak hukukun, böylece esas alınacak hükümlerin somut olayda değişiklik göstermesine neden olabilecektir.

Hukuki işlemin geçerliliği için mahkeme kararına ihtiyaç duyulmasına bir diğer örnek, boşanmaya ilişkin olarak verilebilir. Türk hukukunda boşanma sadece mahkeme kararıyla kurulan bir hukuki işlemdir. Mahkeme dışında hukuki işlem yoluyla gerçekleşen bir boşanmanın Türk mahkemeleri önünde geçerliliği sorgulandığında, boşanmanın mahkeme kararı ya da mahkeme dışında hukuki işlemle gerçekleşmesi hususunun vasıflandırılması önem taşır. Söz konusu mesele şekle ilişkin olarak değerlendirilirse, boşanmanın mahkeme dışında hukuki işlemle gerçekleşmesinin mümkün olduğu bir ülkede bu şekilde gerçekleşen bir boşanmanın hukuken geçerli olduğu sonucuna varılacakken, mesele esasa ilişkin olarak

⁴⁰⁵ Konunun esasa ilişkin bir mesele olarak vasıflandırılmasına ilişkin olarak bkz. LEGIER, *Domaine de la Loi Applicable*, s. 32.

⁴⁰⁶ Türk hukukunda evlat edinme konusunda hâkim tarafından verilmesi gereken iznin hukuki niteliğine ilişkin açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm/ IV/ B/ 4/ b.

değerlendirilirse boşanmanın esasına uygulanacak hukukun buna izin verip vermediğine bağlı olarak farklı bir sonuca ulaşılabilecektir.

Doktrindeki bir görüşe⁴⁰⁷ göre, hukuki işlem yoluyla boşanmanın mümkün olduğu bir ülkede bu şekilde gerçekleşen bir boşanma işleminin şeklen geçerli olup olmadığı Türk mahkemeleri önünde tartışma konusu olursa, bu mesele MÖHUK m. 7 uyarınca çözümlenmelidir⁴⁰⁸. Bu görüş esas alındığında, boşanmanın mahkeme dışında hukuki işlemle gerçekleşmesinin mümkün olduğu bir ülkede bu yolla gerçekleşmesi halinde, bu boşanma Türk hukuku bakımından da geçerli kabul edilecektir. Buna benzer bir sonuca ulaşan bir diğer görüş⁴⁰⁹ uyarınca, Türk kanunlar ihtilafı kurallarına göre, boşanmanın esasına Türk hukukunun uygulandığı bir boşanma olayında, Türkiye’de ancak Türk mahkeme kararı ile boşanılabilir. Buna karşılık, yabancı bir boşanma hukukunun uygulandığı bir boşanma olayında, kamu düzeni müdahalesi haricinde, hukuki işlem niteliğindeki mahkeme dışı boşanmaların hukuken tanınması mümkündür. Bununla birlikte, bu görüşe göre, taraflardan birisinin dahi Türk vatandaşı olması durumunda, Türkiye’de boşanmanın sadece mahkeme hükmü ile gerçekleşmesi kamu düzeni gereğidir⁴¹⁰.

Kanaatimizce, geçerli bir boşanma için mahkeme kararına ihtiyaç duyulup duyulmadığı hususu, şekle değil, esasa ilişkin bir mesele olarak vasıflandırılmalıdır. Türk hukukunda, boşanma davalarında, hâkim, sadece şekli bir inceleme yapmamakta, ailenin korunması prensibi çerçevesinde, bazı özel boşanma sebeplerinin (TMK m. 161, 162, 164) varlığı haricinde, boşanmaya karar verebilmek için evliliğin diğer eş için çekilmez hale gelip gelmediğini ya da aile birliğinin temelinden sarsılıp sarsılmadığını incelemekte (TMK m. 163, 165, 166/1) anlaşmalı boşanmalarda ise, boşanma protokolünün hâkim tarafından uygun bulunması gerekmektedir (TMK m. 166/3). Görüldüğü üzere, Türk hukukunda boşanma, taraf iradesine tabi bir işlem olmayıp, ancak mahkeme kararıyla gerçekleşmekte ve bu karar verilirken hâkimin esasa ilişkin bir denetim ve müdahalesi söz konusu olmaktadır. Bu nedenlerle, Türk hukukunda boşanmanın gerçekleştirilmesi için mahkeme kararının gerekliliği meselesi, boşanmanın şekline değil esasına ilişkin olarak kabul edilmelidir. Bu noktada, boşanmanın esasına uygulanacak hukukta (MÖHUK m. 14), boşanma işleminin

⁴⁰⁷ ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 139.

⁴⁰⁸ Fransız hukukunda, evliliğin şeklinde olduğu gibi, boşanmanın şekli konusunda da *LRA* kuralının mutlak olarak uygulanacağı kabul edilmektedir (bkz. MAYER/ HEUZE, s. 565). Buna göre, boşanmanın gerçekleşebilmesi için mahkeme kararına ihtiyaç duyulup duyulmayacağı meselesi, şekle ilişkindir ve boşanmanın gerçekleştiği ülke hukukuna tabidir. Bunun sonucu olarak, iki yabancıların kendi milli hukuklarının öngördüğü dini merasimle Fransa’da evlenmeleri ve boşanmaları mümkün değildir.

⁴⁰⁹ NOMER, s. 260.

⁴¹⁰ NOMER, s. 260.

gerçekleşmesi için mahkeme kararına ihtiyaç duyulmaması durumunda, eşlerin Türkiye’de mahkeme kararı olmaksızın boşanıp boşanamayacakları sorusunun cevaplandırılması gerekmektedir.

Boşanmanın esasına uygulanacak hukuk, boşanmanın mahkeme dışında gerçekleşmesine izin verse dahi, Türkiye’de gerçekleştirilen boşanmanın Türk mahkemeleri önünde yapılması gerekliliği (TMK m. 167, 170), kanaatimizce, boşanma kararı verilirken hâkimin yapacağı denetimin ailenin korunmasına hizmet etmesi ve “ailenin korunması” prensibinin devletin sosyal bir politikasını teşkil etmesi nedenleriyle, MÖHUK m. 6 çerçevesinde doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmelidir. Doktrinde⁴¹¹ ifade edildiği üzere, TMK m. 167 ve m. 170 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, Türkiye’de bir Türk vatandaşının evliliğinin Türk mahkemeleri dışında bir makam tarafından sonlandırılması mümkün değildir ve söz konusu hükümler, Türkiye’de gerçekleşecek boşanma, evliliğin butlanı ve iptali gibi davalar bakımından, MÖHUK m. 6 çerçevesinde doğrudan uygulanan kural teşkil etmektedir; o halde, MÖHUK m. 14 uyarınca boşanmaya hangi hukuk uygulanırsa uygulansın, boşanma işleminin Türk mahkemelerinde açılacak bir dava yoluyla gerçekleşmesi gerekmektedir.

Bir hukuki işlemin gerçekleşebilmesi için hâkimin ya da idari bir makamın iznine ihtiyaç duyulduğu hallere bir diğer örnek, vesayetin yönetimine ilişkin meselelerde karşımıza çıkmaktadır. Vesayet altında bulunan kişinin ya da bu kişi adına vasinin bir hukuki işlemi yapma konusunda yetkilendirilmesi için bir izne ihtiyaç duyulduğu hallerde, izne ilişkin bu prosedürün, söz konusu hukuki işlemin esasına mı yoksa şekline mi ilişkin olduğu sorusunun cevaplandırılması gerekmektedir. Örneğin, Türk hukukunda, TMK m. 462 gereği, vesayet altında bulunan kişinin bir taşınmazının satımı, vesayet dairelerinin iznine tabidir. Bu gerekliliğin bir şekil meselesi olarak vasıflandırılması halinde, bu izne ihtiyaç duyulup duyulmadığı, MÖHUK m. 7 gereği, taşınmaz satımının yapıldığı ülke hukukuna ya da vesayetin yönetiminin tabi olduğu hukuka (MÖHUK m. 10/3 gereği, Türk hukukuna) göre belirlenecektir. Buna göre, taşınmaz satımının gerçekleştiği ülke hukukunda böyle bir izne ihtiyaç yoksa, işlem, izin alınmaksızın yapılsa dahi geçerli olacaktır. Bu tür izinlerin işlemin esasına ilişkin olduğu kabul edildiğinde, Türk mahkemelerinde açılan bir davada, bu konuda, MÖHUK m. 10/3 gereği, Türk hukuku uygulanacak ve vesayet dairesinin izni olmaksızın yapılan böyle bir işlem geçersiz kabul edilecektir. Karşılaştırmalı hukukta, Fransız doktrininde, ehliyetsizlerin korunması amacıyla bu kişilerin yapacağı işlemleri izne tabi tutan

⁴¹¹ HUYSAL, Burak, “Nüfus Hizmetleri Kanunu Kapsamında Yabancı Boşanma Kararlarının Doğrudan Tesçili”, MHB, Cilt: 37, Sayı: 2, 2017, Yücel Sayman’a Armağan, s. 488-489.

hükümlerin, şekle değil, işlemin esasına ilişkin oldukları kabul edilmektedir⁴¹². Türk hukukunda, bir işlemin yapılmasında bazı makam ya da kişilerin izni, icazeti ya da tasdikinin şekle ilişkin kanunlar ihtilafı kuralının kapsamı dışında olduğu kabul edilmektedir⁴¹³. Doktrinde, hukuki işlemin geçerliliği için bir kişi ya da makamın izninin gerektiği hallerde, bu iznin hangi hallerde ve ne zaman gerekli olacağı, izin konusunda yetkili makamın kim olacağı, iznin bulunmaması durumunda uygulanması gereken yaptırımın ne olacağı konularının işlemin esasına uygulanacak hukuka tabi olacağı (ilgilinin milli hukuku); buna karşılık, bu iznin şekli bakımından LRA kuralının uygulanacağı ifade edilmektedir⁴¹⁴.

Kanaatimizce, bir mahkeme ya da idari makamın iznine ihtiyaç duyulan hallerde, bu iznin verilebilmesi için söz konusu makam tarafından hukuki işlemin esasına ilişkin bir denetimin yapılması ve bu denetim sonucunda bir karar verilmesi söz konusuysa, izin ya da kararın şekli bir mesele olarak değerlendirilmesi mümkün değildir; böyle durumlarda, izin ya da kararın esasa ilişkin olduğu kabul edilmeli ve hukuki işlemin esasına uygulanacak hukukta bir mahkeme ya da idari makam denetimi öngörülüyorsa, bu denetim olmaksızın yapılan işlem geçersiz kabul edilmelidir. Vesayetin yönetimine ilişkin meselelerin de bu çerçevede ele alınması ve vesayet makamlarının iznine tabi işlemlerde, söz konusu iznin şekle değil esasa uygulanacak hukuka göre belirlenmesi gerekmektedir.

3. Kuralın Maddi Hukuk ya da Usul Hukuku Bakımından Sonuç Doğurması

Şekil konusunun vasıflandırılmasında özellik arz eden son konu, şekil kuralının maddi hukuk bakımından mı yoksa usul hukuku bakımından mı sonuç doğuracağı meselesidir. Şekil kuralının hangi alanda sonuç doğuracağı, şekle uygulanacak hukuku belirleyen kanunlar ihtilafı kuralının uygulama alanının tespiti bakımından önem arz eder. Zira usul hukuku bakımından sonuç doğuracak bir şekil kuralının, örneğin ispat şekline ilişkin bir kuralın, işlemin yapıldığı yer hukuku (*LRA*) ya da esasa uygulanacak hukuk (*lex causae*) yerine mahkemenin hukukuna (*lex fori*) tabi olması mümkündür.

Bazı milli hukuklar, ihlali halinde usul hukuku bakımından sonuç doğuracak şekil kuralları ihtiva etmekte; bu düzenlemeler, delillerin kabul edilebilirliğini sınırlamayı

⁴¹² BATIFFOL/ LAGARDE, Tome II, s. 326; LOUSSOUARN/ BOUREL/ VAREILLES-SOMMIERES, s. 502; LABORDE/ SANA-CHALLE de NERE, s. 198; MEYZAUD-GARAUD, Marie-Christine, Droit International Privé, 4e Edition, 2014, s. 148. Belçika hukukunda aynı yönde bkz. RIGAUX/ FALLON, s. 100-101.

⁴¹³ TEKİNALP/ UYANIK, s. 96.

⁴¹⁴ ERDENER, Nihal, "L'Application de la Regle Locus Regit Actum En Droit International Privé Turc", Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, Cilt 9, Sayı 9-11 (1959), s. 162.

amaçlamaktadır⁴¹⁵. Söz konusu hükümlerin vasıflandırılması, doktrin ve içtihatla oldukça tartışmalıdır. İngiliz mahkemeleri, bu hükümleri usul hukuku kapsamında değerlendirirken, Alman ve Amerikan hukukunda, bu kurallar, maddi hukuka ilişkin birer şekil kuralı olarak görülmektedir⁴¹⁶. Maddi hukuk ile usul hukukunu birbirinden kesin çizgilerle ayıran bir sınır mevcut olmamakla beraber, hukuki ilişkinin meydana gelişi, içeriği ve hukuki etkisini düzenleyen kuralların maddi hukuka ilişkin oldukları ve sübjektif hakları tespit ettikleri; buna karşılık, sübjektif hakkın mahkemelerde nasıl ileri sürüleceğine ilişkin hususların usul hukukunu ilgilendirdikleri ifade edilmektedir⁴¹⁷. Buna göre, genel olarak, bir hakkın varlığına ilişkin konular maddi hukuka, o hakkın yerine getirilmesine ilişkin hususlar ise usul hukukuna ait kabul edilecektir. Delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin kuralların usul hukuku kuralları olarak mı yoksa maddi hukuka kuralları olarak mı vasıflandırılacakları ve bu kuralların şekle uygulanacak hukuku belirleyen MÖHUK m. 7 hükmünün kapsamında olup olmadıkları çalışmamızın ilgili bölümünde ele alınacaktır⁴¹⁸.

B. Şekilde Vasıflandırma İhtilafı

Vasıflandırma problemi, hukuk düzenlerinin belirli bir hayat ilişkisini farklı şekilde vasıflandırmalarından kaynaklanmaktadır⁴¹⁹. Kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması sonucu tespit edilen hukukun somut uyuşmazlıktaki hukuki ilişkiye hakim hukukunun tanıdığından farklı bir hukuki nitelik tanınması⁴²⁰ ya da hakimin kanunlar ihtilafı kurallarının yetkili kıldığı yabancı hukukta ya da hakimin hukukunda uyuşmazlık konusu hukuki ilişki hakkında uygulanabilecek hukuk kurallarının bulunmaması⁴²¹ sonucu “vasıflandırma ihtilafı” ortaya çıkmaktadır.

Bağlama konusunun vasıflandırılmasında, vasıflandırma ihtilafının çözümünde, beş farklı yöntem önerilmektedir. Bunlar, hakimin bağlama konusu olan hayat ilişkisini kendi hukuk düzeninin yaptığı şekilde bir hukuki kalıp içerisine sokmasını ifade eden “*lex fori*

⁴¹⁵ LOACKER, Rome Regulations Commentary, Second Edition, Edited by Graf-Peter Callies, 2015, s. 289.

⁴¹⁶ DICEY/ MORRIS/ COLLINS, s. 1850-1851; LOACKER, Rome I Article 11, s. 290. Bir şekil kuralının maddi hukuka mı yoksa usul hukukuna mı ilişkin olduğu konusunda bir ayırım yapılmasının, Roma I Tüzüğü m.18/2 anlamında ispat şeklinin söz konusu olduğu hallerde, gereksiz olacağı; zira Tüzük m. 18/2 uyarınca, mahkemenin hukukunun (*lex fori*) ya da Tüzük m. 11’de öngörülen hukuklardan birinin öngördüğü şekilde ispatın mümkün olduğu doktrinde ifade edilmektedir (bkz. LOACKER, Rome I Article 11, s. 290). İspat şekline uygulanacak hukuk konusunda ayrıntılı açıklama için bkz. Üçüncü Bölüm/ I/ D/ 2.

⁴¹⁷ TAN DEHMEN, s. 50.

⁴¹⁸ Bkz. Üçüncü Bölüm/ I/ D/ 2.

⁴¹⁹ NÖMER, s. 97; DOĞAN, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk (Genel Esaslar, Milletlerarası Usul Hukuku, Bağlama Kuralları), 5. Bası, Ankara 2019, s. 213.

⁴²⁰ ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 49-50; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 85; DOĞAN, s. 213-214.

⁴²¹ ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 50, dn. 98; DOĞAN, s. 214.

yöntem”⁴²², uyuşmazlık konusu hayat ilişkisinin, bu ilişki bakımından uygulanması gereken hukuk düzenine göre vasıflandırılmasını ifade eden “*lex causae* yöntemi”, iç hukuk kurallarının üstünde, milletlerarası özel hukuk ilişkileri için geliştirilmiş genel hukuk kuralları ile vasıflandırmayı ifade eden “bağımsızlık teorisi”, Anglo-Amerikan hukukunda savunulmuş olan ve birinci derecede *lex fori*, ikinci derecede ise *lex causae*’ya göre vasıflandırma yapılmasını öngören “kademeli vasıflandırma” ve son olarak, kanunlar ihtilafı kuralında yer alan kavramların benzer amaca hizmet eden yabancı hukuk kurumları ve norm gruplarını da kapsayacak şekilde yorumlanmasını hedefleyen “fonksiyonel yöntem”dir⁴²³.

Türk hukukunda, doktrinde, vasıflandırmanın esas olarak *lex fori*’ye göre yapılması gerektiği kabul edilmekle⁴²⁴ beraber, kural olarak *lex fori*’ye göre yapılacak olan vasıflandırmanın, devletler özel hukuku hakkaniyeti bakımından tatminkâr sonuçlar vermemesi durumunda, *lex causae*’ya göre yapılması gerektiği de ifade edilmektedir⁴²⁵. Bu görüşe göre, bazı hallerde, uyuşmazlıkta, başka bir kanunlar ihtilafı sistemine göre kazanılmış bir hukuki durum söz konusu olabilir ve bu hukuki durumun korunmasını sağlayacak olan vasıflandırma yönteminin benimsenmesi gerekebilir. Örneğin, yabancı bir ülkede *LRA* kuralına göre geçerli olarak yapılmış bir evlilikte, ana ve babanın rızasının ehliyet değil şekil meselesi olduğu, özellikle esas bakımından Türk hukukunun uygulanmadığı hallerde (iki Fransızın İngiltere’de evlenmesi örneğinde olduğu gibi), taraf menfaatleri bakımından hukuki durumun korunması için kabul edilebilir⁴²⁶.

Benzer bir görüş, vasıflandırma konusunda kural olarak *lex fori*’nin yetkili olduğunu, ancak *lex fori*’ye göre yapılan vasıflandırmanın milletlerarası özel hukuk adaletine ve milletlerarası özel hukuk menfaatlerine aykırı sonuçlar doğurması halinde, hukuki olay veya ilişkinin bağlantılı olduğu ülke hukukları çerçevesinde vasıflandırma yapılması gerektiğini

⁴²² Fransız hukukunda, 22 Haziran 1955 tarihli “*Caraslanis*” kararında (Cass. Civ., 22 Juin 1955, Rev. Crit. DIP 1955, note Batiffol; ANCEL, B./ LEQUETTE Y., Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Française de Droit International Privé (GAJFDIP), 4e Edition, Dalloz, 2001, s. 252-263), evlilik merasimine ilişkin bir unsurun şekil kurallarının mı yoksa esasa ilişkin kuralların mı kapsamında olduğu meselesinin, Fransız hukukuna göre çözümlenmesi gerektiği vurgulanarak, evliliğin dini ya da laik merasimle gerçekleştirilmesinin şekle ilişkin bir mesele olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Kararda, Fransa’da resmi memur önünde gerçekleşen evlilik, çiftin müşterek milli hukuku olan Yunan hukukunun öngördüğü dini merasimle gerçekleşmemiş olmasına rağmen geçerli kabul edilmiştir.

⁴²³ TEKİNALP/ UYANIK, s. 35-36; NOMER, s. 100-103; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 79-84; DOĞAN, s. 214-216; TAN DEHMEN, s. 48-49.

⁴²⁴ NOMER, s. 104; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 86; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 51; DOĞAN, s. 216-217.

⁴²⁵ ÇELİKEL/ ERDEM, s. 86-87.

⁴²⁶ ÇELİKEL/ ERDEM, s. 86.

savunmaktadır⁴²⁷. Örneğin, hâkim kendi hukukunda tanınmayan bir hukuki ilişki ile karşılaştığında, davayı reddetmemeli; bu durumda, karşılaştırmalı hukuk çalışması ile vasıflandırma yapılmalıdır.

Doktrindeki görüşler göz önünde tutulduğunda, bağlama konusunun hukuki işlemin şekli ile ilgili olup olmadığına ilişkin bir vasıflandırma ihtilafı söz konusu olduğunda, bu ihtilafın kural olarak *lex fori*'ye göre çözümleneceği, yani şekil kavramının ne olduğunun mahkemenin hukukuna göre belirleneceği söylenebilir. Ancak, vasıflandırma ihtilafının çözümünde esas alınacak yöntem olaydan olaya farklılık gösterebilecek, milletlerarası özel hukuk menfaatlerinin gerektirdiği durumlarda, milletlerarası özel hukuk adaletinin sağlanması bakımından uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuka göre vasıflandırma yapılması da söz konusu olabilecektir. Şekil konusunda vasıflandırma ihtilafına çeşitli örnekler verilebilir. Örneğin, evlenme iradesinin sözlü ve olumlu biçimde açıklanması gerekliliği, Türk hukukunda (TMK m. 142) esasa ilişkin bir meseleyken, İngiliz hukukunda şekle ilişkin olarak kabul edilip *LRA* kuralına tabi tutulmaktadır⁴²⁸. Benzer şekilde, ana ve babanın evliliğe rızası, Türk hukukunda evlenme ehliyetine ilişkin bir hususken, İngiliz hukukunda evliliğin şekline ilişkindir⁴²⁹. Bazı hukuk sistemlerinde kilise nikahı, evlenmenin şekline dahil edilirken, Yunan, İsrail ve Lübnan gibi bazı ülke hukuklarında ise, bu hususun evlenmenin esasına ait olduğu kabul edilmektedir⁴³⁰.

Hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuk konusunda genel düzenleme teşkil eden MÖHUK m. 7 hükmünde, birbirine alternatif iki bağlama noktası (*LRA* ve *lex causae*) öngörüldüğünden, bir hukuki uyuşmazlığın şekle ilişkin olup olmadığına dair bir vasıflandırma ihtilafının çözümünde bu iki hukukun da dikkate alınması gündeme gelmektedir. Doktrindeki bir görüşe göre, bir uyuşmazlığın hukuki işlemin şekline ilişkin olup olmadığının vasıflandırılmasında, MÖHUK m. 7 hükmünde düzenlenen alternatif nitelikteki kuralın özellikleri dikkate alınmalıdır⁴³¹. Bu görüşe göre, tarafların, hukuki işlemi, işlem yeri hukuku (*lex loci actus*) ya da işlemin esasını yöneten hukuktan birinin şekil kurallarına uygun olarak yaptıklarını ve bu hukuka göre uyuşmazlık konusunun şekle ilişkin olduğunu ileri sürmeleri mümkündür. Bu durumda, *lex fori*'ye göre şekilden sayılmayan bir hususun, işlemin yapıldığı yer hukuku ya da işlemin esasını yöneten hukukta şekil olarak nitelendirilmesi

⁴²⁷ DOĞAN, s. 217.

⁴²⁸ ÇELİKEL/ ERDEM, s. 234.

⁴²⁹ ÇELİKEL/ ERDEM, s. 77.

⁴³⁰ NOMER, s. 208.

⁴³¹ DOĞANGÜN, s. 91; BAYATA CANYAŞ, Aslı, AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural, Ankara 2012, s. 258.

nedeniyle işlemin bu şekilde yapılması suretiyle kazanılmış bir haktan bahsetmek söz konusu olabilir⁴³². Bu durumda, uyuşmazlık konusunun şekilden sayılıp sayılmadığı, işlem yapılırken hangi hukukun şekil kurallarına uyulmuşsa o hukuka göre tespit edilmeli, diğer bir ifadeyle, vasıflandırma o hukuka göre yapılmalıdır. Bu gibi hallerde, *lex fori*'nin yanı sıra, *lex loci actus* ya da *lex causae*'ya göre vasıflandırma yapılması milletlerarası özel hukuk adaletine de hizmet edecektir⁴³³.

Kanaatimizce de, MÖHUK m. 7 hükmünün alternatif nitelikte bir kural teşkil etmesi, vasıflandırma ihtilafının çözümünde bu niteliğin göz önünde bulundurulmasını gerektirmektedir. Bir hukuki ilişkinin hâkimin hukukuna göre şekil meselesi olarak vasıflandırılması, milletlerarası özel hukuk adaletine aykırı sonuçlar doğuruyorsa, *lex causae* vasıflandırma yönteminin tercih edilmesi, yani, hukuki ilişkinin, kanunlar ihtilafı kurallarının işaret ettiği hukuka göre nitelendirilmesi gerekmektedir. Şekle ilişkin vasıflandırma ihtilafında ilk ihtimal, *lex fori*'nin hukuki ilişkiyi şekil olarak vasıflandırması, buna karşılık *lex causae*'da konunun esasa ilişkin kabul edilmesidir. Bu durumda, şekli geçerlilik bakımından esasa uygulanacak hukuk, konuya ilişkin olarak MÖHUK'ta özel bir şekil kuralının yer almaması durumunda, MÖHUK m. 7 uyarınca belirlenecek, bu durumda *lex causae* olarak karşımıza iki farklı hukuk çıkacaktır: hukuki işlemin yapıldığı yer hukuku ve hukuki işlemin esasına uygulanacak hukuk. O halde, *lex causae*'ya göre vasıflandırma yapılırken hem işlem yeri hukukundaki hem de hukuki işlemin esasına uygulanacak hukuktaki vasıflandırma dikkate alınacaktır.

İşlem yeri hukukundaki vasıflandırmanın dikkate alınmasının fark yaratacağı tek durum, uyuşmazlık konusu hayat ilişkisinin, *lex fori* ile *lex causae*'da şekle ilişkin kabul edilirken *LRA*'da esasa ilişkin kabul edilmesidir. Bu durumda, ister *lex causae* ve *lex fori*'nin isterse *LRA*'nın vasıflandırması dikkate alınsın, işlemin esasa uygulanacak hukuka uygun olması durumunda işlem zaten geçerli kabul edilecektir. İşlemin *lex causae*'ya uygun olmaması durumunda ise, konunun esasa değil şekle ilişkin olarak vasıflandırılması gerektiği kanaatindeyiz. Zira bu şekilde işlem geçerli kabul edilecek, bu durum ise hem taraf hem de işlem menfaatine hizmet edecek, böylece milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti de gerçekleşmiş olacaktır. O halde, sonuç olarak, sadece işlem yeri hukukundaki vasıflandırmanın dikkate alınmasının mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

⁴³² DOĞANGÜN, s. 91.

⁴³³ DOĞANGÜN, s. 91; BAYATA CANYAŞ, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, s. 258.

Şekle ilişkin vasıflandırma ihtilafı bakımından karşımıza çıkabilecek ikinci durum, *lex fori*'nin konuyu esasa ilişkin vasıflandırırken *lex causae*'nin şekle ilişkin kabul etmesidir. Bu durumda, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk MÖHUK m. 7 uyarınca tespit edilmediğinden, *LRA*'nın vasıflandırması dikkate alınmayacaktır. Bu durumda da, yukarıda olduğu gibi, işlem menfaati çerçevesinde işlemi geçerli kılan vasıflandırma metodunun uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

Sonuç olarak, vasıflandırma ihtilafının varlığı halinde, kural olarak *lex fori* yöntem uyarınca Türk hukukunda uyuşmazlık konusunun nasıl vasıflandırıldığı dikkate alınacaktır. Ancak, konuyu Türk hukukunun öngördüğü hukuki kalıp içine soktuğumuzda, işlemin geçersizliği sonucuna ulaşıyor, buna karşılık, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun vasıflandırması dikkate alındığında, işlem ayakta kalıyor ise, kanaatimizce, milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti, işlemi ayakta tutan vasıflandırma yönteminin esas alınmasını gerekli kılar. Zira kanunlar ihtilafı kuralları düzenlenirken hem uyuşmazlıkla en yakın irtibatlı hukukun uygulanmasının sağlanması, hem de uyuşmazlığa uygulanacak hukukun taraflarca öngörülebilir bir hukuk olması hedeflenir. Bu çerçevede, tarafların işlemi gerçekleştirirken esas aldıkları hukuka uygun şekilde yaptıkları bir hukuki işlemin, Türk hukukundaki vasıflandırma sonucu geçersiz kalması, taraf beklentilerine aykırılık teşkil edecektir.

C. Şekle İlişkin Kanunlar İhtilafı Kuralının Kapsamı

Hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukukun kapsamına, bir işlemin herhangi bir şekil kuralına tabi olup olmadığı, işlem şekil kuralına tabi ise şekil şartlarının neler olduğu ve şekle aykırılığın hukuki sonuçları dahildir⁴³⁴. Bir hususun şekle dahil olup olmadığı meselesi ise, yukarıda yer verildiği üzere, vasıflandırma metoduyla çözümlenecektir. Ancak, doktrinde, şekil sorununun, sözleşmenin kurulması ile sınırlı olmadığı, sözleşmenin hazırlık aşaması, devamı ya da sona erdirilmesi aşamasında da şekil problemi ile karşılaşılabileceği ifade edilmektedir⁴³⁵.

Söz konusu görüşe göre, MÖHUK m. 7 hükmünün, sözleşmenin kurulması ile sınırlandırılması halinde, örneğin, henüz akdedilmemekle birlikte tasarlanan bir lisans sözleşmesinin hazırlık aşamasıyla ilgili ya da ihbar mükellefiyetleri, sözleşmenin feshi, sona erme bildirim, sözleşmeden dönme gibi sözleşmenin sona erdirilmesi ya da yenilenmesiyle ilgili tek taraflı fiillerin hangi hukukun öngördüğü şekilde yapılabileceği sorusu ortaya

⁴³⁴ TEKİNALP/ UYANIK, s. 95; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 102; SARGIN, Fügen, Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticari Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 2002, s. 212.

⁴³⁵ SARGIN, Lisans Sözleşmeleri, s. 212.

çıkacaktır⁴³⁶. Bu görüş, sorunun MÖHUK m. 7 çerçevesinde çözümlenebileceğini, diğer bir ifadeyle, sözleşmeyle bağlantılı olabilecek fesih, ihbar gibi tek taraflı hukuki fiillerin şekline uygulanacak hukukun MÖHUK m. 7 uyarınca tespit edileceğini; bununla birlikte, lisans sözleşmesinin akdedilmesinden önceki hazırlık aşaması ile ilgili bir fiilin bağlayıcılığını sözleşmenin kurulduğu yer hukukuna ya da sözleşmenin esasını idare eden hukuka tabi kılmanın, sonradan sözleşme akdedilmemiş ise, uygun olmayacağını savunmaktadır⁴³⁷. Zira hazırlık aşamasında tek taraflı fiili gerçekleştirecek kişinin, bu fiili, sözleşmenin henüz kurulmamış olduğu bir aşamada, kesin olarak bilemeyeceği bir kuruluş yeri ya da *lex causae*'ya uygun şekilde yapması kendisinden beklenemeyecek; ayrıca, kuruluş yerinin tesadüfi olması ya da sözleşmenin devamı süresince sözleşme ile kuruluş yeri arasında başka hiçbir bağlantının kalmaması durumlarında, şekli geçerliliği kuruluş yerine göre belirlemek mantıksız olacaktır.

Yukarıda yer verilen görüşe göre, hazırlık aşamasındaki fiiller bakımından MÖHUK m. 7 hükmü, bahsedilen hallerde ortaya çıkan şekil sorununa cevap verecek yeterlilikte değildir ve boşluk içermektedir; bu nedenle, yabancı hukuk sistemlerindeki genel eğilime uygun olarak, mevcut ya da yapılması tasarlanan bir sözleşmeyle ilgili olarak hukuki etki yaratmaya yönelik tek taraflı hukuki fiillerin MÖHUK hükümlerine göre sözleşmeyi yöneten ya da yönetecek hukukun veya fiilin gerçekleştirildiği ülke hukukunun öngördüğü şekle uygun olarak yapılabileceğini düzenleyen bir hükme yer verilmesi yerinde olurdu⁴³⁸.

Kanaatimizce, MÖHUK m. 7 hükmünün, bir hukuki işlemin şekle tabi olup olmadığı hususu ile şekle aykırılığın sonuçlarının yanı sıra, hukuki işlemin hazırlık aşaması, kuruluşu ve devamı süreçlerinde karşılaşılabilecek tüm şekil problemlerini kapsadığı kabul edilmelidir. Buna göre, sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik hukuki işlemlerin, örneğin bir fesih bildiriminin yanı sıra, sözleşmenin devamı sürecinde yapılacak sözleşmeye ilişkin tek taraflı hukuki işlemlerin, örneğin bir ödeme ihtarının şekline uygulanacak hukuk MÖHUK m. 7 uyarınca belirlenecektir.

Sözleşmenin hazırlık aşamasında yapılan hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukukun MÖHUK m. 7 çerçevesinde belirleneceği konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Bununla birlikte, söz konusu hükmün bu konuda uygulanacak hukuku tespiti elverişli olup olmadığı, bir boşluk ihtiva edip etmediği üzerinde durulmalıdır. Konuyu bir örnek üzerinden, sözleşmenin kurulması ve kurulmaması ihtimallerine göre ayrı ayrı inceleyelim.

⁴³⁶ SARGIN, Lisans Sözleşmeleri, s. 212.

⁴³⁷ SARGIN, Lisans Sözleşmeleri, s. 212.

⁴³⁸ SARGIN, Lisans Sözleşmeleri, s. 212-213.

Sözleşmenin müzakere aşamasında, örneğin, taraflardan biri diğerine niyet mektubu⁴³⁹ vermiş olabilir. Yabancı unsurlu bir sözleşme ilişkisinin kurulması için hazırlanan niyet mektubunun şekli bakımından, asıl sözleşmenin ileride kurulmuş olması ihtimalinde, hangi hukuk uygulama alanı bulacaktır? MÖHUK m. 7 uyarınca, işlem yeri hukuku ile işlemin esasına uygulanacak hukuk birbirine alternatif olarak yetkili olacaktır. İşlem yeri, işlemin gerçekleşmesine yönelik iradenin açıklandığı yerdir⁴⁴⁰. İşlemin esasına uygulanacak hukuk ise, sözleşme kurulmuş olduğundan, asıl sözleşmenin esasına uygulanacak hukuku ifade eder.

Sözleşmenin kurulmamış olması ihtimalinde, sözleşmenin müzakere aşamasındaki bir hukuki işlemin şekli hangi hukuka tabi olacaktır? Konuyu yine niyet mektubu örneği üzerinden açıklayalım. MÖHUK m. 7 çerçevesinde, işlem yeri hukuku ile işlemin esasına uygulanacak hukuk yetkili olacaktır. İşlem yerinin tespiti, sözleşmenin kurulmuş olmasına nazaran bir fark yaratmayacaktır. İşlemin esasına uygulanacak hukuk olarak ise, bu durumda, asıl sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun dikkate alınmaması gerekir. Zira sözleşme hüküm ifade etmemektedir. O halde, esasa uygulanacak hukuk olarak, sözleşmenin kurulmasından önceki dönemi yöneten hukukun uygulanması gerekir. Sözleşme müzakerelerinden doğan sorumluluk *culpa in contrahendo* sorumluluğu⁴⁴¹ olarak adlandırılmaktadır⁴⁴². Türk milletlerarası özel hukuk doktrininde, *culpa in contrahendo* sorumluluğu, sözleşmesel sorumluluk olarak olarak vasıflandırılmakta ve sözleşme statüsüne dahil kabul edilmektedir⁴⁴³. O halde, bu durumda da, *lex causae* olarak asıl sözleşme geçerli olarak kurulsaydı hangi hukuka tabi olacak idiye, o hukuk uygulanacaktır.

⁴³⁹ Niyet mektubunun hukuki niteliğine ilişkin açıklamalar için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 111; DİNAR, Cem, Niyet Mektubunun Hukuki Niteliği ve Bağlayıcılığı, İstanbul 2008, s. 33-69; EROĞLU, Orhan, "Niyet Mektuplarının Hukuki Niteliği", Ankara Barosu Dergisi, 2014/ 2, s. 518-525.

⁴⁴⁰ Tek taraflı hukuki işlemlerde, işlem yerinin tespitine ilişkin açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm/ III/ C/ 1.

⁴⁴¹ *Culpa in contrahendo* sorumluluğunun hukuki niteliği Türk maddi hukukunda tartışmalıdır. Konuya ilişkin görüşler için bkz. SİRMEN, Sedat, Milletlerarası Özel Hukukta Culpa in Contrahendo Sorumluluğuna Uygulanacak Hukukun Tayini, Ankara 2016, s. 56-67.

⁴⁴² Niyet mektubunun culpa in contrahendo sorumluluğundan kaynaklanan hukuki sonuçlarına ilişkin açıklamalar için bkz. DİNAR, s. 106-132; EROĞLU, s. 526-528.

⁴⁴³ TİRYAKİOĞLU, Bilgin, Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satış Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996, s. 48-49; TEKİNALP/ UYANIK, s. 291; DOĞAN, s. 418-420; SİRMEN, Culpa in Contrahendo, s. 91-92; DEMİRKOL, Berk, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2014, 2. Bası, s. 44-45. Culpa in contrahendo'nun farklı görünüm şekillerine bağlı olarak bazen sözleşme statüsüne bazen haksız fiil statüsüne tabi tutulması gerektiği yönünde bkz. TARMAN, Zeynep Derya, "Milletlerarası Özel Hukukta Culpa in Contrahendo Sorumluluğu", Prof. Dr. Rona Serozan Armağanı, İstanbul 2010, s. 1671.

Karşılaştırmalı hukukta, Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma II Tüzüğü m. 12 hükmünde, sözleşme görüşmelerinden doğan sözleşme dışı borç ilişkilerinin, sözleşme geçerli olarak kurulsun ya da kurulmasın, sözleşme kurulsaydı hangi hukuk uygulanacak idiye, o hukuka tabi olacağı

Sonuç olarak, sözleşmenin hazırlık aşamasında gerçekleştirilen hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuk konusunda, MÖHUK m. 7 hükmünün bir boşluk ihtiva etmediği ve ihtiyaca cevap verecek nitelikte olduğu kanaatindeyiz. Zira yukarıda açıklandığı üzere, hükmün uygulanması sonucu, işlem yeri hukuku olarak, hazırlık aşamasındaki sözleşmenin muhtemel kuruluş yeri değil, sözleşmeyle bağlantılı hukuki işlemin yapıldığı yer dikkate alınacağından, işlemi yapacak kişinin bu yer hukukunu öngörememesinden bahsedilemeyecektir. İşlem yeri hukukuna alternatif olarak yetkili olan işlemin esasına uygulanacak hukuk ise, yukarıda yer verildiği üzere, gerek sözleşmenin kurulduğu gerekse kurulmadığı hallerde, sözleşmenin esasına uygulanacak hukuktur. Sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun, şekil bakımından, sözleşmenin hazırlık aşamasındaki hukuki fiillere uygulanması, kanaatimizce taraf beklentileri ve milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti bakımından sorun yaratmayacaktır. Zira MÖHUK m. 7 hükmünün alternatif nitelikte bir kural olması nedeniyle, işlem yeri hukukunun da kuralları dikkate alınacak, böylece, esasa uygulanacak hukukun taraflarca öngörülebilecek bir hukuk olmaması, "işlemin ayakta tutulması" prensibine aykırılık teşkil etmeyecektir.

Karşılaştırmalı hukukta, Roma I Tüzüğü m. 11/3 hükmünde, bir sözleşmeye ilişkin tek taraflı bir hukuki işlemin, sözleşmenin esasını yöneten hukukun ya da bu işlemin gerçekleştiği yer hukukunun veya işlemi gerçekleştiren kişinin işlem anındaki mutad meskeni hukukunun şekil kurallarına uygun olarak yapılabileceği düzenlenmiştir⁴⁴⁴. Türk hukukunda benzer bir düzenlemeye yer verilmemiştir⁴⁴⁵. Bununla birlikte, MÖHUK m. 7 hükmünün uygulanması sonucu, "işlemi yapan kişinin mutad meskeni hukuku" bağlama noktası haricinde, şekle uygulanacak hukuk bakımından söz konusu düzenlemeyle aynı sonuca ulaşılabilecektir.

MÖHUK m. 7 hükmünün kapsamı belirlenirken, tartışılabilir son husus, hukuki işlemlerin ispatına ilişkin şekil kurallarının da bu hükmün kapsamında olup olmadığıdır. Usul hukukunda "lex fori hakimiyeti" prensibinin benimsenmesi nedeniyle, kural olarak, usul hukukuna ilişkin işlemlerin şekli konusunda mahkemenin hukuku uygulama alanı bulmaktadır⁴⁴⁶. İspat şeklinin de usul hukukunun bir parçası olmasından hareketle, genel olarak, ispat şekli konusunda hakimin hukukunun uygulanması gerektiği kabul edilmektedir.

düzenlenmiştir. Tüzük metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007R0864&from=FR>.

⁴⁴⁴ Bu hükme ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. İkinci Bölüm/ III/ C/ 1.

⁴⁴⁵ MÖHUK m. 7 hükmünde alternatif olarak yetkilendirilen hukuklar arasında, işlemi gerçekleştiren kişilerin işlem anındaki mutad mesken hukukları yer almamaktadır. Ancak, özellikle elektronik sözleşmeler göz önünde bulundurulduğunda, bu bağlama noktasına söz konusu hükümde yer verilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Konuya ilişkin ayrıntılı açıklama ve madde önerimiz için bkz. İkinci Bölüm/ III/ C/ 2/ c.

⁴⁴⁶ Usul hukukunda *lex fori* hakimiyetine ilişkin genel açıklamalar için bkz. Üçüncü Bölüm / I/ D/ 1.

Çalışmamızın ilgili kısmında konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalara yer vereceğimizden, ispat şekli konusunda MÖHUK m. 7 hükmünün uygulama alanı bulmayacağını belirtmekle yetiniyoruz⁴⁴⁷.

III. *Locus Regit Actum* (LRA) Kuralı

A. Kavram

Yabancı unsurlu hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuk, *Locus Regit Actum* (LRA) kuralı⁴⁴⁸ ile belirlenir. Latince kökenli bu ifade, “işlem yere tabidir” anlamına gelmekte olup, kanunlar ihtilafı hukuku bakımından, bir hukuk düzeni kurallarına uygun şekilde yapılan hukuki işlemin her ülkede geçerli sayılacağını ifade etmektedir⁴⁴⁹. Diğer bir söyleyişle, LRA kuralı ile ifade edilmek istenen, hukuki işlemin, işlem yeri hukukunun öngördüğü şekil kuralları uyarınca yapılabilmesidir. Bu kural ile hukuki işlemlerin şekli konusunda, “*lex loci actus*” olarak ifade edilen “işlemin yapıldığı yer hukukunun” uygulanması amaçlanmaktadır⁴⁵⁰.

Yabancı unsurlu hukuki ilişkilerde, işlemin tarafları, nihai amaçlarını gerçekleştirecek ve işlemlerine varlık kazandıracak şekil kurallarını, derhal ve kolayca, buldukları yer hukukuna başvurarak bulabilirler⁴⁵¹. LRA kuralı, bu özelliği dolayısıyla, yabancı unsurlu hukuki işlemlerin yapılmasında kolaylık ve pratiklik sağlamakta ve işlem güvenliğine hizmet etmektedir⁴⁵².

LRA kuralının kabulünün pratik bir ihtiyaç olarak nitelendirilmesi, bir hukuki işlemin yapıldığı yerde, hukuki işlemin esasına uygulanacak hukukun şekil kurallarını bilmenin ya da öğrenmenin çoğunlukla güç olması esasına dayanmaktadır⁴⁵³. Ayrıca, işlemin esasına uygulanacak hukukun şekil kurallarının bilinebileceği ya da öğrenilebileceği kabul edilse dahi, bu kuralların işlemin yapıldığı yerde uygulanması mümkün olmayabilir⁴⁵⁴. Örneğin, işlemin esasına uygulanacak hukukun belirli bir hukuki işlem bakımından öngördüğü resmi memurun tasdiki, işleme katılması ve benzeri durumlarda, işlem yeri hukukunda bu şekil

⁴⁴⁷ Bkz. Üçüncü Bölüm / I/ D/ 2/ c.

⁴⁴⁸ LRA kuralının etimolojik açıdan irdelenmesi ve eleştirisi için bkz. ERDENER, *Locus Regit Actum*, s. 22, dn. 1.

⁴⁴⁹ ULUOCAK, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 35.

⁴⁵⁰ TOTTERMAN, Richard, *The Scope of the Rule Locus Regit Actum In the Conflict of Laws*, Oxford 1951, s. 1; DOĞANGÜN, s. 59.

⁴⁵¹ ERDENER, *Locus Regit Actum*, s. 23; DOĞANGÜN, s. 60.

⁴⁵² ERDENER, *Locus Regit Actum*, s. 23; TEKİNALP/ UYANIK, s. 90; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 188; ULUOCAK, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 35; TEKİNALP, *Temsil*, s. 93; DOĞANGÜN, s. 60.

⁴⁵³ ERDENER, *Locus Regit Actum*, s. 23; DOĞANGÜN, s. 60.

⁴⁵⁴ DOĞANGÜN, s. 60-61, 80.

şartını tanınmamışsa, bu şartın yerine getirilmesi mümkün olmayabilecektir. Bu nedenlerle, yabancı unsurlu hukuki işlemin, şekil bakımından yapıldığı yer hukukuna uygun olarak gerçekleştirilmesi bazı durumlarda zorunlu hale gelmektedir.

LRA kuralı, taraf menfaatlerine hizmet eden bir kural niteliğindedir. Zira hukuki işlemin tarafları, fiilen işlemin yapıldığı yerde bulunmak suretiyle, bu yer hukuk düzeni ile sıkı irtibat içinde bulunmakta; ayrıca, bu hukukun kurallarını kolayca öğrenme imkanına sahip olmaktadır⁴⁵⁵. İşlem yeri hukukunun şekil kurallarına uyulması, işlemin yapılmasında kolaylık ve hız kazandırmak suretiyle taraf menfaatlerine de hizmet etmektedir⁴⁵⁶. Gerçekten, hukuki işlemin yapıldığı yerdeki şekil kurallarının bilinmesi ve uygulanması, işlemin esasına uygulanacak hukukun şekil kurallarının bilinmesi ve uygulanmasına nazaran fiilen daha kolay ve hızlı olacak; buna bağlı olarak, hukuki işlem, daha hızlı bir şekilde meydana gelerek hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır. Hukuki işlemin kolay ve hızlı yapılması her ne kadar tarafların önemli bir menfaatini teşkil etmekte ise de, *LRA* kuralının amacı, işlemin en basit şekil kurallarına göre yapılması değil, tarafların sözleşmelerini geçerli bir şekilde yapabilmelerini sağlamaktır; hukuki işlemin kolay ve hızlı bir şekilde yapılması, bu amaca hizmet eden bir araçtır⁴⁵⁷.

B. *LRA* Kuralının Alternatif Niteliği

1. Genel Olarak

Hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuk konusunda, *LRA* kuralı, uzun bir süre, mutlak olarak uygulama alanına sahip olmuştur; diğer bir ifadeyle, hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuk tespit edilirken sadece "işlemin yapıldığı yer" bağlama noktası esas alınmıştır. Ancak, tarihsel gelişim süreci içinde, bu kuralın zorunlu uygulanmasının ihtiyaçları karşılayamaması nedeniyle, kuralın alternatif uygulanmasına yönelik bazı seçenekler ortaya çıkmıştır⁴⁵⁸. Günümüzde, pek çok hukuk sisteminde, *LRA* kuralının, "ihtiyari"⁴⁵⁹ (alternatif) nitelikte olduğu kabul edilmekte; şekle uygulanacak hukuk konusunda, *LRA* kuralının yanı sıra hukuki işlemin esasına uygulanacak hukuk (*lex causae*) ya da başka hukuklar da yetkili kılınmaktadır⁴⁶⁰.

⁴⁵⁵ DOĞANGÜN, s. 78.

⁴⁵⁶ DOĞANGÜN, s. 80.

⁴⁵⁷ TEKİNALP, Gülören, Türk Devletler Hususi Hukukunda Temsil Yetkisi, İstanbul 1977, s. 93; DOĞANGÜN, s. 81.

⁴⁵⁸ DOĞANGÜN, s. 57.

⁴⁵⁹ *LRA* kuralının alternatif niteliğine ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. İkinci Bölüm/ III/ B.

⁴⁶⁰ LEGIER, Loi Applicable A La Forme, s. 4.

LRA kuralının tarihsel gelişim süreci içinde zorunlu niteliğinden vazgeçilerek, özellikle hukuki işlemin esasına uygulanacak hukuk lehine alternatif nitelikte uygulanmasının kabulünde, sadece işlemin en basit şekil kurallarına göre yapılabilmesini sağlama amacı bulunmamaktadır; kuralın alternatif nitelikte uygulanmasının asıl amacı, işlem menfaatinin bir gereği olarak, işlemin geçerli bir şekilde yapılmasını sağlamaktır⁴⁶¹. Hukuki işlemlerin şekli konusunda, *LRA*'nın kabulü kolaylık ve pratiklik sağlarken, hukuki işlemlerdeki bütünlük fikri, işlemin muhtevasına ve hükümlerine uygulanan hukukun (*lex causae*) şekle de uygulanmasını haklı kılmaktadır. Bu nedenle, şekil konusunda *LRA* ya da *lex causae*'yı tek başına yetkili kılmak yerine, bu iki hukuku birbirine alternatif olarak uygulamak ihtiyaçlara cevap veren ve güvenilir bir sistemin kurulabilmesini sağlayacaktır⁴⁶².

Karşılaştırmalı hukukta, içtihat, *LRA* kuralının alternatif nitelikte olduğuna ilişkin görüş doğrultusunda şekillenmiştir. Fransız hukukunda, "*Viditz*"⁴⁶³ kararında, Fransız Yargıtayı, vasiyetnamelerin şekli konusunda "*locus regit actum*" kuralının alternatif niteliğini vurgulamış ve vasiyetçinin, mallarının bulunduğu yer hukukunun ya da milli hukukunun şekil kuralları arasında bir tercih yapma imkanına sahip olduğunu belirtmiştir. Söz konusu kararda, İstinaf Mahkemesi, bir İngiliz tarafından Fransa'da yapılmış olan vasiyetnameyi, Fransız Medeni Kanunu'nda öngörülen şekil hükümlerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiş; bu karar, hâkimin İngiliz hukuku bakımından bir araştırma yapmaksızın hüküm tesis etmiş olması nedeniyle Yargıtay tarafından bozulmuştur. Yargıtay, hukuki işlemlerin şeklinin, yaptıkları yer hukukuna tabi olduğuna; bununla beraber, bu kuralın alternatif nitelikli olmasından ve gerek Fransızların yurt dışında yaptıkları, gerekse yabancıların Fransa'da yaptıkları hukuki işlemlerin yapılmasını kolaylaştırmak amacıyla kabul edilmesinden dolayı, vasiyetçinin, kendi milli hukuku ile vasiyetin yapıldığı yer hukukunun şekil kuralları arasında bir seçim yapma imkanına sahip olduğuna hükmetmiştir.

Viditz kararında *LRA* kuralının niteliği bakımından ulaşılan sonuç, Fransa'da yapılan vasiyetnameler bakımından, sonraki tarihli çeşitli kararlarda da benimsenmiştir⁴⁶⁴. Ayrıca, söz konusu kararda, vasiyetnamelerin şekli bakımından ulaşılan bu sonuç, gerek sözleşmeler gerekse tek taraflı hukuki işlemler bakımından uygulanacak genel bir prensip olarak kabul edilmiştir⁴⁶⁵. Fransız Yargıtayı'nın 28 Mayıs 1963 tarihli bir kararında⁴⁶⁶, *LRA* kuralının

⁴⁶¹ TEKİNALP, Temsil, s. 93; DOĞANGÜN, s. 58; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 189.

⁴⁶² TEKİNALP/ UYANIK, s. 93.

⁴⁶³ Cass. Civ., 20.07.1909, JDI 1909, S. 1098.

⁴⁶⁴ Buna örnek olarak bkz. Cass. 1er Civ., 17.04.1953, Rev. Crit. DIP 1953, s. 796, note Y. Loussouarn.

⁴⁶⁵ AUDIT/ D'AVOUT, s. 222; LOUSSOUARN/ BOUREL/ VAREILLES-SOMMIERES, s. 497; BUREAU/ MUIR WATT, s. 446; MELIN, s. 199.

alternatif niteliği, yabancı unsurlu sözleşmelerin şekli bakımından da kabul edilmiştir. Kararda, "The Kid" filmi üzerindeki hakların devrine ilişkin olarak, Amerikan hukukunda öngörülen şekil kurallarına riayet edilerek Paris'te imzalanan bir sözleşmenin, "locus regit actum" kuralının Fransa'da akdedilen yabancı unsurlu sözleşmelerin, sözleşmenin esasını yöneten yabancı hukukun öngördüğü şekilde yapılmasına engel olmayacağı gerekçesiyle, geçerli olduğuna hükmedilmiştir.

Milli hukuk düzenlemelerine baktığımızda, hukuki işlemlerin şekli konusunda, *LRA* kuralının, çoğunlukla alternatif nitelikte uygulandığını görmekteyiz. Buna göre, işlemin yapıldığı yer hukuku, şekil konusunda tek başına yetkili olmamakta; bu hukukun yanı sıra bir başka hukuk da yetkilendirilmektedir. Örneğin, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu⁴⁶⁷ (İsv. MÖHK) m. 124/1'de sözleşmelerin şekli⁴⁶⁸ ve m. 56'da evlilik sözleşmesinin şekli bakımından, işlemin yapıldığı yer hukuku ya da işlemin esasına uygulanacak hukukun şekil kurallarına riayet edilmesi gerektiği düzenlenmektedir.

Milletlerarası hukuk düzenlemelerine baktığımızda, hukuki işlemlerin şekli konusunda, çoğunlukla, birbirine alternatif olarak birden fazla hukukun yetkili kılındığı görülmektedir. Diğer bir ifadeyle, milli hukuk düzenlemelerinde olduğu gibi milletlerarası hukuk düzenlemelerinde de, çoğunlukla, *LRA* kuralının alternatif niteliği kabul edilmektedir. Örneğin, Roma I Tüzüğü m. 11/1-3'te, sözleşmenin şekli geçerliliği konusunda, sözleşmenin yapıldığı yer hukukunun yanı sıra sözleşmenin esasını yöneten hukukun, bir sözleşmeye ilişkin tek taraflı hukuki işlemlerde ise, bu hukukların yanı sıra işlemi yapan kişinin mutad

⁴⁶⁶ Cass. 1er Civ., 28.05.1963, JDI 1963, s. 1004, note B. Goldman; Rev. Crit. DIP 1964, S. 513, note. Y. Lousouarn; GAJFDIP, s. 359-366.

⁴⁶⁷ Kanun metni için bkz. <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19870312/index.html>.
<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19870312/index.html>.

⁴⁶⁸ İsviçre MÖHK m. 124/1 gereği, sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun ya da sözleşmenin kurulduğu yer hukukunun şekil kurallarına uygun olarak yapılmış bir sözleşme, şekil bakımından geçerli olacaktır. Kuralın getiriliş amacı, bir yandan, taraflara, sözleşmenin yapıldığı yer hukuku hakkında hızlıca bilgi edinme ve bu hukukta öngörülen kurallardan faydalanma imkanı sağlamak; diğer yandan, sözleşmenin basit bir şekil eksikliği nedeniyle geçersiz kalmasını olabildiğince engellemektir (bkz. DUTOIT, Bernard, Droit International Privé Suisse – Commentaire de la Loi Fédérale du 18 Décembre 1987, 5e Edition, Bale 2016, s. 560; BONOMI, Commentaire Romand, s. 1069, 1071; BUCHER/ BONOMI, Droit International Privé, s. 310). Taşınmazlara ya da onların kullanımına ilişkin sözleşmeler (İsv. MÖHK m. 119), alacağın devri (m. 145/3), yetki sözleşmesi (m. 5), tahkim sözleşmesi (m. 178), evlilik sözleşmesi (m. 56) ve miras sözleşmesinin (m. 93/2) şekli, İsv. MÖHK m. 124'ün kapsamı dışındadır. Buna karşılık, şirketler hukukuna ilişkin sözleşmelerin şekli bakımından, bu konuda kanunda özel bir düzenleme bulunmaması nedeniyle, m. 124'ün uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir (bkz. DUTOIT, Commentaire, s. 561; BONOMI, Commentaire Romand, s. 1071). Ayrıca, söz konusu düzenleme, taşınır satımı, iş ve tüketici sözleşmelerinin şekli bakımından da uygulama alanı bulacaktır. Sözleşmelerin şekline uygulanacak hukuku düzenleyen m. 124 hükmünün, kıyas yoluyla, bir sözleşme ile ilgisi bulunmasa dahi, tek taraflı hukuki işlemlerin şekline de uygulanacağı kabul edilmektedir (bkz. DUTOIT, Commentaire, s. 561; BONOMI, Commentaire Romand, s. 1071).

meskeninin⁴⁶⁹ bulunduğu ülke hukukunun da yetkili olacağı düzenlenmektedir⁴⁷⁰. Bu hukuklardan birinin öngördüğü şekilde yapılan bir sözleşme, şekil bakımından geçerli olacaktır. Söz konusu düzenlemede birbirine alternatif birden çok hukukun yetkili kılınmasının gerekçesi, hukuki işlemi ayakta tutma (*favor validitatis/ favor negotii*) amacıdır⁴⁷¹. Buna göre, olabildiğince, sözleşmenin şekli geçerliliğinin sağlanması hedeflenmektedir. Bu durum, sözleşme hukukundaki “şekil serbestisi” prensibinin, kanunlar ihtilafı hukukundaki devamı olarak nitelendirilmektedir⁴⁷². Söz konusu düzenleme gereği, yetkili kılınan hukuklar uyarınca bir şekil zorunluluğu öngörülse dahi, en hafif olan şekil kuralı uygulama alanı bulacaktır. Bu düzenleme ile, beklenmedik bir şekil eksikliği nedeniyle sözleşmenin geçersiz kılınması riski dolayısıyla uluslararası ticaretin aksaması engellenmek istenmiştir⁴⁷³.

“*Locus regit actum*” kuralının hukuki işlemlerin şekli konusunda emredici olarak uygulanması, özellikle ticari sözleşmelerde, sözleşmenin kurulduğu yerin çoğunlukla belirsiz ya da tesadüfi olması nedeniyle sorun teşkil edebilecektir. *LRA* kuralının emredici niteliği kabul edildiğinde, sözleşmenin kurulduğu yerin belirsizliğine bağlı olarak sözleşmenin geçerliliğine ilişkin tereddütler doğabilecektir⁴⁷⁴. Örneğin, İngiltere’de yaşamakta olan X, Almanya’da yaşamakta olan A ile posta, teleks, faks ya da telefon aracılığıyla sözleşme akdettiğinde, sözleşmenin İngiltere’de mi yoksa Almanya’da mı kurulduğu meselesi tereddüt uyandıracaktır. Bu örnekte, kabul beyanının Almanya’dan gönderilmiş ve İngiltere’de alınmış olması durumunda, Alman hukukuna göre sözleşme İngiltere’de kurulmuş olmasına karşılık, İngiliz hukukuna göre sözleşme Almanya’da kurulmuş sayılacaktır⁴⁷⁵. Sözleşmenin şekli geçerliliğini, bu tür sorunların çözümüne bağlı kılmak, uluslararası ticaretin menfaatlerine

⁴⁶⁹ Sözleşmeye ilişkin tek taraflı hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuk konusunda, Tüzük’te, Roma Konvansiyonu’ndan farklı olarak, işlemin esasına uygulanacak hukuk ve işlemin yapıldığı yer hukukunun yanı sıra, doktrindeki önerilere paralel olarak, işlemi yapan kişinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku da yetkili kılınmıştır (bkz. LOACKER, Rome I Article 11, s. 284).

⁴⁷⁰ Tüzük m. 11’de, sözleşmenin şekli geçerliliği konusunda uygulanacak hukuk tespit edilirken, sözleşme kurulduğu esnada, tarafların aynı ülkede bulunup bulunmamasına göre bir ayırım yapılarak, her iki durum için sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk dışında farklı bağlama kuralları öngörülmüştür. Bu konuya ilişkin açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm/ III/ C/ 2/ b,c.

⁴⁷¹ LOACKER, Rome I Article 11, s. 276-277.

⁴⁷² LOACKER, Rome I Article 11, s. 277.

⁴⁷³ LAGARDE, Paul, “*The Scope of the Applicable Law in the E.E.C. Convention*”, (s. 49-57) Contract Conflicts- The E.E.C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: A Comparative Study, Ed. P. M. North, New York 1982, s. 51-52; MCPARLAND, Michael, The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations, Oxford University Press, 2015, s. 725.

⁴⁷⁴ DICEY/ MORRIS/ COLLINS, s. 1849.

⁴⁷⁵ DICEY/ MORRIS/ COLLINS, s. 1849-1850.

uygun düşmeyecektir⁴⁷⁶. *LRA* kuralının alternatif nitelikte uygulanması halinde, sözleşmenin kurulduğu yerin tespitine ilişkin sorunlar dikkate alınmaksızın, sözleşmenin esasını yöneten hukukun şekil kuralları gözetilmek suretiyle sözleşmenin şekli geçerliliğini sağlamak mümkün olacaktır⁴⁷⁷.

2. Alternatif Niteliğin Sonuçları

LRA kuralının alternatif nitelikte uygulanması, hukuki işlemin geçerliliğini sağlamaya yardımcı olmaktadır⁴⁷⁸. Hukuki işlemin yapıldığı yer hukukunun yanı sıra bir başka hukukun şekil kurallarının da göz önünde bulundurulması sonucu, hukuki işlemin, birbirine alternatif olarak yetkili kılınan hukuklardan birinin şekil kurallarına uygun olarak yapılması halinde, işlem şekil bakımından geçerli olacaktır. Hukuki işlemin yapıldığı yer hukukunun, şekli geçerlilik konusunda bir alternatif olarak uygulanması, aynı zamanda, hukuki işlemin taraflarının menfaatlerine de hizmet etmektedir⁴⁷⁹. Zira taraflar, işlemin yapıldığı yerde, bu yer hukukunun şekil kuralları hakkında kolayca bilgi edinebilecek ya da tavsiye alabileceklerdir.

LRA kuralının alternatif niteliğinin kabul edildiği hukuk düzenlemelerinde, iki farklı yaklaşımın var olduğu görülmektedir. İlki uyarınca, yetkili birden fazla hukukun (örneğin *LRA* ve *lex causae*) eşit oranda yetkili olarak, birbirlerine alternatif olarak uygulanması; buna bağlı olarak, bu hukuklardan birinin şekil kurallarına riayet edilmesi halinde işlemin şeklen geçerli olması söz konusudur. Bu hukuk sistemlerine örnek olarak, İsviçre hukuku (İsv. MÖHK m. 124-1, m. 56), Türk hukuku (MÖHUK m. 7) ve Alman hukuku (Alm. MÖHK m. 11) gösterilebilir. İkinci yaklaşım ise, yetkili hukuklar arasında bir hiyerarşinin söz konusu olmasını, diğer bir ifadeyle uygulanacak hukukların kademeli olarak yetkilendirilmesini ifade eder. Bu yaklaşımın benimsendiği hukuk düzenlemelerine örnek olarak, Polonya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 25 hükmü gösterilebilir. Söz konusu hüküm uyarınca, hukuki işlemin şekli, hukuki işlemi yöneten hukuka tabidir; bununla birlikte, hukuki işlemin yapıldığı yer hukukunun şekil kurallarına riayet edilmesi de işlemin şekli geçerliliği için yeterli olacaktır.

Her iki yaklaşımın benimsendiği hukuk düzenlemelerinde, yukarıda vurgulandığı üzere, hukuki işlemi ayakta tutma düşüncesi mevcuttur (*favor validitatis/ favor negotii*).

⁴⁷⁶ DICEY/ MORRIS/ COLLINS, s. 1850.

⁴⁷⁷ DICEY/ MORRIS/ COLLINS, s. 1850.

⁴⁷⁸ LOACKER, Rome I Article 11, s. 283.

⁴⁷⁹ KAYE, Peter, The New Private International Law of Contract of The European Community, 1993, s. 282; LOACKER, Rome I Article 11, s. 283.

Amaç, hukuki işlemin şekil bakımından geçerliliğinin sağlanmasıdır. Bu iki yaklaşım arasındaki fark, öngörülen hukuklardan hiçbirinin şekil kurallarına uyulmaması halinde ortaya çıkar. Şekle uygulanacak hukukların kademeli olarak yetkilendirildiği hukuk düzenlemelerinde, şekle aykırılık halinde, şekle aykırılığın sonuçlarına, ilk kademedeki hukukun uygulanması gerekir. Örneğin, Polonya MÖHK m. 25'te hukuki işlemlerin şekli konusunda, öncelikle işlemin esasını yöneten hukuk yetkili kılındığı için, gerek işlemin esasına uygulanacak hukukun gerekse işlemin yapıldığı yer hukukunun şekil kurallarına aykırılık halinde, şekle aykırılığın sonuçlarına işlemin esasını yöneten hukukun uygulanması gerekir. Buna karşılık, şekle uygulanacak hukukların birbirine alternatif olarak yetkilendirildiği hukuk düzenlemelerinde, şekle aykırılığın sonuçları bakımından, yetkili hukuklardan birinin diğerine göre bir üstünlüğü yoktur. Bu durumda, hangi hukukun öngördüğü sonuçların dikkate alınacağı sorusu gündeme gelir.

Bazı hukuk düzenlemelerinde, şekle aykırılığın sonuçlarının hangi hukuka göre belirleneceğine ilişkin açık bir hükme yer verilmektedir. Örneğin, Roma I Tüzüğü m. 12/1/e hükmünde, sözleşmenin geçersizliğinin sonuçlarının, sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka tabi olacağı düzenlenmektedir. Bu hüküm çerçevesinde, şekle aykırılığın sonuçları da sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka göre belirlenecektir. Bununla birlikte, doktrinde, Roma I Tüzüğü m. 11/1,2,3'te öngörülen hukuklardan hiçbirinin şekil kurallarına riayet edilmemesi halinde, bu hukuklarda öngörülen en hafif yaptırımın uygulanması gerektiği; bunun, Roma I Tüzüğü m. 11 hükmüne hâkim olan “*favor negotii*” prensibi ile de bağdaşacağı ifade edilmektedir⁴⁸⁰. Sözleşmelerin şekline uygulanacak hukuk konusunda, Roma I Tüzüğü m. 11'e paralel bir düzenleme öngören İsviçre hukukunda (İsv. MÖHK m. 124), tarafların, ne sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun ne de sözleşmenin kurulduğu ülke hukukunun şekil kurallarına riayet etmiş olmaları halinde, şekle aykırılığın sonuçlarına, daha hafif yaptırım öngören hukukun uygulanacağı kabul edilmektedir⁴⁸¹.

Türk hukukunda (MÖHUK m. 7), şekil konusunda, işlemin yapıldığı yer hukuku ve işlemin esasını yöneten hukuk birbirine alternatif olarak yetkilendirilmekte; buna karşılık şekle aykırılığın sonuçlarının hangi hukuka tabi olacağı açıkça düzenlenmemektedir. Örneğin, şekle aykırı bir sözleşme bakımından, sözleşmenin yapıldığı yer hukuku nisbi mutlak, sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk ise, mutlak butlan yaptırımını öngörüyor olabilir. Bu durumda hangi yaptırım uygulama alanı bulacaktır?

⁴⁸⁰ LOACKER, Rome I Article 11, s. 305; DORNIS, Tim W., Rome I Regulation Pocket Commentary, Edited by Franco Ferrari, 2015, s. 397-398; STONE, Peter, EU Private International Law, 3rd Edition, 2014, s. 323.

⁴⁸¹ DUTOIT, Commentaire, s. 561, 564; BONOMI, Commentaire Romand, s. 1073.

MÖHUK m. 7 çerçevesinde, hukuki işlem, bu düzenlemede öngörülen iki hukuktan birine göre geçerli birine göre geçersizse, hukuki işlemi geçerli kabul eden hukuk esas alınacaktır. Bu durum, alternatif niteliğin ve *favor negotii* prensibinin doğal bir sonucudur. Bununla birlikte, doktrinde, tarafların işlemin yapıldığı yer hukuku veya işlemin esasına uygulanacak hukuktan birinin şekil kurallarına riayet edeceklerini kararlaştırmaları durumunda, şekle aykırılığın sonuçlarına, artık seçilen hukukun uygulanması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁸². Bu görüşe göre, taraflar, başlangıçta belirli bir hukukun şekil kurallarına riayet edeceklerini kararlaştırmakla, bu hukukta yer alan şekle aykırılığın sonuçlarını da kabullenmiş olmaktadır. Aksi takdirde, yaptırımları kurallardan ayırarak önceden belirlenmiş başka bir yaptırım uygulamak hukukun bir bütün olarak uygulanması düşüncesine aykırılık teşkil edecektir⁴⁸³. Bu görüş, gerek *lex loci actus* gerekse *lex causae*'da bir şekil şartının öngörülmediği, buna karşılık tarafların diğer bir hukukun şekil kuralları uyarınca işlem yaptığı hallerde, söz konusu hukukun şekle aykırılığın sonuçlarına ilişkin hükümlerinin de uygulama alanı bulacağını savunmaktadır⁴⁸⁴.

Söz konusu görüşe katılmamaktayız. Zira MÖHUK m. 7 hükmünün, taraflara, hükümde belirtilen iki hukuktan birini fiilen tercih ederek bu hukuka uygun bir işlem yapma olanağı tanıyan olması, hükmün taraflara bir hukuk seçimi imkânı sunduğu anlamına gelmemektedir⁴⁸⁵. Bu nedenle, hukuk seçiminin sonuçlarının bu durumda uygulanması mümkün değildir. Ayrıca, taraflar, bu iki hukuktan birinin ya da üçüncü bir hukukun şekil kurallarına bilinçli olarak riayet edebilecekleri gibi, bu hukuklardan birine uygunluk tesadüfen de meydana gelebilecektir. Herhalükarda, hükmün amacı doğrultusunda, şekil serbestisi öngören hukukun esas alınması sonucu işlemin geçerli kabul edilmesi gerekmektedir.

Hukuki işlem, MÖHUK m. 7 hükmünde öngörülen her iki hukuka göre de geçersizse, bu iki hukuktan hafif yaptırım uygulayan hukukun esas alınacağı doktrinde kabul edilmektedir⁴⁸⁶. Tarafların başlangıçta karşılıklı güvene dayanarak yaptıkları hukuki işlemin şekli konusunda, işlem menfaati ve geçerli bir işlem yapma amacı dikkate alınarak şekle aykırılığın yaptırımı bakımından yumuşak hükümlere yer veren hukukun uygulanmasının

⁴⁸² DOĞANGÜN, s. 114.

⁴⁸³ DOĞANGÜN, s. 114-115.

⁴⁸⁴ DOĞANGÜN, s. 118.

⁴⁸⁵ Söz konusu hükümde, hukuk seçimine imkân tanıyan açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Hukuk seçiminin, ancak, kanunda açıkça düzenlendiği hallerde bir bağlama kuralı teşkil edebileceği göz önünde bulundurulduğunda, MÖHUK m. 7 hükmünün, taraflara hukuki işlemin şekli bakımından bir seçim imkânı sunduğundan bahsedemeyiz. Konuya ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. İkinci Bölüm/ IV/ B/ 1/ a/ aa.

⁴⁸⁶ TEKİNALP/ UYANIK, s. 95; DOĞANGÜN, s. 115-116.

yararlı olacağı; bu şekilde işlemi olabildiğince geçerli tutma düşüncesinin de yerini bulacağı ifade edilmektedir⁴⁸⁷. Hukuki işlemin, MÖHUK m. 7 hükmündeki hukuklardan her ikisine göre de geçersizse, hangi hukuktaki yaptırımın esas alınacağı konusunda daha yumuşak bir yaptırım öngören hukukun uygulanması, kanaatimizce de, söz konusu hükmün düzenleniş amacı olan *favor negotii* prensibi ile de örtüşecektir. Şekle aykırılığın sonuçları konusunda, her iki hukuktan daha yumuşak yaptırım öngören hukukun uygulanması, aynı zamanda, alternatif niteliğin de bir sonucudur. Zira MÖHUK m. 7’de, hükümde belirtilen iki hukukun birlikte değil, birbirlerine alternatif olarak uygulanacaklarının öngörülmesi, her iki hukuktaki yaptırımın birarada göz önünde bulundurulma zorunluluğunu ortadan kaldırmaktadır.

C. LRA Kuralının Uygulanması

1. Tek Taraflı Hukuki İşlemler Bakımından

Bir kişinin irade açıklamasıyla meydana gelerek hukuki sonuç doğuran işleme, tek taraflı hukuki işlem denir⁴⁸⁸. Tek taraflı hukuki işlemlerin bazılarında istenilen hukuki sonucun doğabilmesi için irade açıklamasının belirli bir kişiye yöneltilip onun hakimiyet alanına girmesi gerekir. Bazı tek taraflı hukuki işlemlerde ise, irade açıklaması, belirli bir kişiye yöneltilmeden, yani ona ulaşmadan, sadece yapılmakla istenilen hukuki sonucu doğurur⁴⁸⁹. Yabancı unsurlu tek taraflı hukuki işlemlerde, işlemin yapıldığı yer tespit edilirken, hukuki işlemin yöneltilmesi gereken bir işlem olup olmadığı dikkate alınmaz; hukuki işlemin ister yöneltilmesi gereksin, isterse yöneltilmesi gerekmesin, işlemin yapıldığı yer, iradenin açıklandığı yer olarak kabul edilmektedir⁴⁹⁰. Tek taraflı hukuki işlemlerde, irade açıklamasının yöneltilmesinin gerekip gerekmediği meselesi, şekle ilişkin değildir; bu husus, hukuki işlemin hüküm ve sonuçlarını doğurmasıyla ilgilidir⁴⁹¹.

Tek taraflı hukuki işlemlere örnek olarak, fesih, iptal, sözleşmeden dönme, temsil yetkisi verilmesi gösterilebilir. Bu işlemlere yönelik iradenin açıklandığı yer, işlemin yapıldığı yer olacaktır. Bazı istisnai durumlarda, farklı bir sonuca varmak gerekebilir. Örneğin, iradenin temsilci vasıtasıyla açıklandığı durumlarda, işlemin yapıldığı yer,

⁴⁸⁷ DOĞANGÜN, s. 116.

⁴⁸⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 94; EREN, s. 165; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 36; ANTALYA, Cilt I, s. 103.

⁴⁸⁹ EREN, s. 165.

⁴⁹⁰ TEKİNALP, Acenta, s. 202; TEKİNALP/ UYANIK, s. 93; NOMER, s. 210-211; DOĞAN, s. 306; DOĞANGÜN, s. 97; KAVAK, s. 47.

⁴⁹¹ ULUOCAK, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 202; TEKİNALP/ UYANIK, s. 93; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 190; DOĞANGÜN, s. 97.

temsilcinin irade açıklamasında bulunduğu yerdir⁴⁹². Buna karşılık, irade açıklamasının bir aracı tarafından yapılmasında ise, işlemin yapıldığı yer, aracının değil, iradesi açıklanan kişinin bu açıklamayı haberciye yaptığı yerdir⁴⁹³. Zira temsil ilişkisinde, temsilci, temsil yetkisine istinaden temsil olunanın iradesinden bağımsız olarak kendi iradesini açıklarken, haberci, sadece irade açıklamasını yapanın beyanını iletir⁴⁹⁴. Bazı hukuklarda kabul edilen aracı kullanılarak yapılabilen evliliklerde, evlenme merasiminin yapıldığı yer, yani evlenme iradesini açıklayan aracının bu iradeyi açıkladığı yer, işlem yeridir⁴⁹⁵. Japonya ve Güney Kore’de olduğu üzere, nişanlıların talebi üzerine yapılan tescil ile meydana gelen evlenmelerde, tescil hukuki değil idari bir işlem olmasına rağmen, tescil talebinin yapıldığı yer değil, tescilin yapıldığı yer işlem yeri olarak kabul edilmektedir⁴⁹⁶.

Roma I Tüzüğü m. 11/3’te, Tüzüğün kapsamında yer alan bir sözleşmeye ilişkin olarak yapılan tek taraflı bir hukuki işlemin, sözleşmenin esasını yöneten hukukun ya da bu işlemin yapıldığı ülke hukukunun veya bu işlemi yapan kişinin işlemin yapıldığı andaki mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun öngördüğü şekilde yapılması durumunda, işlemin şeklen geçerli olacağı düzenlenmektedir⁴⁹⁷. İşlemin yapıldığı yer hukukunun tespitinde, hukuki işleme yönelik irade beyanının ulaştığı yer değil, açıklandığı yer dikkate alınacaktır⁴⁹⁸. Roma I Tüzüğü m. 11/3 hükmünde, açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, tek taraflı hukuki işlemin temsilci vasıtasıyla da yapılması mümkündür ve söz konusu hüküm bu tür işlemleri de kapsamaktadır. Tek taraflı hukuki işlemin bir temsilci vasıtasıyla yapılması durumunda, Roma I Tüzüğü m. 11/2 ve m. 11/3 hükümlerinin yorumunda birlik sağlanabilmesi bakımından, temsilcinin değil, temsil olunanın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku dikkate alınacaktır⁴⁹⁹. Sözleşmeye ilişkin olarak yapılan tek taraflı hukuki işleme örnek olarak, sözleşmenin kurulmasına yönelik yapılan öneri, kabul, ödeme ihtarı ya da

⁴⁹² NOMER, s. 211; DOĞANGÜN, s. 97-98.

⁴⁹³ NOMER, s. 211; DOĞANGÜN, s. 97-98.

⁴⁹⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 633; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 170; EREN, s. 448; İNCEOĞLU, M. Murat, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul 2009, s. 14.

⁴⁹⁵ NOMER, s. 211.

⁴⁹⁶ NOMER, s. 211.

⁴⁹⁷ Benzer bir düzenlemeye, "Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma II Tüzüğünde" yer verilmektedir. Tüzük m. 21 gereği, akit dışı bir borç ilişkisine ilişkin olarak yapılacak tek taraflı hukuki işlemler, akit dışı borç ilişkisinin esasına uygulanacak hukukun ya da bu işlemin yapıldığı yer hukukunun şekil şartlarına uygun olarak gerçekleştirilebilecektir. (Tüzük metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A32007R0864>).

⁴⁹⁸ DORNIS, Rome I Art. 11, s. 400.

⁴⁹⁹ LOACKER, Rome I Article 11, s. 299; DORNIS, Rome I Art. 11, s. 400-401. Aksi yönde bkz. VERSCHRAEGEN, Rome I Art. 11, s. 704.

sözleşmenin feshi bildirimi gösterilebilir⁵⁰⁰. Bir sözleşme ilişkisine dayalı olmaksızın yapılan borç ikrarının ya da aynı hakkı devderen tek taraflı bir hukuki işlemin şekli ile resmi memur önünde yapılan hukuki işlemlerin şekli, bu hükme tabi değildir⁵⁰¹.

Türk hukukunda, MÖHUK m. 7'de, Roma I Tüzüğü m. 11/3 hükmüne benzer bir düzenlemeye yer verilmeksizin, gerek tek taraflı hukuki işlemler, gerekse sözleşmeler bakımından uygulanmak üzere genel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, tek taraflı bir işlem, esas hakkında yetkili olan hukukun yanı sıra yapıldığı yer hukukunun şekil kurallarına uygun olması halinde şeklen geçerli olacaktır. Yukarıda açıklandığı üzere, bu işlemler bakımından *LRA* kuralı uygulanırken, işlemi yapan kişinin iradesini açıkladığı yer, temsilci vasıtasıyla yapılan hukuki işlemlerde ise, temsilcinin irade açıklamasında bulunduğu yer esas alınacaktır. Sözleşmelere ilişkin tek taraflı hukuki işlemlerde de aynı esaslar geçerlidir.

2. İki Taraflı Hukuki İşlemler Bakımından

a. Genel Olarak

İki taraflı hukuki işlemler ile kastedilen sözleşmelerdir. Sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanıyla kurulan hukuki işlemdir (TBK m. 1). *LRA* kuralının iki taraflı hukuki işlemler bakımından uygulanması, diğer bir ifadeyle sözleşmelerin yapıldığı yerin tespiti bakımından, doktrinde genelde, sözleşmenin hazırlar arası ya da hazır olmayanlar arası yapılmasına göre bir ayrıma gidildiği görülmektedir. Hazırlar arası hukuki işlemler, doğrudan doğruya temas halinde bulunan kişiler arasında gerçekleşen, diğer bir ifadeyle, tarafların anında birbirlerine cevap verebilme imkanına sahip oldukları hukuki işlemlerdir⁵⁰². Bu tip işlemlerde taraflar fiilen birlikte bulunmakta ya da telefon, bilgisayar, teleks, telefaks gibi araçlarla irade açıklamalarını aynı anda birbirlerine iletmektedirler. Hazırlar arası bir hukuki işlemde, hazır ibaresi ile kastedilen önerinin yapıldığı anda karşı tarafın öğrenebilecek durumda olmasıdır; tarafların aynı mekânda bulunmaları zorunlu olmadığı gibi, taraflar arasındaki coğrafi yakınlık ya da uzaklığın bir önemi bulunmamaktadır⁵⁰³. Hazır olmayanlar

⁵⁰⁰ CHESHIRE, NORTH & FAWCETT, s. 760; MCPARLAND, Rome I Regulation, s. 732; VERSCHRAEGEN, Bea, Rome I Regulation-Commentary (European Commentaries on Private International Law, Edited by Ulrich Magnus/ Peter Mankowski, 2016, s. 704; SANTA-CROCE, Muriel, "Contrats Internationaux - Domaine de la Loi du Contrat - Conclusion et Existence - Validité au Fond - Forme et Preuve - Sanctions", JurisClasseur, Fascicule 60 (2008), N. 80.

⁵⁰¹ MCPARLAND, Rome I Regulation, s. 733.

⁵⁰² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 195; ŞAHİN, Turan, "Elektronik Sözleşmelerin Kuruluşuna İlişkin İrade Beyanları ve Bu Beyanların Geri Alınması", TBB Dergisi, 2011 (95), s. 334.

⁵⁰³ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 61; ŞAHİN, s. 334.

arası hukuk işlemler, muhatabın, öneriyi, önerinin yapıldığı anda değil de daha sonradan öğrenebildiği işlemlerdir. Bu işlemlerde, taraflar arasında, kesintisiz bir iletişim söz konusu olmamakta, tarafların irade beyanları arasına fasılalar girebilmektedir⁵⁰⁴.

Hukuki işlemin şekline uygulanacak hukukun belirlenmesi bakımından işlemin yapıldığı yer tespit edilirken, işlemin hazırlar arası olup olmamasından ziyade, işlemi yapan kişilerin aynı ülkede bulunup bulunmaması önem taşır. Zira işlemin taraflarının aynı ülkede bulunmaları durumunda, işlemin yapıldığı ülkenin tespiti bir problem teşkil etmeyecektir. Buna karşılık, işlemin yapıldığı esnada tarafların farklı ülkelerde bulunmaları durumunda, işlemin yapıldığı yer bakımından, taraflardan hangisinin bulunduğu ülkenin esas alınacağı sorusu gündeme gelecektir⁵⁰⁵. Hukuki işlemin hazırlar ya da hazır olmayanlar arasında yapılmış olmasına ilişkin ayırım, sadece, hazır olmayanlar arası bir hukuki ilişkide, işlem tamamlanmadan tarafların yer değiştirmeleri durumunda önem kazanır. Zira bu durumda, tarafların aynı ülkede bulunup bulunmadıklarının tespitinde, hangi anın esas alınacağı sorusu gündeme gelir.

Çalışmamızda, iki taraflı hukuki işlemlerde *LRA* kuralının uygulanması konusunda, aynı ülkede bulunan kişiler arasında akdedilen sözleşmeler ile farklı ülkelerde bulunan kişiler arasında akdedilen sözleşmelere göre bir ayrıma gidilerek, bu iki konu ayrı başlıklar altında aşağıda sırasıyla incelenecektir. Bu çerçevede, her bir başlıkta, hazır olmayanlar arasındaki bir sözleşme ilişkisinde, tarafların sözleşme kurulmadan yer değiştirmiş olmaları ihtimali, ayrıca değerlendirilecektir.

b. Aynı Ülkede Bulunan Kişiler Arasında Akdedilen Sözleşmeler

Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma I Tüzüğü'nün şekle uygulanacak hukuku belirleyen 11. maddesinde, sözleşmenin kurulduğu esnada tarafların ya da temsilcilerinin aynı ülke bulunup bulunmamalarına göre bir ayrıma gidilerek, her iki durum için farklı bağlama kuralları öngörülmüştür⁵⁰⁶. Roma I Tüzüğü m. 11/1 gereği, sözleşmenin kurulduğu esnada, tarafların ya da temsilcilerinin aynı ülkede bulunmaları durumunda, sözleşme, sözleşmenin esasını yöneten hukukun ya da sözleşmenin kurulduğu ülke hukukunun⁵⁰⁷ öngördüğü şekilde yapılmışsa, şekli bakımdan geçerli olacaktır. Söz

⁵⁰⁴ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 62; ŞAHİN, s. 334.

⁵⁰⁵ Hukuki işlemin yapıldığı esnada tarafların farklı ülkelerde bulunmaları ihtimalinde, işlemin yapıldığı yerin tespiti konusunda ayrıntılı açıklama için bkz. İkinci Bölüm/ III/ C/ 2/ c.

⁵⁰⁶ Roma I Tüzüğü'nün farklı ülkelerde bulunan kişiler arasında akdedilen sözleşmelerin şekline uygulanacak hukuku belirleyen düzenlemesine ilişkin açıklamalara çalışmamızın bir sonraki başlığında yer verilecektir. Bkz. İkinci Bölüm/ III/ C/ 2/ c.

⁵⁰⁷ Roma Konvansiyonu'nda olduğu gibi, Roma I Tüzüğü'nde de, sözleşmenin şekli geçerliliği bakımından tek bir *lex loci*'nin yetkili olacağı konusunda tartışma yoktur. Diğer bir ifadeyle, sözleşmenin şekli geçerliliğine

konusu hüküm, hem hazırlar arası (*inter praesentes*), hem de hazır olmayanlar arası (*inter absentes*) sözleşmeleri kapsamaktadır⁵⁰⁸.

Roma I Tüzüğü m. 11/1 hükmünün uygulanabilmesi için, sözleşmenin kurulduğu anda tarafların ya da temsilcilerinin aynı ülkede bulunmaları gerekir. “Aynı ülkede bulunma” durumunun tespitinde, tarafların mutad meskenleri dikkate alınmaz; tarafların sözleşmenin kurulduğu anda söz konusu ülkede geçici olarak bulunmaları yeterlidir⁵⁰⁹. Bu çerçevede, tarafların ya da temsilcilerinin sözleşmenin kuruluş anında aynı ülkede bulunmaları yeterli olup, aynı yerde bulunmaları zorunlu değildir⁵¹⁰. Tarafların sözleşmenin kurulduğu esnada “buldukları yerin” tespitinde, liberal bir yaklaşımın benimsenmesinin, sözleşmenin şekline uygulanacak hukuk sayısını genişletmeye yönelik amaç ile tutarlı olacağı doktrinde ifade edilmektedir⁵¹¹. Sözleşmenin temsilci aracılığıyla yapıldığı hallerde, sözleşmenin kurulduğu anda temsilcinin bulunması gereken değil, bulunduğu yer dikkate alınır⁵¹². “Sözleşmenin kurulduğu an” tespit edilirken, sözleşmenin teknik olarak kurulduğu an, yani tarafların irade beyanlarının (öneri ve kabulün) etki doğurduğu an değil, “tarafların irade beyanında buldukları an” önem taşır⁵¹³. Buna göre, “sözleşmenin kurulduğu anda aynı ülkede bulunma”, sözleşmenin kurulmasına yönelik irade beyanlarının açıklandığı anda tarafların ya da temsilcilerinin aynı ülkede bulunmaları anlamına gelir; irade beyanının gönderildiği yer,

uygulanmak üzere tespit edilen “sözleşmenin kurulduğu yer hukuku” tek bir tanedir (bkz. GIULIANO/LAGARDE Report, s. 31; LOACKER, Rome I Article 11, s. 293). Bu prensip, Tüzük m. 11/1’in yanı sıra, bu maddenin, tarafların, sözleşmenin kuruluşu esnasında farklı ülkelerde buldukları durumları düzenleyen ikinci paragrafı (Tüzük m. 11/2) bakımından da uygulama alanı bulur. Buna göre, öneri ve kabulün şekli, sözleşmenin kurulduğu yer olarak tek bir hukuka tabi olur. Böylece, ilk olarak Alman ve Avusturya hukuklarında ortaya çıkan ve öneri ve kabulü, ayrı ayrı yapıldıkları ülke hukuklarına tabi kılan “ayırma teorisi”, Roma I Tüzüğü çerçevesinde reddedilmiştir (bkz. LOACKER, Rome I Article 11, s. 293; VERSCHRAEGEN, Rome I Art. 11, s. 703).

⁵⁰⁸ Sözleşme taraflarından birinin bir seyahat esnasında akdettiği sözleşmelerin dahi, Tüzük m. 11/1 kapsamında yer aldığı; ayrıca, taraflardan birinin, temsilcisini, diğer tarafın bulunduğu ülkeye göndermesi ya da sözleşmenin kurulduğu ülkenin, masrafların azaltılması amacıyla özellikle tercih edilmesi halinde de söz konusu hükmün uygulama alanı bulacağı ifade edilmektedir (bkz. LOACKER, Rome I Article 11, s. 292). Buna göre, örneğin, bir Fransız ile bir Yunan vatandaşının ya da bu kişilerin temsilcilerinin İtalya’da seyahat esnasında bir sözleşme akdetmeleri ve sözleşmenin esasına İngiliz hukukunun uygulanacağını kararlaştırmaları durumunda, bu sözleşmenin şekli geçerliliği, hem sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk olarak İngiliz hukukuna, hem de sözleşmenin kurulduğu ülke hukuku olarak İtalyan hukukuna tabi olacaktır. Sözleşmenin, bu iki hukuktan birinin öngördüğü şekilde yapılması, sözleşmenin şekli bakımından geçerliliğini sağlayacaktır. Bu durumda, tarafların mutad meskenlerinin bulunduğu ülke hukuku olarak Fransız ve Yunan hukukları dikkate alınmayacaktır (bkz. MCPARLAND, Rome I Regulation, s. 730).

⁵⁰⁹ LOACKER, Rome I Article 11, s. 292; VERSCHRAEGEN, Rome I Art. 11, s. 698.

⁵¹⁰ VERSCHRAEGEN, Rome I Art. 11, s. 698.

⁵¹¹ MCPARLAND, Rome I Regulation, s. 731.

⁵¹² DORNIS, Rome I Art. 11, s. 397.

⁵¹³ KAYE, Private International Law, s. 286-288; LOACKER, Rome I Article 11, s. 292-293.

sözleşmenin kuruluş anında aynı ülkede bulunma şartının gerçekleşmesinde dikkate alınmaz⁵¹⁴.

Türk hukukunda, MÖHUK'un hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuku düzenleyen 7. maddesinde, Roma I Tüzüğü'nde olduğu gibi hukuki işlemin aynı ülkede ya da farklı ülkelerde bulunan kişiler arasında yapılmış olmasına göre bir ayrıma gidilmeksizin, hukuki işlemin, işlem yeri hukukunun şekil kurallarına uygun olarak yapılabileceği hüküm altına alınmıştır. Hukuki işlemin yapıldığı esnada tarafların aynı ülkede bulunmaları durumunda, işlem yeri olarak bu ülke hukukunun dikkate alınacağına şüphe yoktur⁵¹⁵. Gerçek kişiler bakımından, işlem anında tarafların buldukları yerin tespiti güçlük yaratmayacaktır. Tüzel kişiler arasında gerçekleştirilen hukuki işlemlerde ise, tarafların işlem anında buldukları yer, tüzel kişiyi temsilen bu işlemi gerçekleştiren kişilerin işlem anında buldukları yere işaret edecektir.

Sözleşmenin hazırlar arasında yapılması durumunda tarafların aynı ülkede bulunup bulunmadıklarının tespiti sorun teşkil etmeyecektir. Aynı durum, hazır olmayanlar arasında yapılan sözleşmelerde, tarafların sözleşmenin kuruluşu esnasında yer değiştirmemiş olmaları halinde de geçerlidir. Buna karşılık, hazır olmayanlar arası bir sözleşme ilişkisinde, öneri ile kabul arasındaki süreçte tarafların yer değiştirmeleri durumunda, aynı ülkede bulunup bulunmama durumunun hangi an esas alınarak tespit edileceği sorusu karşımıza çıkmaktadır. Öneri anında taraflar aynı ülkede bulunmakla birlikte, sözleşme henüz kurulmadan muhatabın yer değiştirmesi ya da öneri anında önerenin bulunduğu ülkeden farklı bir ülkede bulunan muhatabın, kabul beyanını önerenin bulunduğu ülkede açıklaması durumunda, sözleşme, aynı ülkede mi yoksa farklı ülkelerde bulunan kişiler arasında mı yapılmış kabul edilecektir?

Kanaatimizce, *LRA* kuralının kabul edilme gerekçeleri göz önünde bulundurulduğunda, hazır olmayanlar arası sözleşmelerde, her bir tarafın kendi irade açıklamasını yaptığı esnada bulunduğu ülkenin hukukunu nazara alacağı düşüncesinden hareketle, irade beyanlarının açıklandığı ülkelerin aynı olup olmamasına göre değerlendirme yapılmalıdır. Buna göre, önerinin yapıldığı ülke ile kabul beyanının açıklandığı ülke aynı ise, isterse taraflar sözleşmenin kuruluşuna kadar geçen süreçte yer değiştirmiş olsunlar, bu sözleşme aynı ülkede bulunan kişiler arasında yapılmış kabul edilmeli ve bu ülke işlem yeri

⁵¹⁴ VERSCHRAEGEN, Rome I Art. 11, s. 698.

⁵¹⁵ Hukuki işlemin yapıldığı esnada tarafların farklı ülkelerde bulunduğu hazırlar arası işlemler bakımından, doktrinde, her ne kadar irade açıklamaları tarafların hukuk sahalarına aynı anda giriyor olsa da, taraflardan her biri ayrı hukuk düzenlerinde irade açıklamasında bulunduğundan, iç maddi hukukun kabul ettiğinden farklı bir yoruma gidilerek, hazır olmayanlar arası hukuki işlemlerde işlemin yapıldığı yer konusunda ileri sürülen görüşler doğrultusunda inceleme yapılması gerektiği ifade edilmektedir (bkz. DOĞANGÜN, s. 99-100. Bu görüşlere ilişkin açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm/ III/ C/ 2/ c).

olarak esas alınmalıdır. Buna karşılık, önerinin yapıldığı esnada taraflar aynı ülkede bulunsalar dahi, muhatap kabul beyanında bulunmadan önce ülke değiştirmişse, bu durumda farklı ülkelerde bulunan kişiler arasında yapılmış bir sözleşmenin varlığı kabul edilmeli ve çalışmamızın bir alt başlığında yer vereceğimiz esaslardan yola çıkarak işlem yeri tespit edilmelidir.

Son olarak, sözleşmenin bir deniz ya da hava taşıtında meydana gelmesi durumunda, işlemin yapıldığı yerin neresi olacağı meselesi üzerinde durulmalıdır. Bu işlemlerin yapıldığı yerin tespiti bakımından, işlemin gerçekleştiği esnada gemi ya da uçağın hangi devletin kara sularında ya da hava sahasında bulunduğu mu dikkate alınacaktır, yoksa gemi bakımından bayrak hukuku, uçak bakımından ise sicile kayıtlı olduğu yer hukuku mu işlemin yapıldığı yer hukuku olarak kabul edilecektir? Doktrinde, bayrak devleti ya da sicil yeri hukukunun işlemin yapıldığı yer hukuku olarak uygulanması önerilmektedir⁵¹⁶.

Kanaatimizce, bu konuda, işlemin açık denizde gerçekleştirilmesi ile belirli bir devletin kara suları ya da hava sahasında gerçekleştirilmesi ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Açık denizde gerçekleşen hukuki işlemler bakımından işlem yerinin tespiti mümkün değildir. Bu durumda, tarafların müşterek hukuku ya da bayrak devleti hukuku gibi bağlama noktalarının kullanılması düşünülebilirse de, fiktif bir işlem yeri belirlemek ve bu yer hukukunu uygulamak *LRA*'nın kabul gerekçeleriyle örtüşmeyecektir. Zira bu kuralın şekil konusunda kabul edilmesinin başlıca nedeni, tarafların hakkında kolayca bilgi edinebilecekleri bir hukukun uygulanması suretiyle işlemin geçerli olarak yapılmasına olanak tanımaktır. Bu nedenle, tarafların öngöremeyecekleri bir hukuku işlem yeri hukuku olarak uygulamak yerine, işlemin esası hakkında yetkili olan hukuku, şekli geçerlilik konusunda tek başına dikkate almak kanaatimizce daha doğru olacaktır⁵¹⁷.

Belirli bir devletin kara sularında ya da hava sahasında gerçekleştirilen işlemlerde ise, söz konusu kara sularının ya da hava sahasının ait olduğu devlet, işlem yeri olarak kabul edilecektir. Bununla birlikte, *LRA* kuralının uygulanması, bu işlemler bakımından da kuralın kabul gerekçeleriyle örtüşmemektedir. Hareket halindeki bir aracın içinde yapılan işlemlerde, tarafların işlem anında aracın hangi devletin kara sularında ya da hava sahasında olduğunu bilmeleri, bilseler dahi bu ülke hukukunun şekil kurallarını gözetmeleri kendilerinden

⁵¹⁶ LEGIER, *Loi Applicable A La Forme*, s. 16. Amerikan hukukunda, uçak ya da gemide gerçekleşen işlemler bakımından, işlem yeri olarak, bayrak devleti yerine uçak ya da geminin bulunduğu devlet hukukunun esas alınacağına ilişkin bkz. RABEL, *Conflict of Laws*, s. 459.

⁵¹⁷ Bununla birlikte, işlem yeri hukukunun şekil konusunda tek başına yetkili olduğu hallerde, fiktif bir *LRA* yaratılması zorunluluğu gündeme gelir. Bunun örneği, açık denizde gemide gerçekleşen evliliklerdir. Evliliğin şekli konusunda, *LRA* kuralı tek başına yetkili olduğundan (MÖHUK m. 13/2), *lex causae*'nin şekli yönetmesi mümkün değildir.

beklenemeyecektir. Dolayısıyla, bu gibi durumlarda da, tarafların öngöremeyecekleri bir hukuku işlem yeri hukuku olarak uygulamak yerine, işlemin esası hakkında yetkili olan hukuku, şekli geçerlilik konusunda tek başına dikkate almak kanaatimizce daha doğru olacaktır.

c. Farklı Ülkelerde Bulunan Kişiler Arasında Akdedilen Sözleşmeler

Farklı ülkelerde bulunan kişiler arasında akdedilen sözleşmeler bakımından *LRA* kuralı uygulanırken, işlemin gerçekleştiği yer olarak hangi ülke hukukunun dikkate alınacağı problemi ortaya çıkmaktadır. Bu konuda, sözleşmenin kuruluşu esnasında önerenin ya da kabul edenin bulunduğu yer hukukunun veya sözleşme bir temsilci vasıtasıyla yapıyor ise, öneren ya da kabul eden yerine temsilcisinin sözleşmenin kurulduğu esnada bulunduğu yer hukukunun uygulanması gündeme gelebilir. Yukarıda açıklandığı üzere, hukuki işlemin nerede yapıldığının tespiti, işlemin hazır olmayanlar arasında yapılmış olmasından ziyade, işlemin yapıldığı esnada tarafların farklı ülkelerde bulunmasından dolayı güçlük teşkil etmektedir.

Hazırlar arasında yapılan bir sözleşmenin taraflarının sözleşmenin kuruluşu esnasında farklı ülkelerde bulunması ile hazır olmayanlar arasında yapılan bir sözleşmenin taraflarının kuruluş esnasında farklı ülkelerde bulunması arasında, işlem yerinin tespiti bakımından bir fark bulunmamaktadır. Sözleşmenin hazır olmayanlar arasında yapılmasının fark yaratacağı tek durum, öneri ile kabul arasındaki süreçte tarafların yer değiştirmiş olmasıdır. Zira bu durumda, hangi andaki bulunma yerinin dikkate alınacağı sorusu karşımıza çıkmaktadır. Çalışmamızın bir üst başlığında açıkladığımız üzere, bu durumda, tarafların irade açıklamalarını yaptıkları ülkelerin aynı ülke olması ihtimalinde, bu ülkenin işlem yeri olarak esas alınması; buna karşılık, önerinin yapıldığı anda önerenin bulunduğu ülke ile kabul beyanı esnasında muhatabın bulunduğu ülkenin birbirinden farklı olması halinde ise, sözleşmenin farklı ülkelerdeki kişiler arasında yapıldığının kabulü gerekmektedir.

Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma I Tüzüğü m. 11/2'de, aynı ülkede bulunmayan taraflar arasında akdedilen sözleşmelerin şekli bakımından, sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun ya da taraflardan her birinin ya da temsilcisinin sözleşmenin kurulduğu esnada bulunduğu yer⁵¹⁸ hukukunun veya taraflardan her birinin sözleşmenin

⁵¹⁸ Roma I Tüzüğü m. 11'de (Roma Konvansiyonu m. 9) açıkça belirtildiği üzere, eğer sözleşme, tarafların temsilcileri aracılığıyla akdedilmişse, sözleşmenin kurulduğu esnada sözleşme tarafının değil, temsilcisinin bulunduğu yer hukuku dikkate alınır. Buna göre, örneğin, tarafların temsilcileri sözleşme akdetmek üzere bir ülkede buluşmuş ve bu ülkede sözleşme akdetmişlerse, bu esnada tarafların buldukları ülkeler farklı olsa dahi, sözleşme aynı ülkede bulunan kişiler arasında akdedilmiş sayılır ve sözleşmenin şekli, Tüzük m. 11/1 hükmüne tabi olur (bkz. GIULIANO/ LAGARDE Report, s. 30-31; MCPARLAND, Rome I Regulation, s. 72 VERSCHRAEGEN, Rome I Art. 11, s. 702). Buna karşılık, tarafların temsilcileri sözleşmenin kurulduğu

kurulduğu esnada mutad meskeninin⁵¹⁹ bulunduğu yer hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir. Söz konusu hukuklardan birinin öngördüğü şekilde yapılmış bir sözleşme, şekil bakımından geçerli kabul edilecektir. Aynı ülkede bulunmayan kişiler arasında akdedilen sözleşmelerde, “sözleşmenin kurulduğu yerin” tespiti, güçlük teşkil edeceğinden, taraflardan her birinin ya da temsilcilerinin bulunduğu ülke hukuklarının uygulanabileceği düzenlenmek suretiyle, öneri ve kabulün ayır ayrı yapıldıkları ülke hukukuna tabi olması reddedilmiş, sözleşmenin şekli geçerliliğine uygulanacak hukuk belirlenirken sözleşme bir bütün olarak ele alınmıştır⁵²⁰. Söz konusu hüküm uyarınca, örneğin, İngiltere’de yaşayan ve mutad meksemi New York’ta bulunan bir kişiyi temsilen hareket eden bir temsilci ile İspanya’da yaşayan ve mutad meskeni Fas’ta bulunan bir kişiyi temsilen hareket eden bir temsilci arasında telefonda akdedilen bir sözleşmenin şekli geçerliliği, New York, İngiliz, İspanyol ya da Fas hukukuna tabi olacak; bu hukuklardan birinin öngördüğü şekilde yapılmış olması halinde, sözleşme, şekil bakımından geçerli kabul edilecektir⁵²¹.

esnada farklı ülkelerde bulunuyor ise, taraflar o esnada aynı ülkede bulunsalar dahi, bu sözleşme, aynı ülkede bulunmayan kişiler arasında akdedilmiş sayılır ve sözleşmenin şekli, Tüzük m. 11/2’ye tabi olur (GIULIANO/ LAGARDE Report, s. 31; MCPARLAND, Rome I Regulation, s. 727).

⁵¹⁹ Roma I Tüzüğü m. 11/2’de, tarafların mutad meskenlerinin bulunduğu ülke hukukunun da yetkili kılınması, Roma Konvansiyonu’nda şekle uygulanacak hukuku düzenleyen hükme nazaran bir yenilik teşkil etmektedir. Bu kuralın getiriliş amacı, sözleşmenin şekli geçerliliğini sağlamak için bir alternatif teşkil eden “sözleşmenin yapıldığı yer hukukunun”, tarafların sözleşmenin kurulduğu esnada buldukları yerin tespitinde yaşanacak güçlükler nedeniyle uygulanmasının imkansızlaşmasını engellemektir (bkz. MCPARLAND, Rome I Regulation, s. 731). Diğer bir ifadeyle, “tarafların mutad meskeni” bağlama noktası, elektronik ortamda akdedilen sözleşmelerde tarafların buldukları yerin tespitine ilişkin yaşanacak zorlukların üstesinden gelinmesi amacıyla düzenlenmiştir (bkz. CHESHIRE, NORTH & FAWCETT, Private International Law, Edited by Paul Torremans, 15th Edition, Oxford University Press 2017, s. 760; VERSCHRAEGEN, Rome I Art. 11, s. 702; BUREAU/ MUIR WATT, s. 446; AUDIT/ D’AVOUT, s. 836; SANTA-CROCE, N. 82). Söz konusu yenilik, sözleşmenin modern iletişim vasıtalarıyla akdedildiği çoğu halde, tarafların irade beyanlarını açıkladıkları yerin sözleşmeyle irtibatlı olmayan bir yer olmasından kaynaklanmaktadır (bkz. DORNIS, Rome I Art. 11, s. 398). Tarafların sözleşmenin kurulduğu esnada mutad meskenlerinin bulunduğu yer hukuklarının da dikkate alınacak olması, “*favor negotii*” prensibinin bir yansımasıdır (bkz. DORNIS, Rome I Art. 11, s. 398).

Mutad mesken kavramının içeriğine ilişkin olarak, Roma I Tüzüğü m. 19’da bir hükme yer verilmekle beraber, ticari faaliyeti dolayısıyla işlem yapmayanlar için “mutad mesken” tanımı yapılmamıştır. Bunun için, Avrupa Birliği hukukunun prensipleri çerçevesinde yorum yapılarak, Evliliğe ve Ebeveyn Sorumluluğuna İlişkin Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel IIa Tüzüğü’nde (2201/2003) yer alan “mutad mesken” tanımından faydalanılabileceği ileri sürülmektedir (bkz. LOACKER, Rome I Article 11, s. 298). Doktrinde, ayrıca, mutad mesken kavramının, söz konusu kişilerin “hayatının merkezinin bulunduğu yere” işaret ettiği de ifade edilmektedir (bkz. VERSCHRAEGEN, Rome I Art. 11, s. 703).

Roma I Tüzüğü m. 11/2’de, sözleşmenin kurulduğu esnada farklı ülkelerde bulunan tarafların mutad meskenlerinin bulunduğu ülke tespit edilirken, sözleşmenin kurulduğu andaki mutad meskenleri dikkate alınacaktır. Sözleşmenin kurulduğu an belirlenirken, yine teknik anlamda kuruluş anı değil, irade beyanlarının yapıldığı an, esas alınacaktır (bkz. LOACKER, Rome I Article 11, s. 298). Sözleşmenin şekli bakımından, m. 11’de belirtilen hukuklardan daha esnek şekil kuralları öngören hukukun uygulanacak olması, tarafların mutad mesken hukukları bakımından da geçerlidir.

⁵²⁰ GIULIANO/ LAGARDE Report, s. 30-31; MCPARLAND, Rome I Regulation, s. 726-727.

⁵²¹ MCPARLAND, Rome I Regulation, s. 731.

Görüldüğü üzere, Tüzük'te, hukuki işlemin yapıldığı yerin tespiti meselesi, davanın görüldüğü ülke hukukuna bırakılmamış; işlemin yapıldığı yer olarak, her iki tarafın ya da temsilcilerinin buldukları ülkelerin dikkate alınabileceği kabul edilmiştir⁵²². Buna göre, söz konusu hükümde belirtilen hukuklardan birinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılan bir sözleşme, Tüzük çerçevesinde, şeklen geçerli sayılacaktır. Söz konusu hüküm çerçevesinde tarafların buldukları ülke tespit edilirken, Tüzüğün açık ifadesine rağmen, tarafların, sözleşmenin teknik olarak kuruluşu esnasında buldukları yerin değil, sözleşmenin kurulmasına yönelik irade beyanlarının açıklandığı anda buldukları yerin dikkate alınacağı kabul edilmektedir⁵²³.

Roma I Tüzüğü m. 11/2 hükmüne benzer bir düzenlemeye, İsviçre hukukunda İsv. MÖHK m. 124/2'de yer verilmektedir⁵²⁴. Söz konusu hüküm uyarınca, farklı ülkelerde bulunan kişiler arasında akdedilen bir sözleşme, bu ülke hukuklarından birinin öngördüğü şekil kurallarına uygun olması halinde, şeklen geçerli olacaktır. Bir sözleşme, farklı ülkelerde bulunan kişiler arasında akdedildiğinde, sözleşmenin kurulduğu an ve yer, uygulanacak hukuka göre değişmektedir. Sözleşmenin kurulduğu anın tespiti konusunda, milli hukuklarda farklı çözümler benimsenmektedir. Örneğin, bazı ülke hukuklarında, bu konuda, kabul beyanında bulunulduğu an esas alınırken, İsviçre hukuku gibi hukuklarda, kabul beyanının öneren tarafından alındığı an dikkate alınmaktadır⁵²⁵. Bu farklılıklardan doğabilecek sakıncaların engellenmesi amacıyla, İsv. MÖHK m. 124/2 hükmü düzenlenmiştir⁵²⁶. Farklı ülkelerde bulunan kişiler arasında akdedilen sözleşmelerin şeklini, taraflardan her birinin sözleşmenin kurulduğu esnada bulunduğu ülke hukuklarından birine tabi kılmak, "*favor negotii*" prensibi ile örtüşmektedir⁵²⁷. İsv. MÖHK m. 124/2 hükmünde, tarafların sözleşmenin kuruluşu esnasında "buldukları" ülke esas alınmakta; tarafların yerleşim yeri ya da mutad meskenleri dikkate alınmamaktadır⁵²⁸. Sözleşmenin temsilci aracılığıyla kurulduğu hallerde ise, tarafların değil, temsilcinin bulunduğu yer dikkate alınacaktır⁵²⁹.

⁵²² Roma I Tüzüğü m. 11/2'de yer alan hükmün düzenlenme amacı, sözleşmenin posta yoluyla kurulması ya da susmanın kabul beyanı teşkil edip etmediği konusunda milli hukuklarda yer alan düzenlemelerin farklılığına bağlı olarak sözleşmenin kurulduğu yerin tespitine ilişkin doğabilecek sorunların engellenmek istenmesidir (bkz. DICEY/ MORRIS/ COLLINS, s. 1852).

⁵²³ LOACKER, Rome I Article 11, s. 297.

⁵²⁴ Roma I Tüzüğü m. 11/2 hükmüne benzer bir diğer düzenleme, Alman MÖHK m. 11/2'de yer almaktadır. Söz konusu hüküm için bkz. <https://dejure.org/gesetze/EGBGB/11.html>.

⁵²⁵ BONOMI, Commentaire Romand, s. 1071; BUCHER/ BONOMI, Droit International Privé, s. 310.

⁵²⁶ BONOMI, Commentaire Romand, s. 1071; BUCHER/ BONOMI, Droit International Privé, s. 310.

⁵²⁷ DUTOIT, Commentaire, s. 563.

⁵²⁸ DUTOIT, Commentaire, s. 563; BONOMI, Commentaire Romand, s. 1071.

⁵²⁹ BONOMI, Commentaire Romand, s. 1072; BUCHER/ BONOMI, Droit International Privé, s. 310.

Türk hukukunda, yukarıda incelediğimiz hukuklardan farklı olarak, hukuki işlemin şekline uygulanacak hukuk tespit edilirken, MÖHUK m. 7’de, işlemin hazırlar arasında ya da aynı ülkede bulunan kişiler arasında yapılıp yapılmadığına göre bir ayrıma gidilmemiştir. Bu noktada, gerek hazırlar arası gerekse hazır olmayanlar arası sözleşmelerde, sözleşmenin yapıldığı esnada, tarafların farklı ülkelerde bulunması durumunda, “işlemin yapıldığı yerin” nasıl tespit edileceği sorusu karşımıza çıkmaktadır. Bu konuda, doktrinde dört farklı görüş ileri sürülmüştür. Doktrindeki görüşler, konuyu hazır olmayanlar arasında yapılan sözleşmeler çerçevesinde ele almıştır. Ancak, işlem yerinin tespitine ilişkin problem, farklı ülkelerde bulunan hazırlar arasındaki sözleşmelerde de gündeme geleceği için, aşağıda yer vereceğimiz görüşlerin bu sözleşmeler bakımından da geçerli olacağı kanaatindeyiz.

Doktrindeki görüşlerden ilki (kuruluş yeri görüşü), işlemin yapıldığı yerin tespiti konusunda maddi hukukta ileri sürülen teorilere gönderme yaparak, sorunun bu teoriler ışığında çözümlenmesi gerektiğini savunmaktadır⁵³⁰. Maddi hukukta, hazır olmayan kişiler arasında sözleşmenin kurulmasına yönelik teoriler dört gruba ayrılmaktadır. Bunlar;

- i. Kabul edenin iradesini açığa vurması ile sözleşmenin kurulduğunu kabul eden *açığa vurma ya da izhar teorisi*,
- ii. Kabul edenin irade beyanını yeterli görmeyerek göndermesini arayan *gönderme teorisi*,
- iii. Kabul beyanının önerene ulaşmasını esas alan *varma ya da ulaşma teorisi*,
- iv. Kabul beyanının öneren tarafından öğrenildiği ana üstünlük tanıyan *öğrenme teorisidir*⁵³¹.

Açığa vurma teorisi esas alındığında, işlem yeri hukuku, muhatabın kabul iradesini açıkladığı yer; gönderme teorisi esas alındığında, muhatabın kabule dair irade açıklamasını gönderdiği anda bulunduğu yer; ulaşma teorisi esas alındığında, önerenin bulunduğu yer; öğrenme teorisi esas alındığında, önerenin kabul haberini öğrendiği anda bulunduğu yer hukuku olacaktır.

Sözleşmenin kuruluş anına ilişkin maddi hukuk teorilerini esas alan bu görüş doktrinde eleştirilmektedir. Maddi hukuk teorilerinin, sözleşmenin kurulduğu yerin tespiti amacıyla değil, sözleşmenin kurulduğu anın belirlenmesi amacıyla ortaya atıldığı; maddi özel hukukun adalet ve menfaat anlayışına hizmet eden bu teorilerin kendine özgü adalet ve

⁵³⁰ SCHÖNENBERGER/ JAGGI, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, Art. 1-17, OR 3. Auflage Zürich 1973, s. 185’te yer verilen yazarlar (TEKİNALP/ UYANIK, s. 93’ten naklen).

⁵³¹ Söz konusu teoriler için bkz. KOCAYUSUFAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 210 ANTALYA, Cilt I, s. 273.

menfaat anlayışı olan milletlerarası özel hukukta uygulanamayacağı ifade edilmektedir⁵³². Kuruluş yeri sistemine getirilen bir diğer eleştiri, maddi hukuk teorilerinde, sözleşmenin kuruluş anı taraflardan birinin fiiline bırakılmış olduğundan, sözleşmenin kurulma anına dayanarak işlem yeri hukukunun tespitinin taraflardan birinin fiiline üstünlük tanımak anlamına gelecek oluşudur⁵³³. Ayrıca, kanaatimizce, maddi hukuk teorileri esas alınarak kuruluş yeri belirlendiğinde, tarafların sözleşmenin kurulmasına yönelik iradelerini açıklarken öngöremeyecekleri bir yerin kuruluş yeri olarak tespiti ihtimal dahilindedir ve bu durum *LRA* kuralının kabul gerekçeleriyle örtüşmemektedir. Zira *LRA* kuralının kabul edilmesinin nedeni, sözleşme akdedilirken taraflarca dikkate alınması olağan olan bir hukukun uygulanması suretiyle sözleşmenin geçerli kılınmasıdır. Bu nedenle, kanaatimizce, işlem yerinin maddi hukuk teorileri esas alınarak belirlenmesi, MÖHUK m. 7 hükmünün getiriliş amacına hizmet etmemektedir.

Konuya ilişkin olarak doktrinde ileri sürülen görüşlerden ikincisi, farklı hukuk düzenlerinde bulunan taraflardan her biri için bu hukuk sistemlerinin birlikte uygulanmasını esas alan "bütünleştirici görüştür"⁵³⁴. Bu görüş uyarınca, hukuki işlemin taraflarından her biri, irade açıklamasında bulunurken hem kendi bulunduğu yer hukukunun şekil kurallarına, hem de karşı tarafın bulunduğu yer hukukunun şekil kurallarına uymak durumundadır⁵³⁵. Tarafların durumunu ağırlaştıracağı ve pratik ihtiyaçlara cevap vermeyeceği gerekçesiyle bu görüş eleştirilmektedir⁵³⁶. Gerçekten, bu görüş esas alındığında, tarafların buldukları ülke hukuklarının ikisine birden uygunluk aranacağından, sözleşmenin şekli geçerliliği için aranan şartlar zorlaşabilecek, bu durum ise, *favor negotii* prensibiyle örtüşmeyecektir.

İşlem yerinin tespitine ilişkin bir diğer görüş, taraflardan her birinin kendi bulunduğu yer hukukunun şekil kurallarına uyması gerekliliğini öngören "distribütif görüştür"⁵³⁷. Bu görüş, doktrinde, işlem güvenliği ve kolaylığı temin etmesi ve pratik ihtiyaçlara cevap vermesi nedeniyle kabul görmüştür⁵³⁸. Bununla birlikte, MÖHUK'un kabul ettiği alternatif

⁵³² DOĞANGÜN, s. 101. Aynı yönde bkz. TEKİNALP, Acenta, s. 154.

⁵³³ DOĞANGÜN, s. 101.

⁵³⁴ WOLFF, Martin, Das Internationale Privatrecht Deutschlands, Auflage 3, Berlin 1954, s. 127 (TEKİNALP/ UYANIK, s. 94'ten naklen).

⁵³⁵ TEKİNALP/ UYANIK, s. 94; DOĞAN, Vahit, Teminat Mektupları, 5. Baskı, Ankara 2015, s. 155; DOĞANGÜN, s. 102.

⁵³⁶ DOĞANGÜN, s. 102-103; TİRYAKIOĞLU, s. 69.

⁵³⁷ SOERGEL/ KEGEL, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Auflage 11, Stuttgart/ Berlin/ Köln/ Mainz 1970, Art. 11 (TEKİNALP/ UYANIK, s. 94'ten naklen); SCHÖNENBERGER/ JAGGI, s. 186 (TEKİNALP/ UYANIK, s. 94'ten naklen); RAAPE, Leo, Deutchshen Internationalen Privatrecht, Auflage 5, Berlin/ Frankfurt 1961, s. 221 (TEKİNALP/ UYANIK, s. 94'ten naklen).

⁵³⁸ TEKİNALP, Acenta, s. 154; NOMER, s. 211; TEKİNALP/ UYANIK, s. 94; DOĞANGÜN, s. 103.

nitelikli kurala ve *favor negotii* ilkesine tam anlamıyla hizmet etmediği gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmektedir⁵³⁹. Türk doktrininde, çoğunlukla, her bir tarafın irade beyanına kendi bulunduğu yer hukukunun uygulanması gerektiği ifade edilmek suretiyle bu görüşün benimsendiği görülmektedir⁵⁴⁰. Doktrinde, sözleşmeden doğan borç ilişkileri alanında, irade beyanının varlığına rızası olmadığını iddia eden tarafın mutad meskeninin bulunduğu yer hukukunun uygulanacağı (MÖHUK m. 32/2) düzenlenmek suretiyle, söz konusu esasın Türk hukukunda benimsendiği ifade edilmektedir⁵⁴¹. Ancak, kanaatimizce, MÖHUK m. 32 hükmü, maddenin kenar başlığında açıkça belirtildiği üzere, sözleşmeden doğan ilişkinin varlığı ve maddi geçerliliğine uygulanacak hukuku belirlediğinden, şekle uygulanacak hukukun tespitinde bu hükümden yola çıkılması doğru değildir.

İşlem yerinin tespitine ilişkin sonuncu görüş, hukuki işlemin taraflarının buldukları yerlerden herhangi birinin şekil kurallarına uyulmasını yeterli gören "alternatif görüştür"⁵⁴². Bu görüş, hukuki işlemin meydana gelmesi ve hüküm ve sonuçlarını doğurması imkanını artırdığından, diğer görüşlere nazaran *favor negotii* prensibine daha çok hizmet etmektedir⁵⁴³. Yukarıda incelemiş olduğumuz Roma I Tüzüğü ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun ilgili hükümlerinde, *LRA* kuralına ilişkin olarak "alternatif görüşün" benimsendiği görülmektedir. *LRA* kuralındaki pratik ihtiyaçlar ve kolaylığın sağlanabilmesi bakımından alternatif görüşün benimsenmesi gerektiği; *favor negotii*'nin gerçekleşmesi için irade açıklamalarının *LRA*'lardan birine uygunluğunun yeterli sayılmasının yerinde olacağı doktrinde ifade edilmektedir⁵⁴⁴.

Kanaatimizce, yukarıda sıralamış olduğumuz görüşlerden hangisinin uygulanmasının daha elverişli olduğuna karar verirken, öncelikle, hukuki işlemin yapıldığı yerin tespitinin, kanunlar ihtilafı hukuku bakımından hukuki mahiyeti vurgulanmalıdır. Hukuki işlemin yapıldığı yerin tespiti, bağlama noktasının vasıflandırılmasına ilişkin bir meseledir. Bağlama noktasının vasıflandırılmasında *lex fori*'nin esas alınacağı ittifakla kabul edilmektedir⁵⁴⁵. Buna bağlı olarak, doktrinde de ifade edildiği üzere⁵⁴⁶, öncelikle, işlemin yapıldığı yerin, *lex*

⁵³⁹ DOĞANGÜN, s. 104.

⁵⁴⁰ TEKİNALP, Acenta, s. 154; NOMER, s. 211; DOĞAN, s. 307; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 190; TİRYAKİOĞLU, s. 69.

⁵⁴¹ DOĞAN, s. 307.

⁵⁴² RABEL, The Conflict of Laws, s. 518.

⁵⁴³ DOĞANGÜN, s. 104.

⁵⁴⁴ TEKİNALP/ UYANIK, s. 94.

⁵⁴⁵ ÇELİKEL/ ERDEM, s. 88; NOMER, s. 107; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 44.

⁵⁴⁶ LEGIER, Loi Applicable A La Forme, s. 17; SARGIN, Lisans Sözleşmeleri, s. 213.

fori'ye göre belirlenmesi ve belirlenen bu yer hukukunun öngördüğü şekil şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin incelenmesi gerekmektedir.

Türk hukukunda, Borçlar Kanunu'nda sözleşmenin kurulduğu yeri tespit etmeye yönelik özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda, sözleşmenin kuruluş anı esas alınarak sözleşmenin kurulduğu yerin tespit edilebileceği ileri sürülmektedir⁵⁴⁷. Buna göre, hazırlar arası sözleşmeler, kabul beyanının önerene yöneltilmesi ile kurulduğundan⁵⁴⁸, bu sırada önerenin bulunduğu yer, sözleşmenin kurulduğu yer olarak kabul edilecektir⁵⁴⁹. Hazır olmayanlar arasındaki sözleşmelerde ise, bu sözleşmelerin, kabul beyanının önerene ulaştığı anda kurulduğu kabul edildiğinden⁵⁵⁰, bu anda önerenin bulunduğu yer, sözleşmenin kurulduğu yer sayılacaktır⁵⁵¹. Elektronik sözleşmelerde, taraflar arasında öngörülebilirliğin sağlanabilmesi bakımından, aksi öngörülmedikçe, önerenin ya da muhatabın bulunduğu yer olarak, bu kişilerin belirli bir anda fiilen buldukları yerin değil, tacir iseler işyerlerinin, tacir değilse yerleşim yerlerinin bulunduğu yerin esas alınması gerektiği ileri sürülmektedir⁵⁵². Zira özellikle taşınabilir bilgisayarlar aracılığıyla yapılan sözleşmelerde, sözleşmenin kurulduğu esnada tarafların dünyanın herhangi bir yerinde bulunma olasılıklarının olduğu; bu durumun sözleşmenin kuruluş yerinin tespiti bakımından çeşitli güçlükleri beraberinde getireceği ifade edilmektedir.

Sonuç olarak, *lex fori*'ye göre bağlama noktası vasıflandırılırken Türk maddi hukukundan hareket ettiğimizde, Türk hukukunda sözleşmenin kuruluş yerine ilişkin hükümler yer almadığından, bu yeri tespit ederken, kuruluş anına ilişkin hükümlerden yola çıkılması gerekmektedir. Ancak bu durum, işlem yeri hukuku (*LRA*) olarak, taraflarca

⁵⁴⁷ SARGIN, Lisans Sözleşmeleri, s. 213; ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice, Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti, İstanbul 2003, s. 88; TURAN, Gamze, *Elektronik Sözleşmeler ve Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti*, TBB Dergisi, Sayı 77, 2008, s. 102.

⁵⁴⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 156; EREN, s. 276; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 73-74; ANTALYA, Cilt I, s. 273-274.

⁵⁴⁹ ÖZDEMİR KOCASAKAL, Elektronik Sözleşmeler, s. 88-89; TURAN, s. 102.

⁵⁵⁰ Türk hukukunda, hazır olmayanlar arasındaki sözleşmelerin kuruluş anı bakımından ulaşma teorisi kabul edilmektedir. Buna göre, kabul beyanı önerenin hakimiyet alanına ulaştığı anda, sözleşme kurulur; sözleşmenin kurulması için önerenin kabul beyanını öğrenmesi şart değildir (bkz. EREN, s. 277; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 74-75; ANTALYA, Cilt I, s. 274). Ancak, açık bir kabul beyanına ihtiyaç duyulmayan hallerde, öneri, muhatap tarafından uygun bir süre içinde reddedilmediği takdirde, öneri muhatabın hakimiyet alanına ulaştığı anda sözleşme kurulur (bkz. EREN, s. 277; ANTALYA, Cilt I, s. 274).

⁵⁵¹ TURAN, s. 102. Doktrinde, “önerenin hakimiyet alanının bulunduğu yer” olarak da ifade edilmektedir (bkz. SARGIN, Lisans Sözleşmeleri, s. 213). Hazır olmayanlar arasındaki sözleşmelerde, zımni kabul beyanı olan hallerde ise, kabul eden tarafın (muhatabın) hakimiyet alanının bulunduğu yer sözleşmenin kurulduğu yer olarak kabul edilecektir (bkz. SARGIN, Lisans Sözleşmeleri, s. 213). Zımni kabul halinde, sözleşmenin belirli bir şekilde yapılması zorunluluğu söz konusu olmadığından, şekle uygulanacak hukukun belirlenmesi gündeme gelmeyecektir.

⁵⁵² ÖZDEMİR KOCASAKAL, Elektronik Sözleşmeler, s. 89; TURAN, s. 102.

öngörülmesi mümkün olmayan tesadüfi bir hukukun uygulanmasına yol açabilecektir. Zira örneğin somut uyuşmazlıkta önerenin ya da muhatabın bulunduğu yer, öneri ya da kabul beyanlarının gerçekleştirildiği esnada, tesadüfi bir yer olabilecektir. Bu durum, özellikle, elektronik sözleşmelerde karşımıza çıkmaktadır. Sözleşmenin geçerliliğinin, bu ülke hukukunun şekil kurallarına bağlanması, bu ülkede bulunmayan kişi bakımından öngöremeyeceği bir hukukun uygulanmasına böylece, sözleşmenin şeklen geçersiz sayılmasına neden olabilecektir; bu durum ise, hem *favor negotii* prensibine hem de *LRA*'nın kabul gerekçelerine aykırılık teşkil edecektir. Yabancı unsurlu pek çok sözleşmenin elektronik ortamda kurulduğu göz önünde bulundurulduğunda, *LRA* kuralının uygulanmasında sözleşmenin kuruluş anına ilişkin maddi hukuk teorilerinden yola çıkılması, çoğunlukla, *LRA* kuralının uygulanmasını anlamsız kılacaktır.

MÖHUK m. 7 hükmünde *LRA* kuralının *lex causae*'ya alternatif olarak uygulanmasının temelinde yatan düşünce taraflara geçerli bir işlem yapma imkanının sağlanmasıdır. Bu çerçevede, kanaatimizce, Türk Borçlar Kanunu'ndaki esaslardan yola çıkmak yerine, alternatif görüş benimsenerek, farklı ülkelerde bulunan taraflar arasında akdedilen bir sözleşmenin, bu iki ülke hukukundan birinin öngördüğü şekil kurallarına uygun olması halinde, şeklen geçerli sayılması gerekmektedir. Farklı ülkelerde bulunan kişiler arasında yapılan elektronik sözleşmelerde ise, sözleşmenin taraflarının sözleşmenin kurulmasına yönelik iradelerini açıkladıkları anda buldukları ülke hukuklarının birbirine alternatif olarak uygulanması, bu sözleşmelerin taşınabilir bilgisayarlar, hatta akıllı telefonlar vasıtasıyla dahi yapılabildiği göz önünde bulundurulduğunda, iradenin açıklandığı yerin tesadüfi olabileceği gerçeği karşısında, MÖHUK m. 7 hükmünün amacına hizmet etmeyebilecektir. Bu nedenle, "tarafların iradelerini açıkladıkları esnada buldukları yer hukuklarının" yanı sıra, gerçek kişiler bakımından tarafların mutad meskenlerinin bulunduğu yer, tüzel kişiler bakımından ise, idare merkezinin bulunduğu yer hukukunun alternatif olarak uygulanması düşünülebilir.

MÖHUK m. 7 hükmündeki boşluk karşısında açıklamış olduğumuz şekilde bir yorum benimsenmesi gerektiği görüşünde olmakla birlikte, kanaatimizce, doktrinde de ifade edildiği üzere⁵⁵³, ideal olan, MÖHUK'ta, Roma I Tüzüğü m. 11 ve İsv. MÖHK m. 124 örneklerinde olduğu gibi açık bir düzenlemeye yer verilmesidir. Hem bu başlık hem de bir üst başlıktaki açıklamalarımız ışığında, şu yönde bir hükmün MÖHUK'ta düzenlenmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz:

⁵⁵³ SARGIN, Lisans Sözleşmeleri, s. 213-214.

“Tek taraflı hukuki işlemler, işlemin yapıldığı ülke hukukunun ya da işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun öngördüğü şekilde yapılabilir.

Bir sözleşme, sözleşmenin kurulmasına yönelik irade açıklamalarının aynı ülkede yapılması halinde, bu ülke hukukunun ya da sözleşmenin esası hakkında yetkili olan hukukun öngördüğü şekilde yapılabilir.

Bir sözleşme, sözleşmenin kurulmasına yönelik irade açıklamalarının farklı ülkelerde yapılması halinde, iradelerin açıklandığı ülke hukuklarından birinin ya da sözleşmenin esası hakkında yetkili olan hukukun veya tarafların irade açıklamalarını yaptıkları andaki mutad mesken hukuklarından birinin öngördüğü şekilde yapılabilir”

IV. Lex Causae Kuralı

A. Kavram

Hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuk konusunda, *LRA* kuralının alternatif nitelikte uygulanmasının bir sonucu olarak, hukuki işlemin esasını yöneten hukukun (*lex causae*) da yetkili olması gündeme gelmektedir. *LRA* kuralına alternatif olarak milli hukuk, yerleşim yeri hukuku gibi pek çok alternatif ileri sürülmüşse de, alternatifler içinde genel kabul görmüş ve uygulama alanı bulmuş olanı “işlemin esasına uygulanacak hukuk”tur⁵⁵⁴. Hukuki işlemin esasına uygulanacak hukuk ile kastedilen, hüküm statüsüdür; diğer bir ifadeyle, taraflar arasında yapılan hukuki işlemin çözümünün bağlandığı maddi hukuk düzenidir⁵⁵⁵.

Hukuki işlem ile hukuki işlemin esasına uygulanacak hukuk arasındaki sıkı ilişki, şekil konusunda bu hukukun uygulanmasını haklı kılmaktadır. Zira bir işlemin yapılabilmesi için bu konudaki iradenin açıklanması gerekmektedir; muhtevassız bir irade açıklaması söz konusu olamayacağından, muhteva ve iradenin açıklanış şekli bir bütün teşkil eder⁵⁵⁶. Muhtevaya diğer bir ifadeyle esasa uygulanacak hukukun, irade açıklamasının şekline de uygulanması, irade ve muhtevanın birbirine bağlı olmasının doğal bir sonucudur. *LRA* kuralının, tüm hukuk düzenlerinde ihtilafsız olarak devamlı bir şekilde uygulanmıyor oluşu, diğer bir ifadeyle, bu kuralın “*loi uniforme*” nitelikte olmaması da, hukuki işlemin taraflarını, işlemi geçerli bir şekilde meydana getirme kaygısıyla, işlemin esasına uygulanacak hukukun şekil kurallarına uymaya itebilecektir. Sonuç olarak, gerek şekil ile esas arasındaki sıkı bağlantı, gerekse tarafların hukuki işlemi geçerli bir şekilde yapma konusundaki kaygıları, işlemin esasına

⁵⁵⁴ DOĞANGÜN, s. 61.

⁵⁵⁵ TEKİNALP/ UYANIK, s. 90; DOĞANGÜN, s. 106.

⁵⁵⁶ TEKİNALP, Acenta, s. 152; TEKİNALP/ UYANIK, s. 90; AYBAY/ DARDAĞAN, s. 174; DOĞANGÜN, s. 61.

uygulanacak hukukun işlem yeri hukuku ile eşit bir uygulama alanına sahip olmasını haklı kılmaktadır.⁵⁵⁷

LRA kuralının alternatif niteliğini kabul eden hukuk sistemlerinde, çoğunlukla, işlemin yapıldığı yer hukukunun (*locus regit actum*) ya da işlemin esasına uygulanacak hukukun (*lex causae*) şekil kurallarına riayet edilerek yapılan bir hukuki işlemin şekil bakımından geçerli olacağı düzenlenmektedir.

Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda, Fransız içtihadında, 28 Mayıs 1963 tarihli “*Kid*” kararından⁵⁵⁸ itibaren, sözleşmelerin şekline uygulanacak hukuk konusunda, sözleşmenin esasını yöneten hukukun yetkisinin kabul edildiği görülmektedir⁵⁵⁹. Söz konusu kararda, yazarın haklarının devrine ilişkin olarak Amerikan hukukunun öngördüğü şekilde düzenlenerek Fransa’da akdedilen bir sözleşmenin şekil bakımından geçerli olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Böylece, yabancı unsurlu sözleşmelerin, Fransa’da, sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun öngördüğü şekilde akdedilebilecekleri kabul edilmiştir. Fransız içtihadında sonraki tarihli kararlarda da aynı prensip benimsenmiştir.

İsviçre hukukunda, İsv. MÖHK m. 124’te sözleşmenin kurulduğu yer hukukunun yanı sıra sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun da şekil kurallarının yetkili olacağı; bu iki hukuktan birinin şekil kurallarına riayet edilerek yapılmış bir sözleşmenin şekil bakımından geçerli olacağı düzenlenmiştir.

Milletlerarası hukuk düzenlemelerine baktığımızda, şekle uygulanacak hukuk konusunda, işlemin yapıldığı yer hukukunun yanı sıra işlemin esasına uygulanacak hukukun da yetkili kılındığını görmekteyiz. Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma I Tüzüğü m. 11’de, gerek aynı ülkede bulunan gerekse farklı ülkelerde bulunan kişiler arasında akdedilen sözleşmelerin, sözleşmenin esasını yöneten hukukun öngördüğü şekil kurallarına uygun olarak yapılabilecekleri düzenlenmiştir⁵⁶⁰. 24 Haziran 2016 tarihli Mal

⁵⁵⁷ DICEY/ MORRIS/ COLLINS, s. 1849-1850; AUDIT/ D’AVOUT, s. 222; LOUSSOUARN/ BOUREL/ VAREILLES-SOMMIERES, s. 496-498; NIBOYET, Marie-Laure/ la PRADELLE, Geraud de Geouffre de, Droit International Privé, 6e Edition, LGDJ, 2017, s. 107; DOĞANGÜN, s. 107.

⁵⁵⁸ Cass. 1er Civ., 28.05.1963, JDI 1963, s. 1004, note B. Goldman; Rev. Crit. DIP 1964, S. 513, note. Y. Loussouarn; GAJFDIP, s. 359-366.

⁵⁵⁹ LEGIER, Loi Applicable A La Forme, s. 17.

⁵⁶⁰ Roma I Tüzüğü m. 10/1 (Roma Konvansiyonu m. 8/1) uyarınca, sözleşmenin maddi geçerliliği, sözleşme geçerli olsa idi uygulanacak olan hukuka tabidir. Bu hükmün düzenlenme amacı, “sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun taraflarca kararlaştırıldığı hallerde sözleşme geçerli kabul edilene kadar uygulanacak bir hukukunun mevcut olmaması” yönünde ileri sürülen görüşün engellenmesidir (bkz. GIULIANO/ LAGARDE Report, 30; MCPARLAND, Rome I Regulation, s. 726). Aynı durum, sözleşmenin şekli geçerliliğinin tartışıldığı hallerde de gündeme gelir. Roma I Tüzüğü m. 11’de (Roma Konvansiyonu m. 9) açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, sözleşmenin şekli bakımından, “sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk”, sözleşme şeklen geçerli olsa idi sözleşmeye uygulanacak olan hukuk olarak anlaşılmalıdır (bkz. GIULIANO/ LAGARDE Report, 30; MCPARLAND, Rome I Regulation, s. 726).

Rejimlerine İlişkin Meselelerde Milletlerarası Yetki Uygulanacak Hukuk ile Kararların Tanınması ve Tenfizi Hakkında Avrupa Konseyi Tüzüğü m. 25/4'te, mal rejiminin esasına uygulanacak hukukun ek şekil kuralları öngörmesi haline, bu kuralların uygulama alanı bulacağı kabul edilmiştir.

Tarafların, aralarındaki sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun öngördüğü şekil kurallarını esas alarak bir sözleşme yapmaları durumunda, ehliyet meselesi hariç olmak üzere, sözleşmenin geçerliliği ile ilgili meselelerde tek bir hukuk yetkili olacak ve bu husus, vasıflandırma problemi de dahil olmak üzere sözleşmeyle bağlantılı çeşitli hukuklar arasındaki uyum problemlerini de ortadan kaldıracaktır⁵⁶¹.

B. Lex Causae Kuralının Uygulanması

1. Sözleşmeler

Türk hukukunda, sözleşmelere uygulanacak hukuk konusunda MÖHUK m. 24 hükmünde genel bir kanunlar ihtilafı kuralına yer verilmekte; bazı özel sözleşme türleri için ise, MÖHUK m. 25-29 hükümleri arasında özel kanunlar ihtilafı kuralları düzenlenmektedir. MÖHUK m. 24 hükmüne tabi sözleşmelerin şekline uygulanacak hukuk MÖHUK m. 7 uyarınca belirlenmektedir. Kanunda özel olarak düzenlenen iş sözleşmeleri (MÖHUK m. 27)⁵⁶², fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler (MÖHUK m. 28) ve eşya taşıma

⁵⁶¹ LEGIER, Loi Applicable A La Forme, s. 17; MAYER/ HEUZE, s. 564; AYBAY/ DARDAĞAN, s. 174.

⁵⁶² Doktrindeki bir görüşe göre, iş sözleşmelerinin şekline uygulanacak hukukun özel olarak düzenlenmemiş olması bir eksiklik (bkz. ELÇİN, Doğa, Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 2012, s. 59). Bu görüşe göre, iş sözleşmelerinin şekli, iş sözleşmesinin esasına uygulanacak hukukun işçiyi koruyan maddi hukuka ait asgari emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla, şekle uygulanacak hukuka ilişkin genel düzenlemeye tabi olmalıdır; zira iş sözleşmelerinde aranan şekil şartı, işçi için asgari bir koruma amacı taşımakta, bir ispat değil geçerlilik şartı teşkil etmektedir (bkz. ELÇİN, s. 59). Gerçekten, sözleşmenin zayıf tarafı kabul edilen tüketicilerin milletlerarası özel hukuk alanında da korunabilmeleri için tüketici sözleşmelerinin şekli konusunda tüketiciyle en sıkı irtibat teşkil eden, tüketicinin en iyi bildiği hukuk olduğu varsayılan tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanırken, milletlerarası özel hukuk alanında aynı korunmaya ihtiyaç duyan işçiler bakımından benzer bir düzenlemenin öngörülmemiş olması düşündürücüdür. Bununla birlikte, kanaatimizce, doktrinde ifade edildiği üzere, iş sözleşmesinin esasına uygulanacak hukukun işçiyi koruyan maddi hukuka ait asgari emredici hükümlerin saklı tutularak MÖHUK m. 7 hükmünün uygulanması, iş sözleşmelerindeki şekil kurallarının büyük çoğunlukla işçiyi koruma amacıyla sevk edildiği göz önünde bulundurulduğunda (bu konuya ilişkin açıklamalar için bkz. Üçüncü Bölüm/ II/ C/ 2/ b/ aa), MÖHUK m. 7 hükmünün alternatif niteliğini ortadan kaldırarak esasa uygulanacak hukukun tek başına yetkili olması sonucunu doğuracaktır. Kanaatimizce, iş sözleşmelerinin belirli şekil kurallarına bağlanması konusunda, işçiyi tekrar düşünmeye sevk etme ya da işçinin iş görme ediminin içeriğini tespit etme amacı kadar sözleşmenin geçerliliğini sağlama amacı da önemlidir. Zira iş ilişkisinin geçerliliği, işçi bu ilişkiye devam etmek istemese dahi işçinin elde edeceği bazı haklar bakımından işçinin menfaatinde. Bu nedenle, iş sözleşmesinin şekli konusunda, tüketici sözleşmelerinde olduğu gibi objektif bağlama kuralı uyarınca zayıf tarafla en yakın irtibatlı hukukun tek başına yetkili olması yerine, sözleşmeyi şeklen ayakta tutmayı amaçlayan MÖHUK m. 7 hükmünün uygulanması kanaatimizce daha doğrudur. Bu noktada, işçinin korunması amacıyla düzenlenen şekil kurallarının doğrudan uygulanan kural teşkil etmeleri ve şekle uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralının alternatif niteliğini ortadan kaldırmaları gündeme gelebilir. Türk hukukunda iş sözleşmeleri için öngörülen şekil kurallarının doğrudan uygulanan kural teşkil edip etmediklerine ilişkin değerlendirmeler için bkz. Üçüncü Bölüm/ II/ C/ 2/ b/ aa.

sözleşmeleri (MÖHUK m. 29) bakımından ilgili maddelerde bu sözleşmelerin şekline uygulanacak hukuk ayrıca düzenlenmemiş olduğundan, bu sözleşmelerin şekli bakımından, şekle uygulanacak hukuka ilişkin genel hüküm olan MÖHUK m. 7 uygulama alanı bulacaktır. Buna karşılık, tüketici sözleşmelerinin şekli konusunda, tüketici sözleşmelerini düzenleyen MÖHUK m. 26 hükmünde özel bir kanunlar ihtilafı kuralına yer verilmiştir. Bu nedenle MÖHUK m. 26 hükmünün kapsamına giren tüketici sözleşmelerinin şekli bakımından alternatif nitelikli kural uygulama alanı bulmayacaktır. Taşınmazlara ilişkin sözleşmelerin şekli konusunda özel bir düzenlemenin mevcut olup olmadığı, diğer bir ifadeyle alternatif nitelikli kuralın bu sözleşmeler bakımından uygulanıp uygulanmayacağı hususu ise tartışmalıdır⁵⁶³. Çalışmamızda bu başlık altında, şekil konusunda MÖHUK m. 7 hükmüne tabi olan sözleşmelerin esasına uygulanacak hukuk, şekle uygulanacak hukukun tespiti bakımından özellik arz eden hususlar çerçevesinde incelenecektir. Bu bağlamda, öncelikle, sübjektif bağlama kuralına ilişkin esaslar ele alınacak, akabinde objektif bağlama kurallarına ilişkin açıklamalara yer verilecektir.

a. Sübjektif Bağlama Kuralı – Hukuk Seçimi

Türk hukukunun yanı sıra, pek çok hukuk sisteminde, yabancı unsurlu sözleşme ilişkilerinde, taraflara aralarındaki sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların çözümü bakımından uygulanacak hukuku belirleme yetkisi tanınmıştır. Milletlerarası özel hukukta, sözleşmeler alanında taraflara tanınan hukuk seçimi yetkisi, maddi hukukta sözleşmelere hâkim olan "irade serbestisi" prensibinin bir yansımasıdır⁵⁶⁴. Maddi hukuk alanında, sözleşme hükümlerini serbestçe belirleme özgürlüğüne sahip olan taraflara, milletlerarası özel hukuk alanında da sözleşmelerini diledikleri ülke hukukuna tabi kılma imkânı tanınmıştır⁵⁶⁵. MÖHUK m. 7 çerçevesinde, sözleşmelerin şekline uygulanacak hukuk konusunda, işlem yeri hukukunun yanı sıra, esasa uygulanacak hukukun da alternatif nitelikte yetkili olmasının sonucu olarak, tarafların sözleşmelerinin esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk, sözleşmenin şekli bakımından da işlem yeri hukukunun yanı sıra yetkili olacaktır. Taraflarca seçilen hukukun sözleşmenin şekli bakımından da yetkili olması, bazı tartışma konularını gündeme getirmektedir. Bu kapsamda, aşağıda yer alan başlıklarda, sırasıyla; hukuk seçimi

⁵⁶³ Konuya ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Üçüncü Bölüm/ I/ B/ 1/ b/ bb, cc.

⁵⁶⁴ BUCHER/ BONOMI, *Droit International Privé*, s. 287; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 264; EKŞİ, Nuray, *Milletlerarası Ticaret Hukuku*, 2. Bası, İstanbul 2015, s. 67; TARMAN, Zeynep Derya, "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşınan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi", *BATİDER*, Cilt: XXVI, Sayı: 1, Yıl: 2010, s. 146; DEMİR GÖKYAYLA, Cemile, *Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri (Münhasır Bayilik Sözleşmeleri)*, 2. Bası, İstanbul 2013, s. 289.

⁵⁶⁵ ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 264.

imkanının şekle ilişkin kanunlar ihtilafı kuralının alternatif niteliğini ortadan kaldırıp kaldırmayacağı, kısmi hukuk seçiminin varlığı halinde esasa uygulanacak hukuk olarak hangi hukukun dikkate alınacağı, sözleşmenin kurulmasından sonra yapılan hukuk seçiminin sözleşmenin şekli geçerliliğine etkisi ve son olarak hukuk seçimi sözleşmesinin şekline uygulanacak hukukun tespiti meseleleri ele alınacaktır.

aa. Hukuk Seçimi ve Şekle İlişkin Kanunlar İhtilafı Kuralının Alternatif Niteliği

Sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun taraflarca belirlenmesi ve bu hukukun “*lex causae*” olarak sözleşmenin şekli konusunda da uygulama alanı bulması imkânı, taraf iradesine bağlı olarak, şekle ilişkin kanunlar ihtilafı kuralının alternatif niteliğinin ortadan kaldırılıp kaldırılamayacağı sorusunu gündeme getirmektedir. Bu durum, tarafların sözleşmenin esas ve şeklini tek bir hukuka tabi kılmaları şeklinde karşımıza çıkabileceği gibi, esas ve şekil bakımından farklı hukukların uygulanacağını öngörmek suretiyle kısmi hukuk seçimi⁵⁶⁶ olarak da gündeme gelebilir.

Sözleşmenin esasına uygulanmak üzere bir hukuk seçiminin yapıldığı hallerde, yapılan hukuk seçiminin, şekli geçerlilik bakımından, sözleşmenin yapıldığı yer hukukunun (*lex loci actus*) yetkisini bertaraf edip etmeyeceği, karşılaştırmalı hukukta, Roma I Tüzüğü çerçevesinde tartışmalıdır. Bu tartışma, sadece, *lex loci actus*'un (sözleşmenin kurulduğu yer hukuku) *lex causae*'ya (sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk) nazaran daha esnek şekil kuralları öngörmesi halinde gündeme gelir. Zira diğer ihtimalde, zaten, Tüzük m. 11/1 çerçevesinde, sözleşmenin şekli bakımından, esasa uygulanacak hukuk yetkili olacaktır.

Doktrinde, aralarındaki sözleşmeye uygulanmak üzere taraflarca hukuk seçimi yapılması durumunda seçilen hukukun şekil kurallarının da uygulama alanı bulacağı, ancak bunun sözleşmenin yapıldığı yer hukukunun yetkisini bertaraf etmeyeceği ifade edilmektedir⁵⁶⁷. Bu görüş, Roma I Tüzüğü çerçevesinde sözleşmenin şekli ve esas bakımından ayrı ayrı hukuk seçimi yapılmasının mümkün olmadığını savunmaktadır⁵⁶⁸. Doktrindeki bir diğer görüşe göre, eğer halin şartlarından, tarafların, sözleşmenin şekli bakımından, sadece, esasa uygulanmak üzere seçtikleri hukukun uygulanmasını istedikleri

⁵⁶⁶ Sözleşmenin geneline uygulanacak hukukla kısmi hukuk seçimi yapılan bölümüne uygulanacak hukuk arasında uyumsuzluk bulunması durumunda, bir alt başlıkta inceleneceği üzere, doktrinde, genel olarak, kısmi hukuk seçiminin dikkate alınmaması gerektiği kabul edilmektedir. Doktrinde, bunun bir kısmi hükümsüzlük hali teşkil ettiği, bu durumda, kısmi hukuk seçiminin hüküm doğurmayacağı, ancak sözleşmenin kalanı ve varsa sözleşmenin geneli için yapılan hukuk seçiminin hüküm doğuracağı ifade edilmektedir (bkz. DEMİRKOL, s. 232).

⁵⁶⁷ VERSCHRAEGEN, Rome I Art. 11, s. 700.

⁵⁶⁸ VERSCHRAEGEN, Rome I Art. 11, s. 696.

anlaşıyorsa, "sözleşmenin kurulduğu yer hukukunun" yetkisi ortadan kalkabilir⁵⁶⁹. Bu görüş uyarınca, böyle bir durumda, gerek sözleşmenin kurulduğu yer hukukunun yetkisi, gerekse, Tüzük m. 11/2,3'te belirtilen diğer alternatif hukukların yetkisi bertaraf edilebilecektir.

İsviçre hukukunda, hukuk seçiminin varlığı halinde dahi, sözleşmenin kurulduğu yer hukukunun yetkisinin, sözleşmenin esasına uygulanmak üzere seçilen hukuka alternatif olarak devam edeceği ve taşınmazlara ilişkin sözleşmeler istisna kalmak kaydıyla, sadece sözleşmenin şekline uygulanmak üzere kısmi hukuk seçimi yapılabileceği kabul edilmektedir⁵⁷⁰. Sözleşmenin şekline ilişkin kısmi hukuk seçimi yapılsa bile, işlemin yapıldığı yer hukukunun yetkisi, seçilen hukuka alternatif olarak devam edecektir. Bununla birlikte, doktrinde, tarafların, açıkça olmak şartıyla, alternatif niteliği ortadan kaldıracabilecekleri; diğer bir ifadeyle, sadece seçilen hukukunun şekil kurallarının uygulanmasını kararlaştırabilecekleri ifade edilmektedir⁵⁷¹.

Türk doktrininde, konuya ilişkin farklı görüşler ileri sürülmektedir. Doktrindeki bir görüş, tarafların aralarındaki sözleşmenin esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukukun, aksi kararlaştırılmadıkça, işlem yeri hukukunun şekle ilişkin kurallarının uygulanmasını engellemeyeceğini ifade etmektedir⁵⁷². O halde, bu görüş esas alındığında, taraflar, sözleşmenin esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukukun, sözleşmenin şekli konusunda, işlem yeri hukukunun yetkisini ortadan kaldırarak tek başına yetkili olacağına karar verebileceklerdir⁵⁷³.

⁵⁶⁹ LOACKER, Rome I Article 11, s. 294. Tarafların sözleşmenin esası ile şeklini aynı hukuka tabi kılacakları yönünde ayrıca bkz. VIGNAL, s. 281.

⁵⁷⁰ DUTOIT, Commentaire, s. 561; BONOMI, Commentaire Romand, s. 1072.

⁵⁷¹ BONOMI, Commentaire Romand, s. 1072. Aksi yönde bkz. DUTOIT, Commentaire, s. 561.

⁵⁷² NOMER, s. 210. Doktrindeki bir görüş, iş sözleşmeleri bakımından, şekle uygulanacak hukukun taraflarca kararlaştırılabileceğini savunmaktadır (bkz. ELÇİN, s. 59). Bu görüşe göre, iş sözleşmeleri için, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümlerince işçiye sağladığı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla hukuk seçimi yapılabildiğinden dolayı (MÖHUK m. 27/1), kural olarak, tarafların şekle uygulanacak hukuku kararlaştırmalarına engel bir düzenleme bulunmamaktadır (bkz. ELÇİN, s. 59-60). Ancak, iş sözleşmesinin şekline uygulanacak hukuk, taraflarca, yine işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca işçiye sağlanan asgari koruma saklı kalmak şartıyla seçilebilecektir (bkz. ELÇİN, s. 60).

⁵⁷³ Benzer bir görüş, tarafların sözleşmenin maddi geçerliliğini sözleşmeyi yöneten hukuktan başka bir hukuka tabi kılıp kılamayacağı konusunda ileri sürülmüştür. MÖHUK m. 32/1 uyarınca, sözleşmeden doğan ilişkinin veya bir hükmünün varlığı ve maddi geçerliliği, sözleşmenin geçerli olması halinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka tabidir. Bahsettiğimiz görüş uyarınca, MÖHUK m. 32 hükmü, tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku belirleme serbestisine sahip olduğu oranda emredicilik niteliğini kaybetmektedir. Bu görüşe göre, taraflara aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuku seçme, böylece dolaylı olarak sözleşmenin maddi geçerliliğine uygulanacak hukuku belirleme imkânı tanındığı bir ortamda, MÖHUK m. 32/1 hükmünün emredici nitelikte olduğu savunulamaz. O halde, tarafların MÖHUK m. 24/2 çerçevesinde kısmi hukuk seçimi yoluyla sözleşmenin maddi geçerliliğini başka bir hukuka tabi kılmaları mümkündür (bkz. DEMİRKOL, s. 60).

Doktrindeki bir diğere göre⁵⁷⁴ göre ise, taraflarca bir hukuk seçimi yapıldığı hallerde, doğal olan, tarafların sözleşmeyi bir bütün olarak seçtikleri hukuka tabi kılma iradelerinin varlığıdır; MÖHUK m. 7, tıpkı MÖHUK m. 24/4 gibi objektif bir bağlama kuralı olarak, hukuk seçimi yapılmadığı hallerde devreye girecektir. Bu görüşe göre, MÖHUK m. 24/1 hükmünde taraflara tanınan irade muhtariyeti, sözleşmenin şeklini de kapsayacak genişliktedir ve MÖHUK m. 7 hükmünün sağladığı imkândan yararlanmak istemeyen tarafların bu yöndeki iradelerine geçerlilik tanınması gerekmektedir⁵⁷⁵.

Sözleşmenin şekli konusunda kısmi hukuk seçimi yapıp yapılamayacağı hususunda ise, doktrinde, tarafların, MÖHUK m. 24/1 düzenlemesinin verdiği imkân çerçevesinde, sözleşmenin esası ile şeklini birbirinden ayırarak her ikisi bakımından farklı hukuk düzenlerinin uygulanmasını kararlaştırabilecekleri ifade edilmektedir⁵⁷⁶. Bu görüşe göre, MÖHUK m. 7 ve MÖHUK m. 24 düzenlemelerinde bu imkân açıkça öngörülmemekle birlikte, "sözleşme özgürlüğünün" bir görünümü de, tarafların yaptıkları sözleşmenin şeklini belirleme konusundaki özgürlükleridir.

Türk hukuku bakımından meseleyi değerlendirdiğimizde, sözleşmenin esasına uygulanmak üzere hukuk seçimi yapıldığı hallerde, taraflar arasında, esasa uygulanacak hukukun sözleşmenin şekli konusunda tek başına yetkili olacağı konusunda bir anlaşma yoksa, sözleşmenin şekli bakımından *lex causae*'nin yanı sıra *LRA*'nın yani işlem yeri hukukunun da yetkisinin devam edeceği şüphesizdir. Ancak, cevaplandırılması gereken soru, tarafların *LRA*'nın yetkisinin bertaraf edildiğini açıkça kararlaştırdığı ya da halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek şekilde bu hususun anlaşıldığı hallerde, bunun, şekil konusunda geçerli bir hukuk seçimi olarak kabul edilip edilemeyeceğidir. Bu sorunun cevaplandırılabilmesi için, öncelikle, MÖHUK çerçevesinde hangi hallerde hukuk seçimine izin verildiğinin belirlenmesi gerekmektedir.

Türk kanunlar ihtilafı hukukunda, hukuk seçimi yapılabilmesi için, kanunda açıkça buna izin verilmiş olması gerekmektedir. MÖHUK'ta, hukuk seçimini düzenleyen, her bir hukuki işlem bakımından buna imkân tanıyan genel bir düzenleme mevcut değildir. MÖHUK, hukuk seçimi konusunda, birden fazla hüküm içermektedir. Hukuk seçiminin, diğere bir ifadeyle kanunlar ihtilafı kurallarında irade muhtariyetinin klasik uygulama alanı, borç

⁵⁷⁴ SARGIN, Lisans Sözleşmeleri, s. 211.

⁵⁷⁵ SARGIN, Lisans Sözleşmeleri, s. 211. Aynı yönde bkz. ALİBABA, Arzu, Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi Ve Sınırlandırılması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara 2005, s. 101. Acente sözleşmelerinin şekli bakımından aynı yönde bkz. GÜNER, Cemil, Milletlerarası Unsurlu Acente İlişkisine Uygulanacak Hukuk, Ankara 2014, s. 103.

⁵⁷⁶ DOĞANGÜN, s. 109.

sözleşmeleridir. MÖHUK m. 24/1 hükmünde sözleşmelere ilişkin genel kanunlar ihtilafi kuralında, MÖHUK m. 26, 27, 28 ve 29 hükümlerinde ise sırasıyla tüketici, iş, sözleşmeleri, fikri haklara ilişkin sözleşmeler ve eşya taşıma sözleşmeleri bakımından hukuk seçimine izin verilmiştir. Sözleşmeler alanının haricinde, evlilik malları (MÖHUK m. 15), haksız fiil (MÖHUK m. 34/5) ve sebepsiz zenginleşme (MÖHUK m. 39/2) alanında hukuk seçimi yapılabileceği düzenlenmiştir⁵⁷⁷. MÖHUK m. 24/1 hükmünde yer alan genel kanunlar ihtilafi kuralı, hukuk seçimi konusunda temel prensipleri ortaya koymaktadır; bu prensipler, MÖHUK'un diğer hükümlerinde aksi belirtilmedikçe, her tür sözleşme için ve hukuk seçimi imkanının tanındığı diğer ilişkiler için de geçerli olacaktır⁵⁷⁸.

Hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuka ilişkin genel kanunlar ihtilafi kuralı olan MÖHUK m. 7 hükmünde, hukuk seçimi imkanına yer verilmemektedir. Sözleşmeler bakımından MÖHUK m. 24/1 hükmünde öngörülen hukuk seçimi ise, sözleşmenin esasına ilişkin bir hukuk seçimidir. Gerek taraflarca hukuk seçimi yapıldığı gerekse uygulanacak hukukun objektif bağlama kuralı uyarınca belirlendiği hallerde, sözleşme statüsü, sözleşmenin kuruluşu, muhtevası, geçerliliği, hüküm ve sonuçları, ifası, sona ermesi gibi hususları kapsar; buna karşılık, ehliyet ve şekil, akit statüsünün kapsamı dışında kalır, bu konular, bağımsız bağlama kurallarıyla düzenlenmiştir⁵⁷⁹. Bu çerçevede, sonuç olarak, kanaatimizce, tarafların, sözleşmenin esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukukun, sözleşmenin şekli konusunda tek başına yetkili olacağını kararlaştırmak suretiyle *LRA* kuralını bertaraf etmeleri, diğer bir ifadeyle, şekle uygulanacak hukukun alternatif niteliğini ortadan kaldırmaları, mümkün değildir. Aynı durum, sözleşmenin esas ile şeklinin taraflarca farklı hukuklara tabi kılınması suretiyle kısmi hukuk seçimi yapıldığı hallerde de geçerli olacaktır. Buna göre, sözleşmenin esasıyla ilgili olarak, yerindeliği ve bazı durumlarda uygulanabilirliği tartışmalı olmakla beraber⁵⁸⁰, kısmi hukuk seçimi yapılması mümkün olmasına karşılık, şekil konusunda hukuk

⁵⁷⁷ Sözleşmeler alanında irade muhtariyeti önceliğe sahiptir. Buna karşılık, diğer alanlarda, yani evlilik malları, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme konularında, hukuk seçimi, objektif bağlama noktalarının yanında yardımcı bir bağlama kuralı olarak yer almaktadır (bkz. NÖMER, s. 318).

⁵⁷⁸ ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 264; SARGIN, Fügen, "Fikri ve Sınai Mülkiyet Haklarına İlişkin Sözleşmeler: 5718 sayılı MÖHUK Çerçevesinde Fikri ve Sınai Haklar ile İlgili Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk", Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, İstanbul 2010, s. 176; GİRAY, Faruk Kerem, "Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyetinin 5718 sayılı MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi", YÜHFD, Cilt: VIII, Sayı: 2 (2011), Cilt: IX, Sayı: 1 (2012), Özel Sayı: Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan, s. 561.

⁵⁷⁹ ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 297-298; TEKİNALP/ UYANIK, s. 291-292, 296; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 388, 391-392; EKŞİ, Milletlerarası Ticaret, s. 39, 68, dn. 85. Doktrindeki aksi görüş uyarınca, sözleşmeye uygulanmak üzere taraflarca seçilen hukukun, şekli de kapsayacağı kabulü gerekir (bkz. SARGIN, Fikri ve Sınai Haklar, s. 192).

⁵⁸⁰ Bu konuya ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. İkinci Bölüm/ IV/ B/ 1/ a/ bb.

seçimine izin veren açık bir düzenleme bulunmaması karşısında, kanaatimizce, sözleşmenin şekli bakımından kısmi bir hukuk seçimi yapılması mümkün değildir.

Tarafların, aralarındaki sözleşmenin esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukukun sözleşmenin şekli konusunda tek başına yetkili olacağını kararlaştırmış olmaları halinde, bu yönde bir irade uyuşması, MÖHUK çerçevesinde hukuk seçimi teşkil etmeyecektir. Dolayısıyla, örneğin, yapıldığı yer hukukunda şekle tabi olmayan, Türk hukukuna göre ise nitelikli yazılı şekilde yapılması gereken yabancı unsurlu bir sözleşmenin, taraflarca, hem esas hem şekil bakımından Türk hukukuna tabi olacağı kararlaştırılmış ve sözleşme adi yazılı şekilde yapılmış ise, şekil konusundaki hukuk seçiminin varlığına rağmen, bu sözleşme MÖHUK m. 7 uyarınca işlem yeri ya da esasa uygulanacak hukukun şekil kurallarına uygun olarak akdedilebilecektir. Akdedildiği ülkede bu sözleşme için şekil serbestisi öngörüldüğünden, sözleşme şeklen geçerli sayılacaktır. Ancak, tarafların şekil konusunda sözleşmenin esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukukun uygulanacağı yönünde uyuşan iradeleri, bir hukuk seçimi teşkil etmemekle birlikte, kanaatimizce, bu iradelere “*incorporation*” etkisi tanınması mümkündür⁵⁸¹. Diğer bir ifadeyle, seçilen hukukun söz konusu sözleşmeye ilişkin şekil kurallarının sözleşmenin birer hükmü haline gelmesi, sözleşme metnine dahil edilmesi düşünülebilir. Bu durumda, iradi şekil söz konusu olacaktır. Taraflar, işlem yeri hukukunda öngörülen şekil serbestisine rağmen, sözleşmelerini esasa uygulanacak hukukta bu sözleşme için öngörülen şekil kuralına tabi tutmuş olacaklardır. Tarafların bu yöndeki iradelerine etki tanınıp tanınmayacağı ise, şekle uygulanacak hukuka göre belirlenecektir. O halde, sözleşmenin yapıldığı yer hukuku ya da sözleşmenin esasına uygulanacak hukukta, tarafların bahsi geçen sözleşmenin belirli bir şekilde yapılması konusundaki anlaşmalarına bir sonuç bağlanıyorsa, yani bu konuda iradi şekle imkân tanınıyorsa, sözleşmenin taraflarca kararlaştırılan şekilde yapılması gerekecektir.

⁵⁸¹ *Incorporation*, herhangi bir belgenin, diğer bir belgenin eki ya da parçası haline getirilmesi metodu olarak tanımlanmaktadır (bkz. EKŞİ, Nuray, “*Kanunlar İhtilafı Alanında Incorporation*”, MHB, 1999-2000 (1-2), Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, İstanbul 2001, s. 263; EKŞİ, Milletlerarası Ticaret, s. 66). Kanunlar ihtilafı hukukunda, bu kavram, sözleşmeye dahil etme, sözleşmenin parçası haline getirme anlamında kullanılmaktadır (bkz. EKŞİ, *Incorporation*, s. 263; EKŞİ, Milletlerarası Ticaret, s. 66; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 269; ŞANLI, Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 6. Bası, İstanbul 2016, s. 57). *Incorporation* yoluyla sözleşmenin parçası haline getirilen yabancı hukuk kuralları, sözleşmeye aynen yazılabileceği gibi, sözleşmede yer alan bir kloz ile söz konusu maddelere atıf yapılmak suretiyle de sözleşmenin içeriğine dahil edilebilir. Her iki yöntemin kullanılması aynı sonucu doğurur; yabancı hukuk kuralları sözleşme hükmü olarak uygulama alanı bulur. Böylece, sözleşmeye dahil edilen yabancı hukuk hükümleri, sözleşme hükmü olarak tarafları bağlar (EKŞİ, *Incorporation*, s. 268; EKŞİ, Milletlerarası Ticaret, s. 69). *Incorporation* yoluyla sözleşmenin içeriğine dahil edilen hükümler, sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun emredici nitelikteki kurallarına aykırı olmamak şartıyla uygulama alanı bulur (EKŞİ, *Incorporation*, s. 267; EKŞİ, Milletlerarası Ticaret, s. 70; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 269; ŞANLI, Uluslararası Ticari Akitler, s. 57).

Sözleşmenin şekline ilişkin yapılan hukuk seçiminin geçerli kabul edilip edilmeyeceği tartışması, uygulamada tarafların çoğunlukla kendi seçtikleri hukukun kurallarını gözeterek bir sözleşme yapacakları gerçeği göz önünde bulundurulduğunda, pratik bir anlam taşımamaktadır. Sözleşmenin şekli konusunda hukuk seçimi imkânı kabul edilsin ya da edilmesin, tarafların kararlaştırdıkları hukukun şekil kurallarına uygun bir sözleşme akdetmeleri, *LRA* kuralının uygulanması ihtiyacını ortadan kaldırmaktadır. Bununla birlikte, şekil konusunda yapılan hukuk seçiminin geçerli kabul edilmesinin işlemin yapıldığı yer hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasına bir etkisi mevcuttur. MÖHUK m. 7 hükmünün uygulama alanına giren sözleşmelerde, işlem yeri hukuku ile esasa uygulanacak hukuk, birbirlerine alternatif olarak yetkili olmakta; ancak, *LRA* ya da *lex causae*'nin konuya ilişkin doğrudan uygulanan kurallarının varlığı bu alternatif niteliği ortadan kaldırmaktadır⁵⁸². Taraflara sözleşmenin şekline uygulanacak hukuku belirleme imkânı tanınması ve tarafların bu imkân çerçevesinde seçtikleri hukuka uygun şekilde bir sözleşme akdetmeleri ihtimalinde, şekil konusunda *lex causae* tek başına yetkili olur ve işlem yeri hukukunun doğrudan uygulanan kural niteliğindeki düzenlemeleri, *lex causae*'nin yetkisini ortadan kaldırmaz. Sonuç olarak, yukarıda yer verdiğimiz tartışma ve vardığımız sonuç, uygulamada çok sık rastlanmamakla birlikte tarafların seçtikleri hukuka aykırı şekilde bir sözleşme düzenlemeleri ya da sözleşmenin seçilen hukukun şekil kurallarına uygun olmakla birlikte işlem yeri hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına aykırı olması ihtimalinde bir anlam ifade edecektir.

bb. Kısmi Hukuk Seçimi ve Şekle Uygulanacak Hukuk

Kısmi hukuk seçiminin varlığı halinde, şekle uygulanacak hukuk bakımından, sözleşmenin farklı kısımları için kararlaştırılan hukuklardan hangisinin sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk olarak kabul edileceği sorusu gündeme gelmektedir. Kısmi hukuk seçimi, sözleşmenin sadece bir kısmı için taraflarca bir hukuk seçimi yapılması şeklinde karşımıza çıkabileceği gibi, sözleşmenin farklı kısımlarının farklı hukuklara tabi kılınması şeklinde de gündeme gelebilir. Buna göre, örneğin, taraflar sadece sözleşmenin kuruluşuna ilişkin bir hukuk seçimi yapmış olabilecekleri gibi, sözleşmenin kuruluşunun bir hukuka, hükümleri ve sona ermesinin ise farklı bir hukuka tabi olacağını öngörmüş olabilirler. Bu noktada, ilk ihtimalde, taraflarca kararlaştırılan hukukun mu yoksa sözleşmenin geri kalanı için objektif kriter uyarınca belirlenecek olan hukukun mu *lex causae* olarak esas alınacağı, ikinci

⁵⁸² Konuya ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Üçüncü Bölüm/ II/ C/ 1.

ihhtimalde ise, taraflarca sözleşmenin belirli kısımları için seçilmiş olan hukuklardan hangisinin *lex causae* teşkil edeceği sorusunun cevaplandırılması gerekir.

Kısmi hukuk seçimine, Türk hukukunda, MÖHUK m. 24/2 hükmünde imkan tanınmaktadır. Söz konusu hüküm gereği, taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına ya da bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabileceklerdir. Görüldüğü üzere, kanunda, kısmi hukuk seçimi yapılabileceği açıkça kabul edilerek bu konuda herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. Bu çerçevede, taraflar, aralarındaki sözleşme ilişkisini farklı kriterlere göre bölümlere ayırıp her bölüm için farklı hukuk düzenlerinin uygulanacağını ya da tek bir hukuk sistemini seçerek bu hukukun sözleşmenin sadece bir kısmına uygulanacağını kararlaştırmakta serbesttirler. Örneğin, taraflar, satıcının hak ve mükellefiyetlerini satıcının işyeri hukukuna, alıcının hak ve mükellefiyetlerini ise alıcının işyeri hukukuna tabi kılabilirler⁵⁸³.

Kanunda düzenlenmiş olmakla birlikte, kısmi hukuk seçimi, yerindeliği tartışmalı bir konu teşkil etmektedir. Doktrinde, kısmi hukuk seçiminin, ancak, sözleşmenin iktisadi ve hukuki bakımdan birbirinden ayrılabilen kısımları için ve tarafların hak ve mükellefiyetlerinde karışıklığa meydan vermeyecek şekilde yapılması halinde geçerli olacağı kabul edilmektedir⁵⁸⁴. Karşılıklı edimler içeren sözleşmelerde tarafların her birinin edimine ya da sözleşmenin birbirinden ayrılamayacak bölümlerine farklı hukukların uygulanacağını kararlaştırılmasının, edimler arası dengenin bozulmasına yol açabileceği; bu durumda, kısmi hukuk seçimi işleminin kamu düzenine aykırı görülerek dikkate alınmaması ve sözleşmeye uygulanacak hukukun MÖHUK m. 24/4 hükmü uyarınca tespit edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁵⁸⁵. Benzer bir görüş, kısmi hukuk seçiminin, sözleşmenin bütünlüğünü bozduğu ölçüde pratikte sorun yaratacağını; örneğin, taraflardan birinin borcuna İsviçre, diğerininkine, İngiliz hukukunun uygulanması durumunda taraflar arasındaki edim dengesinin bozulmasının ya da borca aykırı davranışın uygun bir yaptırıma bağlanamamasının söz konusu olabileceğini

⁵⁸³ ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 267; EKŞİ, *Incorporation*, s. 268-269; EKŞİ, *Milletlerarası Ticaret*, s. 71.

⁵⁸⁴ DOĞAN, s. 408; TİRYAKİOĞLU, s. 25, 214; ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, MHB, Cilt: 30, Sayı:1-2, 2010, s. 42. Ayrıca bkz. DEMİR GÖKYAYLA, *Tek Satıcılık Sözleşmesi*, s. 302. DEMİR GÖKYAYLA’ya göre, taraflar, sözleşmenin birbirinden ayrılabilen kısımları bakımından farklı hukukların uygulanmasını kararlaştırabilirler; örneğin, taraflar, sözleşmenin meydana gelmesi ve ifası, şekli, sözleşmeden doğan tazminat talepleri hakkında farklı hukukları yetkilendirebilirler (bkz. DEMİR GÖKYAYLA, *Tek Satıcılık Sözleşmesi*, s. 302). Ancak, kısmi hukuk seçimi sonucunda, bir hukuki sorun hakkında, birbirinden farklı iki hukukun uygulanmaması gerekmektedir (bkz. DEMİR GÖKYAYLA, *Tek Satıcılık Sözleşmesi*, s. 302).

⁵⁸⁵ ÖZDEMİR KOCASAKAL, MÖHUK m. 24, s. 42.

savunmaktadır⁵⁸⁶. Bu görüşe göre, sözleşmeden mantıklı biçimde ayrılabilen ve haklar ile borçlar bakımından bir alt bütün oluşturabilen bir parça ancak kısmi hukuk seçimine konu olabilir⁵⁸⁷. Örneğin, satıcının ayıba karşı tekeffülüne Fransız hukukunun uygulanacağını kararlaştırılması bir hukuk seçiminden ziyade, Fransız hukukunun ilgili hükümlerinin "ödünç alınması" olarak nitelendirilmelidir⁵⁸⁸.

Doktrinde, ayrıca, zorunlu olmadıkça, kısmi hukuk seçiminin tercih edilmemesi gerektiği, zira, bu tür hukuk seçimlerinde, seçilen hukuk sistemleri arasında tek bir sözleşmesel ilişkiden doğan sorunların çözümü konusunda ahenk yaratmanın zor olacağı ifade edilmektedir⁵⁸⁹. Bu görüşe göre, farklı ülkelerde ifalar içeren sözleşmeler ya da ifası uzun bir zaman dilimine yayılan milletlerarası inşaat sözleşmeleri veya ev sahibi ülke hukuku ile sıkı sıkıya ilişkili olan yatırım sözleşmelerinde, kısmi hukuk seçimi gerekli görülebilir; bunun gibi istisnai haller dışında sözleşmenin tek bir hukuka tabi kılınması gerekmektedir⁵⁹⁰.

Kısmi hukuk seçiminin mevcut olması durumunda, diğer bir ifadeyle, tarafların sözleşmenin bir kısmını bir hukuka, diğer kısmını ise başka bir hukuka tabi kılmaları ya da sözleşmenin sadece bir kısmı için hukuk seçimi yapmaları halinde, sözleşmenin şekline uygulanacak hukukun tespiti bakımından, sözleşmenin esasını yöneten hukuk olarak hangi hukukun dikkate alınacağı sorusu, karşılaştırmalı hukukta, Roma Konvansiyonu kapsamında tartışılmıştır. Roma Konvansiyonu'na ilişkin *Giuliano/ Lagarde* raporunda⁵⁹¹, sözleşmenin esasını birden fazla hukukun yönetmesi durumunda, sözleşmenin, uyuşmazlık konusu şekil kuralı ile daha sıkı ilişki içinde bulunan kısmına uygulanacak hukukun dikkate alınması önerilmiştir⁵⁹². Buna karşılık, önerilen bu çözümün uygulanmasının her zaman mümkün olmayacağı; şekil kurallarının belirli bir maddi hukuk kuralıyla bağlantılı olmadığı ve

⁵⁸⁶ DEMİRKOL, s. 229.

⁵⁸⁷ DEMİRKOL, s. 231.

⁵⁸⁸ DEMİRKOL, s. 231. Aksi yönde bkz. TARMAN, Hukuk Seçimi, s. 151. TARMAN'a göre, taraflar, kısmi hukuk seçiminin sözleşmenin bütünlüğünü bozmaması şartıyla, sözleşmenin yorumunun, ifasının ve ayıba karşı tekeffül hükümlerinin farklı hukuklara tabi olmasını kararlaştırabilirler (bkz. TARMAN, Hukuk Seçimi, s. 151).

⁵⁸⁹ ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 267; EKŞİ, *Incorporation*, s. 269; EKŞİ, Milletlerarası Ticaret, s. 72.

⁵⁹⁰ ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 267; EKŞİ, *Incorporation*, s. 269; EKŞİ, Milletlerarası Ticaret, s. 71-72.

⁵⁹¹ Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, Official Journal of the European Communities. Rapor metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu>.

⁵⁹² GIULIANO/ LAGARDE Report, s. 30. Aynı yönde bkz. DICEY/ MORRIS/ COLLINS, s. 1852; DORNIS, Rome I Art. 11, s. 396; WILDERSPIN, Michael, The European Private International Law of Obligations, 4th Edition, 2015, s. 441.

çoğunlukla sözleşmenin tamamını ilgilendirdiği doktrinde ifade edilmektedir⁵⁹³. Doktrindeki bir diğer görüş, *Giuliano/ Lagarde* raporunda önerilen çözümün, uygulamada çok yararlı olmayacağını; karşılaştırılan bu hukuklardan her birinin, Roma I Tüzüğü m. 11'in liberal rejimi çerçevesinde, birbirine alternatif olarak uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir⁵⁹⁴.

Kanaatimizce, Roma I Tüzüğü çerçevesinde yukarıda yer vermiş olduğumuz ikinci görüş, Türk hukuku bakımından da benimsenmelidir. Buna göre, kısmi hukuk seçiminin var olduğu hallerde, sözleşmenin bir kısmı için bir hukuk, diğer kısmı için başka bir hukuk yetkili kılınmışsa, MÖHUK m. 7 hükmünün *favor negotii* prensibine dayanan yani işlemi şekil bakımından ayakta tutmayı hedefleyen bir düzenleme olduğu göz önünde bulundurulduğunda, *lex causae* olarak her iki hukukun birden dikkate alınması gerekir. Bu durumda, esasa uygulanacak hukuklardan birinin şekil kurallarına riayet edilmiş olması, sözleşmenin şekil bakımından geçerli sayılması için yeterli kabul edilmelidir. Sözleşmenin sadece bir kısmı için hukuk seçimi yapıldığı, sözleşmenin geri kalanına uygulanacak hukukun ise objektif kriter uyarınca belirlendiği hallerde de aynı esasın benimsenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

cc. Sözleşmenin Kurulmasından Sonra Yapılan Hukuk Seçimi ve Sözleşmenin Şekli Geçerliliği

Türk hukukunun yanı sıra çeşitli milli ve milletlerarası düzenlemelerde, sözleşmenin esasına uygulanmak üzere, sözleşmenin kurulmasından da sonra hukuk seçimi yapılabileceği kabul edilmekte ve seçilen hukukun geçmişe etkili olarak sözleşmenin kurulduğu an itibarıyla etki doğuracağı düzenlenmektedir. Sözleşmelerin şekli bakımından esasa uygulanacak hukukun (*lex causae*) da yetkili olması, tarafların sözleşmeye uygulanmak üzere sözleşme kurulduktan sonra bir hukuk seçimi yapmış olmaları ihtimalinde, bazı sakıncaları beraberinde getirmektedir. Bu sakıncalara ilişkin ilk ihtimal, şekil bakımından geçerli bir sözleşmenin, tarafların sözleşmenin kurulmasından sonra seçtikleri hukuka göre geçersiz kabul edilmesidir. İkinci ihtimal ise, kuruluş aşamasında tabi olduğu hukuka göre şeklen geçersiz bir sözleşmenin, tarafların sonradan seçtikleri hukuka göre geçerli olmasıdır. Bu iki durumda, sonradan seçilen hukukun sözleşmenin şekli geçerliliğini etkileyip etkilemeyeceği sorusunun cevaplandırılması gerekmektedir.

Taraflarca sonradan seçilen hukukun, şeklen geçerli bir sözleşmeyi geçersiz hale getirip getirmeyeceği ya da sözleşmenin kurulduğu anda tabi olduğu hukuka göre şeklen geçersiz bir sözleşmeyi geçerli kılıp kılmayacağı meselesi, yabancı unsurlu bir kefalet

⁵⁹³ LEGIER, *Loi Applicable A La Forme*, s. 18.

⁵⁹⁴ KAYE, *Private International Law*, s. 283; LOACKER, *Rome I Article 11*, s. 296; SANTA-CROCE, N. 77; SARGIN, *Lisans Sözleşmeleri*, s. 214.

sözleşmesi örneğiyle somutlaştırılabilir. Örneğin, mutad meskeni yurt dışında bulunan bir kişinin Türkiye’de kefil olması ve kefalet sözleşmesinde bu sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların çözümünde kefilin mutad mesken hukukunun uygulanacağını kararlaştırılması ve bu hukukun kefalet sözleşmesini adi yazılı şekil şartına tabi tutması ihtimalinde, bu sözleşmenin şekli geçerliliği Türk mahkemeleri önünde incelendiğinde, MÖHUK m. 7 uyarınca, sözleşmenin yapıldığı yer hukuku (*LRA*) olarak Türk hukukunun ya da sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk olarak taraflarca seçilen kefilin mutad mesken hukukunun şekil kurallarına uyulmuş olması sözleşmenin şekli geçerliliğini sağlayacaktır. Türk hukukunda kefalet sözleşmeleri için nitelikli yazılı şekil şartı aranmaktayken, vermiş olduğumuz örnekte, sözleşmenin, kefilin mutad mesken hukukunun öngördüğü adi yazılı şekilde yapılmış olması yeterli olacaktır. Bu örnekte, adi yazılı şekilde yapılan kefalet sözleşmesinin, taraflarca sonradan Türk hukukuna tabi olacağını kararlaştırılması ihtimalinde, sözleşme şeklen geçersiz hale gelecek midir? Diğer ihtimal ise, taraflarca, sözleşme kurulduğu esnada, sözleşmenin esasına Türk hukukunun uygulanacağını kararlaştırılmış olması, dolayısıyla sözleşmenin kurulduğu anda şekil bakımından geçersiz olması, sonradan tarafların kefilin mutad mesken hukukunun uygulanacağı konusunda anlaşmaları, böylece sözleşmenin şeklen geçerli hale gelip gelmeyeceği meselesidir.

Kefalet sözleşmesi örneğinde somutlaştırdığımız her iki mesele bakımından, vurgulanması gereken husus, söz konusu tartışmanın, *LRA*’nın *lex causae*’ya nazaran daha katı şekil kuralları öngörmesi halinde gündeme gelecek olmasıdır. Zira sözleşmenin kurulduğu yer hukukunun sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka nazaran daha esnek şekil kuralları öngörmesi halinde, sözleşmenin bu kurallara uygunluğu şeklen geçerlilik bakımından yeterli olacak, dolayısıyla, esasa uygulanacak hukuk şekil konusunda yetkisini kaybedeceği için sonradan yapılan hukuk seçiminin sözleşmenin şekli geçerliliğine etkisini tartışmanın bir anlamı kalmayacaktır.

Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma I Tüzüğü m. 3/2 hükmünde, sözleşmenin kurulmasından sonra yapılan hukuk seçiminin, sözleşmenin şekli geçerliliğini etkilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Görüldüğü üzere, Roma I Tüzüğü çerçevesinde, sonradan yapılan bir hukuk seçiminin, şeklen geçerli bir sözleşmeyi geçersiz hale getiremeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Tam tersi durumda, diğer bir ifadeyle, geçersiz bir sözleşmenin sonradan yapılan hukuk seçimi çerçevesinde geçerli hale gelmesinin mümkün olup olmadığı ise, Tüzük’te açıklığa kavuşturulmamıştır. Bu konuda, doktrinde, sonradan yapılan bir hukuk seçiminin, tabi olduğu ilk hukuka göre şeklen geçersiz bir sözleşmeyi

geçerli hale getireceği kabul edilmektedir⁵⁹⁵. Tüzüğün yürürlüğe girmesinden önce yürürlükte olan Roma Konvansiyonu'na ilişkin olarak *MM. Giuliano ve Lagarde* tarafından hazırlanan raporda⁵⁹⁶, sözleşmenin esasını yöneten her iki hukuktan (sonradan seçilen hukuk ya da sözleşmenin tabi olduğu ilk hukuk) birinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılmış olmasının, sözleşmenin şekli geçerliliği bakımından yeterli olacağı belirtilmiştir⁵⁹⁷.

Türk hukukunda, Roma I Tüzüğü m. 3/2 hükmüne benzer bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Diğer bir ifadeyle, sonradan yapılan hukuk seçiminin, sözleşmenin şekli geçerliliğini etkilemeyeceğine ilişkin bir istisna, Türk hukukuna alınmamıştır⁵⁹⁸. Türk hukukunda, MÖHUK m. 24/3 gereği, sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, geçmişe etkili olarak geçerli olacaktır. Bu durumda, kurulduğu anda tabi olduğu hukuka göre şeklen geçerli olan bir sözleşmenin, sonradan yapılan bir hukuk seçimi nedeniyle şeklen geçersiz hale gelmesinin ya da tam tersi, şeklen geçersiz bir sözleşmenin sonraki hukuk seçimi ile şekil bakımından geçerli hale gelmesinin mümkün olup olmayacağı sorusu gündeme gelmektedir.

Doktrindeki bir görüş⁵⁹⁹, sonradan hukuk seçimi yapılması durumunda, sözleşmenin kuruluşu ve geçerliliği konularında, sözleşmenin kurulduğu an itibarıyla sözleşmeye uygulanması gereken hukukun esas alınacağını; sadece sözleşme hükümlerinin yeni seçilen hukuka tabi olacağını ifade etmektedir. O halde, yapıldığı esnada sözleşmeye uygulanması gereken hukuka göre şekil bakımından geçerli olan bir sözleşme, sonradan yapılan hukuk seçimi ile yetkilendirilen hukukun şekil kurallarına aykırı olsa dahi, geçerliliğini koruyacaktır. Bu görüşe benzer bir diğer görüşe⁶⁰⁰ göre, Roma Konvansiyonu m. 3/2 (Roma I Tüzüğü m.

⁵⁹⁵ CHESHIRE, NORTH & FAWCETT, s. 759; DICEY/ MORRIS/ COLLINS, s. 1852; LEGIER, *Loi Applicable A La Forme*, s. 18; KAYE, *Private International Law*, s. 283; LAGARDE, *E.E.C. Convention*, s. 52; LOACKER, *Rome I Article 11*, s. 296; VERSCHRAEGEN, *Rome I Art. 11*, s. 700; WILDERSPIN, s. 441-442.

⁵⁹⁶ Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, Official Journal of the European Communities. Rapor metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu>.

⁵⁹⁷ Bu konuda, İsviçre doktrininde de, Roma I Tüzüğü çerçevesinde ulaşılan sonuca benzer bir görüşün benimsendiği görülmektedir. Söz konusu görüş uyarınca, sözleşmenin kurulmasından sonra yapılan bir hukuk seçimi, kurulduğu anda şeklen geçersiz olan bir sözleşmeyi geçerli hale getirebilir; buna karşılık, sonradan yapılan hukuk seçimi, sözleşmeyi şekil bakımından geçersiz hale getiriyorsa, bu hukuk seçiminin, sözleşmenin şeklini kapsamayacağı kabul edilmelidir (bkz. BONOMI, *Commentaire Romand*, s. 1072).

⁵⁹⁸ Doktrinde, böyle bir düzenlemenin, oldukça yerinde olacağı ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, bir sözleşme, ilk aşamada sözleşmeye uygulanacak hukukun şekil kurallarına uygun olarak yapılmış olabilir, ancak, tarafların sonradan seçtikleri hukuk, sözleşmeyi daha ağır bir şekle tabi kılıyorsa, taraflar bu değişikliği ilk aşamada öngöremeyeceği için, sözleşmenin şekli bakımından sözleşmenin kurulduğu esnadaki esasa uygulanacak hukukun şekil kurallarının dikkate alınması gerekir (bkz. DEMİRKOL, s. 235).

⁵⁹⁹ NOMER, s. 327; ÖZDEMİR KOCASAKAL, MÖHUK m. 24, s. 31; ALİBABA, s. 196.

⁶⁰⁰ DEMİRKOL, s. 237. Ancak, yazar, söz konusu tartışmanın pratik açıdan dar kapsamlı olduğunu, zira sonradan hukuk seçimi yapılmasının ender rastlanan bir durum olduğunu, ayrıca, MÖHUK m. 24'ün kapsamına giren sözleşmelerin çoğunlukla milletlerarası ticaretin menfaatini ilgilendirdiğini ve şekil şartına

3/2) hükmünün Türk hukukuna alınmamasına rağmen, bu istisna kuralının Türk hukukunda da uygulanması, hem kanun koyucunun iradesine hem milletlerarası özel hukuk adaletine hem karşılaştırmalı hukuktaki sistemlere daha uygun olacaktır; o halde, şeklen geçerli bir sözleşmenin, sonradan yapılan hukuk seçimi dolayısıyla, şekil bakımından geçersiz hale gelmesi mümkün olmayacaktır⁶⁰¹.

Kanaatimizce, tarafların sözleşmeyi akdettikleri esnada, işlemin yapıldığı yer hukuku ya da işlemin esasına uygulanacak hukukun (taraflarca seçilen hukuk) şekil kurallarını dikkate alarak bir sözleşme akdetmeleri olağandır. MÖHUK m. 7’de yer alan kuralın kabulünde de bu anlayış rol oynamaktadır. Amaç, tarafların, sözleşmenin akdedildiği esnada dikkate almaları en muhtemel hukukların şekil kurallarının uygulanmasını öngörmek suretiyle, tarafların şeklen geçerli bir sözleşme akdetmelerine imkân sağlamaktır. Sözleşmenin esasına ilişkin olarak taraflarca sonradan seçilen hukukun şekil kurallarının, sözleşmenin akdedildiği esnada taraflarca öngörülmesi mümkün olmadığından, sonradan seçilen hukukun, sözleşmenin şekli geçerliliğine etki etmeyeceği, diğer bir ifadeyle, şeklen geçerli bir sözleşmeyi geçersiz hale getirmeyeceği kabul edilmelidir. Aksinin kabulü, kanaatimizce, taraf beklentilerine ve MÖHUK m. 7 hükmünün amacına aykırılık teşkil edecektir.

Sonradan yapılan hukuk seçiminin geçerli bir sözleşmeyi geçersiz hale getirip getirmeyeceği sorusu cevaplandırılırken, MÖHUK m. 7 hükmünün amacının yanı sıra, Türk hukukunun kanunların zaman bakımından yürürlüğüne ilişkin kurallarının da dikkate alınması gerekir. Zira kuruluş sırasında sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk ile sözleşmenin esasına uygulanmak üzere taraflarca sonradan seçilen hukuk arasındaki ilişki, maddi hukuktaki eski kanun ile yeni kanun arasındaki ilişkidir. Türk maddi hukukunda, “kanunların geçmişe etkili olmaması” ilkesi geçerlidir⁶⁰². Bu ilke uyarınca, eski kanun zamanında bu kanuna göre kurulmuş ve tamamlanmış işlemler yeni kanundan etkilenmez⁶⁰³. Örneğin, mülga Borçlar Kanunu döneminde geçerli olarak kurulmuş bir kefalet sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu’nun kefaletin geçerliliği için eşin rızasını araması karşısında, geçerli olmaya

tabi olmadıklarını, şekil şartı aranmasa dahi, basiretli tacir olan tarafların bu tür sözleşmeleri kurarken zaten tedbirli davranarak sözleşmelerini yazılı olarak yaptıklarını ifade etmektedir (bkz. DEMİRKOL, s. 237).

⁶⁰¹ Doktrindeki bir görüş, bu konuda ortaya çıkacak fikir ayrılıklarının önlenmesi bakımından, yapılacak hukuk seçimi değişikliğinin, 3. kişilerin haklarının saklı tutulmasında olduğu gibi, sözleşmenin şekli geçerliliğini olumsuz yönde etkilemeyeceğine ilişkin açık bir hükme yer verilmesinin yerinde olacağını savunmaktadır (bkz. SARGIN, Fikri ve Sınai Haklar, s. 176).

⁶⁰² DURAL, Mustafa/ SARI, Suat, Türk Özel Hukuk Cilt: I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2018, 13. Baskı, s. 120; OĞUZMAN, M. Kemal/ BARLAS, Nami, Medeni Hukuk-Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 23. Bası, İstanbul 2017, s. 79; BAYSAL, Başak, “Türk Borçlar Kanunu’nun Yürürlüğü”, İÜHF, Cilt: LXX, Sayı: 1, 2012, s. 226, 232.

⁶⁰³ OĞUZMAN/ BARLAS, s. 79-80; HATEMİ, Hüseyin, İntikal (Geçiş) Dönemi Hukuku, İstanbul 2004, s. 18; DURAL/ SARI, s. 120; BAYSAL, s. 225-226.

devam edecektir⁶⁰⁴. Yeni kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önceki olaylara uygulanması hukuki güvenliği sarsacaktır⁶⁰⁵. Bu çerçevede, gerek Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'da⁶⁰⁶ gerekse Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'da⁶⁰⁷, geçmişe etkili olmama ilkesi kabul edilmiştir⁶⁰⁸. O halde, sonuç olarak, sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka göre şeklen geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmenin, taraflarca sonradan seçilen hukukun şekil kurallarına aykırı olarak düzenlenmiş olması, bu sözleşmenin geçersiz olması sonucunu doğurmayacaktır.

Şeklen geçersiz bir sözleşmenin, sonradan yapılan hukuk seçimi ile hüküm doğurup doğuramayacağı konusunda ise, doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Doktrindeki bir görüşe⁶⁰⁹ göre, hukuk seçimi geriye etkili olduğundan, yani fiilen hangi anda yapılmış olursa olsun, kanunun belirttiği istisna haricinde, etkisini baştan itibaren göstereceğinden, akdedilen sözleşme baştan itibaren tüm unsurları ile sonradan seçilen hukuka tabi olacak ve böylece şekle ilişkin bir hükümsüzlük sebebi baştan itibaren mevcut olmayacaktır. Bu görüş esas alındığında, geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmenin sonradan seçilen hukukun şekil kurallarına aykırı olması durumunda, hukuk seçiminin geriye etkisi dolayısıyla, sözleşmenin baştan itibaren geçersiz sayılması gerekecektir. Halbuki yukarıda belirtildiği üzere, doktrinde, sonradan yapılan hukuk seçiminin, geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmeyi geçersiz hale getirmeyeceği konusunda görüş birliği mevcuttur. Bu nedenle, hukuk seçiminin geriye etkisinin bu sorunun çözümüne ışık tutmayacağı kanaatindeyiz.

Doktrindeki aksi görüş⁶¹⁰ uyarınca ise, sonradan yapılan hukuk seçimi, geçersiz bir sözleşmeyi geçerli hale getirmeyecektir. Bu görüşe göre, sözleşmenin kurulduğu an itibariyle

⁶⁰⁴ Geçmişe etkili olmama ilkesini açıklayan iki teori mevcuttur: klasik teori (kazanılmış hak teorisi) ve modern teori (derhal yürürlük teorisi). Söz konusu teorilere ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. BAYSAL, s. 227-232.

⁶⁰⁵ OĞUZMAN/ BARLAS, s. 80; DURAL/ SARI, s. 120; BAYSAL, s. 226.

⁶⁰⁶ RG. 08.12.2001, S. 24607.

⁶⁰⁷ RG. 04.02.2011, S. 27836.

⁶⁰⁸ Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 1: "*Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önceki olayların hukukî sonuçlarına, bu olaylar hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişse kural olarak o kanun hükümleri uygulanır. Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılmış olan işlemlerin hukuken bağlayıcı olup olmadıkları ve sonuçları, bu tarihten sonra dahi, yapıldıkları sırada yürürlükte bulunan kanunlara göre belirlenir. Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten sonra gerçekleşen olaylara, Kanunda öngörülmiş ayırık durumlar saklı kalmak kaydıyla, Türk Medenî Kanunu hükümleri uygulanır*".

Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 1: "*Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önceki fiil ve işlemlere, bunların hukuken bağlayıcı olup olmadıklarına ve sonuçlarına, bu fiil ve işlemler hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişse, kural olarak o kanun hükümleri uygulanır. Ancak, Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra bu fiil ve işlemlere ilişkin olarak gerçekleştirilecek temerrüt, sona erme ve tasfiye, Türk Borçlar Kanunu hükümlerine tabidir*".

⁶⁰⁹ DEMİRKOL, s. 238.

⁶¹⁰ NOMER, s. 327; ÖZDEMİR KOCASAKAL, MÖHUK m. 24, s. 32; ALİBABA, s. 196-197.

esasa uygulanacak hukuka göre şekil bakımından geçersiz olan bir sözleşme, sonradan yapılan hukuk seçimi ile yetkilendirilen hukukun şekil kurallarına uygun nitelikteyse, sözleşmenin kurulduğu tarih itibariyle şekil konusunda uygulanması gereken hukukun şekle aykırılığa bağladığı sonuçların dikkate alınması gerekecektir⁶¹¹.

Kanaatimizce, taraflarca sözleşmenin kurulmasından sonra yapılan bir hukuk seçiminin, şeklen geçersiz bir sözleşmeyi geçerli hale getirip getirmeyeceği hususunda, yine, kanunların zaman bakımından yürürlüğüne ilişkin kuralların göz önünde bulundurularak bir değerlendirme yapılması gerekir. "Kanunların geçmişe etkili olmaması" ilkesi gereğince, bir sözleşmenin kuruluşu esnasında yürürlükte olan kanun, o sözleşmenin geçerliliği hakkında söz sahibi olacak, kanunun değişmesi halinde, yeni kanun, bu sözleşmenin geçerliliği bakımından uygulama alanı bulmayacaktır. O halde, önceki kanuna göre geçersiz olan bir sözleşme, kanunun değişmesi sonucu geçerli hale gelmeyecektir. Zira bu durumda da tamamlanmış bir işlem söz konusudur.

Aynı yaklaşım, kanunlar ihtilafı bakımından da benimsenmeli, kuruluş anında esasa uygulanacak hukuka göre şeklen geçersiz olan bir sözleşme, sözleşmenin esasına uygulanmak üzere taraflarca sonradan seçilen hukukun şekil kurallarına uygun olsa dahi, şekil bakımından geçersiz kabul edilmelidir. Bu noktada, doktrinde⁶¹² de ifade edildiği üzere, sözleşmenin kurulduğu tarih itibariyle şekle uygulanması gereken hukukun şekle aykırılığa bağladığı sonuçların dikkate alınması gerektiği, bu hukukun şekle aykırılık bakımından öngördüğü yaptırıma göre farklı bir sonuca ulaşılabilen kanaatindeyiz.

Sözleşmenin kurulduğu tarih itibariyle şekle uygulanması gereken hukukta şekle aykırılık halinde kesin hükümsüzlük ya da yokluk yaptırımını öngörülmesi halinde, sonradan seçilen hukukun sözleşmeyi geçerli hale getiremeyeceği konusunda tereddüt duyulmamalıdır. Buna karşılık, sözleşmenin kurulduğu tarih itibariyle şekle uygulanması gereken hukukta düzelebilir bir geçersizlik hali yani "iptal edilebilirlik" yaptırımını öngörülüyorsa, sözleşmeyi şeklen geçerli kılacak bir hukukun esasa uygulanmak üzere taraflarca sonradan seçilmesi durumunda işlem henüz tamamlanmamış olduğundan, işlem yeni statüye tabi olacak ve geçerli sayılacaktır.

dd. Hukuk Seçiminin Şekli

Hukuk seçimi, tarafların aralarındaki asıl sözleşmeden bağımsız bir sözleşmedir; hukuk seçimi, genellikle asıl sözleşmenin bir hükmü olarak yer alsa dahi, asıl sözleşme ile

⁶¹¹ ÖZDEMİR KOCASAKAL, MÖHUK m. 24, s. 32.

⁶¹² ÖZDEMİR KOCASAKAL, MÖHUK m. 24, s. 32.

hukuk seçimi sözleşmesi, geçerlilik bakımından birbirinden bağımsızdır⁶¹³. Dolayısıyla, asıl sözleşmenin geçersizliği, hukuk seçiminin de geçersizliği sonucunu doğurmayacaktır. Asıl sözleşme ile hukuk seçimi sözleşmesinin bağımsızlığının bir sonucu olarak, asıl sözleşme, seçilen hukuka göre geçersiz olsa dahi, mevcut hukuk seçimi varlığını sürdürecektir⁶¹⁴. O halde, hukuk seçimi sözleşmesinin şekli ile asıl sözleşmenin şekli, birbirinden bağımsız olarak değerlendirilmelidir⁶¹⁵.

Hukuk seçiminin ne şekilde yapılması gerektiği ya da şekle tabi olup olmadığı hususunda, Türk hukukunda, MÖHUK'ta maddi bir hukuk kuralı öngörülmemiştir. Hukuk seçiminin şekli geçerliliği hakkında, doktrinde, hukuki işlemlerin şekli geçerliliğine uygulanacak hukuk konusunda genel kanunlar ihtilafı kuralı olan MÖHUK m. 7 hükmünün uygulanması gerektiği kabul edilmektedir⁶¹⁶. O halde, hukuk seçimi sözleşmesinin şekli, bu sözleşmenin yapıldığı yer hukukunun ya da bu sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun şekil kurallarına uygun olarak yapılabilecektir. Hukuk seçimi sözleşmesinin yapıldığı yer konusunda, LRA kuralının iki taraflı hukuki işlemler bakımından uygulanmasına ilişkin esaslar geçerli olacaktır⁶¹⁷. Hukuk seçimi sözleşmesinin esasına uygulanacak hukuk meselesi ise doktrinde tartışmalıdır.

Karşılaştırmalı hukukta, Roma I Tüzüğü m. 3/5 hükmünde, hukuk seçimi sözleşmesinin varlığı ve geçerliliğinin, Tüzük'ün maddi geçerlilik (m. 10), şekil (m.11) ve ehliyet (m. 13) ile ilgili hükümlerine tabi olacağı düzenlenmektedir. Tüzük m. 10 hükmünün uygulanması sonucu, hukuk seçimi sözleşmesinin maddi geçerliliği ile hükümleri aynı hukuka tabi kılınmış olmaktadır. Buna göre, tarafların asıl sözleşmeye uygulanmak üzere seçtikleri

⁶¹³ TİRYAKİOĞLU, s. 214; DOĞAN, s. 414; DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 169; NOMER, s. 321; DEMİR GÖKYAYLA, Tek Satıcılık Sözleşmesi, s. 294; ALİBABA, s. 68; GÜVERCİN ŞAHAN, Ayşe, "5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Çerçevesinde Franchise Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Tayini", MHB, Yıl: 2018, Cilt: 38, Sayı: 2, s. 458.

⁶¹⁴ DOĞAN, s. 414; DEMİR GÖKYAYLA, Tek Satıcılık Sözleşmesi, s. 294.

⁶¹⁵ RAGNO, Francesca, Rome I Regulation Pocket Commentary, Edited by Franco Ferrari, 2015, s. 83; NOMER, s. 325; DOĞAN, Teminat Mektupları, s.169; DOĞAN, s. 415; DEMİR GÖKYAYLA, Tek Satıcılık Sözleşmesi, s. 347; TARMAN, Hukuk Seçimi, s. 150; ALİBABA, s. 68; GÜVERCİN ŞAHAN, s. 459; BAYATA CANYAŞ, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, s. 86.

⁶¹⁶ NOMER, s. 325; DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 169; TARMAN, Hukuk Seçimi, s. 150; DEMİR GÖKYAYLA, Tek Satıcılık Sözleşmesi, s. 347; ELÇİN, s. 59; ALİBABA, s. 67; GÜVERCİN ŞAHAN, s. 460; BAYATA CANYAŞ, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, s. 87.

Benzer bir görüş, İsviçre doktrininde de ileri sürülmektedir. İsviçre hukukunda sözleşmelerin şekline uygulanacak hukuku belirleyen İsv. MÖHK m. 124 hükmünde birbirine alternatif olarak yetkilendirilen hukukların, hukuk seçiminin varlığı halinde, hukuk seçimi sözleşmesinin şekline de uygulanacağı ifade edilmektedir (bkz. DUTOIT, Commentaire, s. 561).

⁶¹⁷ Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. İkinci Bölüm/ III/ C/ 2.

hukuk, hukuk seçiminin maddi geçerliliği hakkında da karar verecektir⁶¹⁸. İsviçre hukukunda da, hukuk seçiminin geçerliliği hakkında hangi hukukun yetkili olacağı, İsviçre MÖHK m. 116/2 hükmünde açıkça belirtilmiştir. Buna göre, hukuk seçimi, sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukuka tabi olacaktır.

Yukarıda yer vermiş olduğumuz karşılaştırmalı hukuk örneklerinden farklı olarak, Türk hukukunda hukuk seçimine uygulanacak hukuk ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde, konuya ilişkin olarak üç farklı görüş ileri sürülmüştür. Görüşlerden ilki⁶¹⁹ uyarınca, hukuk seçimi sözleşmesi, tarafların aralarındaki asıl sözleşmeye uygulanmak üzere seçtikleri hukuka tabidir. Hukuk seçimi sözleşmesinin *lex fori*'ye tabi tutulması mümkün değildir, zira hukuk seçimi anlaşması yapıldığı anda hangi hukukun *lex fori* olarak bu anlaşmaya hâkim olacağı önceden bilenemez⁶²⁰.

Doktrindeki görüşlerden bir diğerine⁶²¹ göre, sözleşmeye uygulanacak hukukun hukuk seçimine uygulanması, bazı durumlarda kısır bir döngü yaratabileceği için, hukuk seçimi, sınır aşan (*transnational*)⁶²² hukuk düzenine tabi kılınmalıdır. Ancak, hukuk seçiminin sınır aşan hukuka tabi olması, özellikle irade sakatlıkları ile ilgili kuralların net olarak tespitini imkansızlaştıracağı için, bu belirsizliği gidermek adına, hukuk seçimi sözleşmesine uygulanacak hukukun, asıl sözleşmeye uygulanacak hukuktan bağımsız olarak, kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenmesi gerekmektedir. Buna göre, taraflar hukuk seçimi anlaşmasına uygulanmak üzere bir hukuk seçimi yapmışlarsa seçilen hukuk (uygulamada bununla karşılaşılmaması güçtür), yapmamışlarsa, hukuk seçimi ile en sıkı ilişkili hukuk uygulanacaktır⁶²³.

⁶¹⁸ CHESHIRE, NORTH & FAWCETT, s. 756; LAGARDE, Paul, "Le Nouveau Droit International Prive des Contrats Apres L'entrée En Vigueur de la Convention de Rome du 19 Juin 1980", Rev. Crit. DIP 1991, s. 305-306; MANDERY, Maya, Party Autonomy in Contractual and Non-Contractual Obligations, Köln 2014, s. 35-37; DEMİRKOL, s. 81.

⁶¹⁹ ULUOCAK, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 186-187; NOMER, s. 325; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 271; TİRYAKIOĞLU, s. 27; GÜNGÖR, Gülin, Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, Ankara 2000, s. 104; TEKİNALP/ UYANIK, s. 276-277; TARMAN, Hukuk Seçimi, s. 150; DEMİR GÖKYAYLA, Tek Satıcılık Sözleşmesi, s. 295; BAYATA CANYAŞ, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, s. 82.

⁶²⁰ NOMER, s. 325.

⁶²¹ DEMİRKOL, s. 85-86.

⁶²² Bu görüşe göre, *transnational* hukuk kavramı, milli olmayan hukuk veya tacirlerin uyguladığı ve tacirin hukuku haline gelmiş (*lex mercatoria*) bir hukuk düzenini ifade etmek için kullanılmamalıdır; bu kavram, sınır aşan bir işlem veya eyleme uygulanacak hukuk da dahil olmak üzere, her çeşit hukuk normunu barındıran bir hukuk düzenini ifade etmektedir (bkz. DEMİRKOL, s. 86, dn. 289).

⁶²³ DEMİRKOL, s. 87. Bu görüşe göre, örneğin, Malezyalı bir satıcı ile Türk alıcı arasında, Malezya'da alıcıya teslim edilecek bir makinenin satımına ilişkin bir sözleşme için Türkiye'de müzakereler yapılması ve tarafların satım sözleşmesini Türkiye'de imzalayarak Türk mahkemelerini yetkili görmeleri ihtimalinde, satım sözleşmesi ile en sıkı ilişkili hukuk, karakteristik edim borçlusunun işyeri olarak Malezya hukuku olmasına karşın, bu sözleşmenin tabi olacağı hukuku tayin edecek olan hukuk seçiminin en sıkı ilişkili

Konuya ilişkin olarak doktrindeki son görüş⁶²⁴ ise, hukuk seçimi sözleşmesinin *lex fori* olarak Türk hukukuna tabi tutulması gerektiğini savunmaktadır. Zira Türk hukukunun tanıdığı imkân çerçevesinde hukuk seçimi yapılabilmektedir; dolayısıyla, hukuk seçiminin geçerliliği ve sınırlarının bu imkânı tanıyan hukukun maddi kuralları çerçevesinde belirlenmesi olağandır⁶²⁵.

Doktrindeki görüşleri incelediğimizde, ilk iki görüşün, farklı sonuçlara ulaşmakla birlikte, çıkış noktalarının aynı olduğunu görmekteyiz. Her iki görüş de hukuk seçimi sözleşmesinin esasına uygulanacak hukuku belirlerken, MÖHUK'un sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku düzenleyen 24. maddesinden hareket etmektedir. İlk görüş, hukuk seçimini, asıl sözleşmenin bir parçası olarak bu sözleşmeye uygulanacak hukuka tabi kılarken, ikinci görüş, hukuk seçiminin bağımsız bir sözleşme olmasından hareketle, bu sözleşmenin MÖHUK m. 24 çerçevesinde kendi statüsüne tabi olacağını savunmaktadır. Ancak, kanaatimice, hukuk seçiminin esasına uygulanacak hukuk belirlenirken, MÖHUK m. 24 hükmüne dayanılması mümkün değildir. Zira MÖHUK m. 24, maddenin kenar başlığında belirtildiği ve madde içeriğinde vurgulandığı üzere, "sözleşmeden doğan borç ilişkilerine" uygulanacak hukuku düzenlemektedir. Geçerli bir hukuk seçiminden bahsedebilmemiz için tarafların bu konuda karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanlarına ihtiyaç olmakla birlikte, hukuk seçimi sözleşmesi, taraflar arasında bir borç ilişkisi meydana getirmemektedir.

Hukuk seçimi sözleşmesinin taraflarca yerine getirilmemesi, tarafların iddia ya da savunmalarını seçilen hukuka göre yapmamaları anlamını taşır. Bu durumda, hukuk seçimi sözleşmesini göz ardı eden tarafa bir yaptırım uygulanması söz konusu değildir. Hukuk seçiminin geçerli olmasının tek sonucu, hâkimin bu hukukun kurallarına göre hüküm tesis edecek olmasıdır. Sonuç olarak, hukuk seçimi taraflara borç yükleyen bir sözleşme teşkil etmediğinden, bu sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun MÖHUK m. 24 hükmünden yola çıkarak tespiti mümkün değildir. Bu nedenle, kanaatimizce, Türk mahkemeleri önünde görülen bir davada, hukuk seçimi sözleşmesinin, *lex fori* olarak Türk hukukuna tabi olması gerekir. Doktrinde⁶²⁶ de ifade edildiği üzere, hukuk seçimi imkanının mahkemenin hukukundan kaynaklandığı göz önünde bulundurulduğunda, bu seçime ilişkin geçerlilik koşullarının da mahkemenin hukukuna göre belirlenmesinin olağan olduğu kanaatindeyiz.

olacağı hukuk Türk hukuku olacaktır; zira taraflardan biri Türk vatandaşıdır, sözleşme müzakereleri Türkiye'de cereyan etmiştir ve sözleşme burada imzalanmıştır, ayrıca, sözleşme, Türk mahkemeleri önünde ileri sürülecektir (bkz. DEMİRKOL, s. 88).

⁶²⁴ AKINCI, Ziya, Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, İzmir 1996, s. 75; GÜVERCİN ŞAHAN, s. 459. Belçika hukukunda aynı yönde bkz. RIGAUX/ FALLON, s. 801.

⁶²⁵ AKINCI, İnşaat Sözleşmeleri, s. 75; GÜVERCİN ŞAHAN, s. 459.

⁶²⁶ AKINCI, İnşaat Sözleşmeleri, s. 75; GÜVERCİN ŞAHAN, s. 459.

Sonuç olarak, MÖHUK m. 7 çerçevesinde, hukuk seçimi sözleşmesinin şekli konusunda, hukuk seçiminin yapıldığı yer hukukunun yanı sıra bu sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk olarak Türk hukuku yetkili olacağından, asıl sözleşmenin geçerliliği şekil şartına tabi olsa dahi, hukuk seçimi sözleşmesi, herhangi bir şekil şartına bağlı olmaksızın yapılabilecektir⁶²⁷. Zira MÖHUK m. 24/2 hükmünde, hukuk seçiminin şekline ilişkin bir maddi hukuk kuralı öngörülmemiştir. Türk Borçlar Kanunu m. 12/1 gereği ise, aksi kanunda öngörülmedikçe, sözleşmelerin geçerliliği herhangi bir şekle tabi değildir. Bu çerçevede, hukuk seçimi sözleşmesinin sözlü olarak dahi yapılması mümkündür. Ancak, bu durumda, ispat problemleriyle karşılaşılması olasıdır⁶²⁸. Bununla birlikte, doktrinde, sözlü olarak yapılan bir hukuk seçimi sözleşmesine pek rastlanmayacağı ifade edilmektedir⁶²⁹.

b. Objektif Bağlama Kuralı

Türk hukukunda, sözleşmelere uygulanacak hukuk konusunda genel hüküm, MÖHUK m. 24'te düzenlenmektedir. Söz konusu düzenleme gereği, sözleşmeden doğan borç ilişkileri taraflarca kararlaştırılan hukuka tabi olacaktır; taraflarca bir hukuk seçimi yapılmamış olması halinde, sözleşmeden doğan ilişkiye, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk uygulanacaktır. MÖHUK m. 24/4 hükmünde, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun hangisi olduğuna dair bir karineye yer verilerek, bu hukukun, karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin kuruluşu esnasındaki mutad meskeni hukuku, ticari ya da mesleki faaliyet gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri yoksa yerleşim yeri hukuku, birden çok işyerinin olması halinde ise, sözleşmeyle en sıkı ilişkili işyeri hukuku olduğu belirtilmiştir; ancak halin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde bu hukukun uygulanacağı öngörülme suretiyle bir istisna hükmüne yer verilmiştir. MÖHUK m. 24 hükmüne tabi sözleşmeler, MÖHUK m. 7 gereği, sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun şekil kurallarına uygun olarak yapılabileceklerdir. O halde, taraflarca sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun seçilmemiş olduğu hallerde, MÖHUK m. 24/4 hükmünde belirtilen hukukun şekil kurallarına uygun olarak yapılmış bir sözleşme, şeklen geçerli bir sözleşme olarak kabul edilecektir.

MÖHUK'ta sözleşmelere uygulanacak hukuku düzenleyen genel hükmün (MÖHUK m. 24) yanı sıra, özel sözleşme tipleri için özel kanunlar ihtilafı kuralları öngörülmektedir. İş sözleşmeleri bakımından MÖHUK m. 27'de, fikri haklara ilişkin sözleşmeler bakımından

⁶²⁷ NOMER, s. 325; DEMİR GÖKYAYLA, Tek Satıcılık Sözleşmesi, s. 348.

⁶²⁸ DEMİR GÖKYAYLA, Tek Satıcılık Sözleşmesi, s. 348.

⁶²⁹ NOMER, s. 325.

MÖHUK m. 28’de, eşya taşıma sözleşmeleri bakımından MÖHUK m. 29’da, uygulanacak hukuk, hem sübjektif hem de objektif bağlama kurallarına yer verilmek suretiyle düzenlenmektedir. Diğer bir ifadeyle, bu sözleşmeler bakımından da, MÖHUK m. 24 hükmünde olduğu gibi, hukuk seçimi imkanına yer verilmekte, hukuk seçiminin mevcut olmadığı hallerde, objektif bağlama kuralı uyarınca yetkili hukuk tespit edilmektedir. MÖHUK m. 7 gereği sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun şekil konusunda da yetkili olmasının sonucu olarak, söz konusu düzenlemelerde belirtilen hukukların şekil kurallarına uygun olarak yapılan ilgili sözleşmeler, şekil bakımından geçerli kabul edileceklerdir. Tüketici sözleşmeleri ve taşınmazlara ilişkin sözleşmelerin şekli konusunda ise, MÖHUK’ta özel kanunlar ihtilafı kurallarına yer verildiğinden, MÖHUK m. 7 uygulama alanı bulmayacaktır⁶³⁰. MÖHUK m. 24, 27, 28, 29 hükümlerinde yer alan objektif kriterlere göre uygulanacak hukukun tespiti, MÖHUK m. 7 çerçevesinde, sözleşmenin şekli konusunda, sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun da yetkili olması bakımından bir özellik arz etmemektedir. Bu nedenle, çalışmamızda, söz konusu hükümlerde yer alan kanunlar ihtilafı kuralları ayrıca inceleme konusu yapılmayacaktır.

2. Temsil

a. Genel Olarak

Temsil ilişkisinde kural olarak, iki hukuki işlem mevcuttur. Bunlar, temsil olunan ile temsilci arasındaki yetkilendirmeye ilişkin işlem ve temsilcinin üçüncü kişi ile gerçekleştirdiği işlemdir⁶³¹. Temsil olunan ile temsilci arasındaki sözleşme doktrinde iç ilişki ya da temel ilişki olarak adlandırılırken, temsilciye verilen yetki nedeniyle taraflar arasında oluşan ilişkiye ise temsil ilişkisi denilmektedir⁶³². Temsil ilişkisinde şekle uygulanacak hukuk ile kastedilen, temsil yetkisi verilmesine ilişkin işlemin şeklidir. Temsilci ile üçüncü kişi arasında akdedilen sözleşmenin (esas sözleşme) şekli ise, bu sözleşmenin kendi statüsüne tabi olacaktır⁶³³. Diğer bir ifadeyle, esas sözleşmenin şekli geçerliliği sorgulandığında, MÖHUK m. 7’nin uygulandığı hallerde, işlem yeri hukukunun yanı sıra yetkili olacak olan esasa

⁶³⁰ Tüketici sözleşmelerinin şekline uygulanacak hukuk için bkz. Üçüncü Bölüm/ I/ B/ 2. Taşınmazlara ilişkin sözleşmelerin şekline uygulanacak hukuk için bkz. Üçüncü Bölüm/ I/ B/ 1.

⁶³¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 627; HUYSAL, Burak, Milletlerarası Özel Hukukta Temsile Uygulanacak Hukuk (Mukayeseli Maddi Hukuk ve Kanunlar İhtilafı Kurallarıyla Birlikte), İstanbul 2015, s. 67.

⁶³² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 631; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 173; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 212; EREN, s. 455-456; İNCEOĞLU, s. 26; TEKİNALP/ UYANIK, s. 105; UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer, “Türk Milletlerarası Özel Hukukunda İradi Temsil”, BATİDER, Cilt: 28, Sayı: 1, Mart 2012, s. 74; HUYSAL, Temsil, s. 30.

⁶³³ HUYSAL, Temsil, s. 232.

uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 30 hükmüne göre değil, bu sözleşme için öngörölmüş ilgili kanunlar ihtilafı kuralına göre belirlenecektir. Temsil ilişkisi içindeki ikili yapı dolayısıyla, temsil yetkisinin (temel ilişki) şekli ile esas sözleşmenin şeklinin birbirleriyle bağlantılı olup olmadığı ise ayrıca incelenmesi gereken bir husustur. Aşağıda bu konu ayrıca ele alınacaktır⁶³⁴.

Temsil yetkisi verilmesi işleminin şekline uygulanacak hukuk, temsil olunan tarafından yapılan bir yetkilendirmenin şekle tabi olup olmadığı, şekle tabi ise şekle aykırılığın sonuçlarının neler olduğu gibi konularda yetkilidir⁶³⁵. Buna karşılık, bir konunun temsilci vasıtasıyla yapılıp yapılamayacağı meselesi, Türk hukukunda, şekil değil esasa ilişkin olarak kabul edildiğinden, temsilci aracılığıyla yapılmak istenen işlemin esasına uygulanacak hukuka tabidir⁶³⁶. Ancak, temsilcinin beyanının yapıma biçimi şekil konusuna dahil olduğundan, bu konuda şekle uygulanacak hukuk yetkilidir⁶³⁷.

Türk hukukunda, TBK m. 12 uyarınca aksine bir hüküm bulunmadıkça hukuki işlemlerin geçerliliği herhangi bir şekil şartına bağlı kılınmadığından, yetkilendirme işleminin de bir şekle bağlı olmadığı kabul edilmektedir⁶³⁸. Yetkilendirme işleminin, temsilci ile üçüncü kişi arasındaki sözleşme için aranan şekil şartından bağımsız olarak değerlendirilmesinin yerinde olduğu; zira temsil ilişkisinde soyutluk ilkesi⁶³⁹ gereğince, temel ilişkinin geçersizliğinin kural olarak temsil yetkisinin geçerliliğine etki etmeyeceği ifade edilmektedir⁶⁴⁰. Kanunda öngörölen şekil şartının, kişinin yaptığı işlemin sonuçlarını öngörebilmesi ve kişiyi tekrar düşünmeye sevk etmesi gibi koruyucu bir amaca hizmet ettiği bazı hallerde, esas sözleşmeye ilişkin yetkilendirme işleminin de bu şekle tabi olduğu kabul edilmektedir. Türk hukukunda, bu konuya örnek olarak Türk Borçlar Kanunu m. 583/2 hükmü gösterilebilir. Söz konusu hüküm uyarınca, temsilciye kendi adına kefil olma

⁶³⁴ Bkz. İkinci Bölüm/ IV/ B/ 2/ c.

⁶³⁵ HUYSAL, Temsil, s. 72.

⁶³⁶ ÇELİKEL/ ERDEM, s. 190; HUYSAL, Temsil, s. 72.

⁶³⁷ ÇELİKEL/ ERDEM, s. 190; HUYSAL, Temsil, s. 72.

⁶³⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 667; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 173; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 224; EREN, s. 457; İNCEOĞLU, s. 139; HUYSAL, Temsil, s. 68. Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, çoğu hukuk sisteminde temsil yetkisi verilmesi için özel bir şekil şartı aranmadığı görölmektedir. Örneğin, İngiliz ve Alman hukuklarında, temsil yetkisi bir şekil şartına uyulmaksızın verilebilmekte; temsilcinin yapacağı esas sözleşme bir şekil şartına tabi kılınmış olsa dahi yetkilendirme herhangi bir şekle bağlı olmadan yapılabilmektedir (bkz. HUYSAL, Temsil, s. 68).

⁶³⁹ Soyutluk ilkesi ile ilgili ayrıntılı açıklama için bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 647-653; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 174-176; EREN, s. 459-461; İNCEOĞLU, s. 26 vd.; UYANIK ÇAVUŞOĞLU, İradi Temsil, s. 79-81; HUYSAL, Temsil, s. 30 vd.

⁶⁴⁰ HUYSAL, Temsil, s. 68.

konusunda özel yetki verilmesi, kefalet sözleşmesi için öngörülen şekil koşullarına bağlı olacaktır.

Türk kanunlar ihtilafı hukukunda, temsile uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK m. 30 hükmünde, şekil konusunda özel bir düzenleme yer almamaktadır. Doktrinde, yetkilendirme işleminin şeklinin temsil statüsüne dahil olmadığı; şekle ilişkin genel hükümler çerçevesinde incelenmesi gerektiği kabul edilmektedir⁶⁴¹. O halde, temsilcinin yetkilendirilmesi işleminin şekli, MÖHUK m. 7 hükmüne tabi olacaktır. Buna göre, temsil yetkisinin verildiği yer hukukunun (*LRA*)⁶⁴² ya da temsil ilişkisinin (temsilci ile temsil olunan arasındaki ilişki) esasına uygulanacak hukukun (*lex causae*) şekil kurallarına uygun olarak yapılan bir yetkilendirme işlemi şeklen geçerli kabul edilecektir. Görüldüğü üzere, temsil yetkisi verilmesi işleminin şekline uygulanacak hukuk konusunda, *LRA* ve *lex causae* birbirlerine alternatif olacak şekilde yetkili olacaktır. Temsil yetkisi verilmesi işlemi bakımından *lex causae*'nin hangi kanunlar ihtilafı kuralı esas alınarak belirleneceği hususu, bir alt başlıkta incelenecektir.

b. Temsil Yetkisi Verilmesinde *Lex Causae* Kuralı

Temsil yetkisi verilmesi işlemi bakımından işlemin esasına uygulanacak hukukun (*lex causae*) ne olduğu tartışmalıdır. Konuya ilişkin olarak üç görüş bulunmaktadır. Bunlar, yetkilendirme işleminde *lex causae* olarak esas sözleşmeye uygulanacak hukukun esas alınmasını savunan görüş, *lex causae* olarak temsil olunan ile temsilci arasındaki sözleşmeyi

⁶⁴¹ TEKİNALP, Temsil, s. 93; UYANIK ÇAVUŞOĞLU, İradî Temsil, s. 101; GÜNER, s. 103; HUYSAL, Temsil, s. 71; DOĞANGÜN, s. 123.

⁶⁴² Türk ve İsviçre hukuklarında temsil yetkisi, temsil olunanın tek taraflı ve varması gerekli bir irade beyanı ile oluşurken (bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU/ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 635; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 172; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 221; EREN, s. 454; HUYSAL, Temsil, s. 73), Fransa, İtalya, İngiltere ve Amerika gibi pek çok ülke hukukunda temsilci ile temsil olunanın karşılıklı ve birbirleriyle uyuşan irade beyanlarıyla kurulabilmektedir (bkz. HUYSAL, Temsil, s. 73-74). Temsil yetkisi verilmesinin şekli konusunda *LRA* kuralı uygulanırken, temsil yetkisinin verildiği yerin tespitinde, hukuk sistemleri arasındaki bu fark önem teşkil etmektedir. Zira yetkilendirme işleminin yapıldığı yer, bu işlemin tek taraflı olarak ya da karşılıklı irade beyanıyla kurulmasına göre değişecektir. O halde, öncelikle, temsil iç ilişkisini yöneten hukuk uyarınca, temsil yetkisinin tek taraflı mı yoksa sözleşmeyle mi verileceğinin tespiti gerekmektedir (bkz. HUYSAL, Temsil, s. 74).

Türk hukukunda, tek taraflı hukuki işlemlerde, iradenin açıklandığı yer işlem yeri olarak kabul edilmektedir (Tek taraflı hukuki işlemlerde *LRA* kuralının uygulanmasına ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. İkinci Bölüm/ III/ C/ 1). Türk hukuku gibi temsil yetkisinin tek taraflı irade beyanı ile verilebildiği hukuk sistemlerinde, temsil yetkisi verilmesi işleminin yapıldığı yer, temsil olunanın yetkilendirme iradesini açıkladığı yerdir (bkz. TEKİNALP, Temsil, s. 96; HUYSAL, Temsil, s. 74; GÜNER, s. 102). Fransız hukuku gibi temsil yetkisinin sözleşmeye dayalı olarak ya da Anglo-Amerikan hukuku gibi temsilcinin kabulüne bağlı olarak verildiği hukuk sistemlerinde, yetkilendirme işleminin yapıldığı yer, işlemin aynı ülkede bulunan ya da farklı ülkelerde bulunan kişiler arasında yapılmış olmasına göre farklılık gösterecektir. Bu konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm/ III/ C/ 2.

ya da ilişkiyi (temel sözleşme) (MÖHUK m. 30/1) esas alan görüş ve *lex causae* olarak dış temsil statüsünü (MÖHUK m. 30/2) esas alan görüştür⁶⁴³.

Bizim de katıldığımız görüş⁶⁴⁴ uyarınca, temsil olunan ile temsilci arasında bir sözleşmenin var olması durumunda, yani temsil yetkisinin bir sözleşme ile verilmiş olması halinde, yetkilendirme işleminin esasına uygulanacak hukuk, temsilci ile temsil olunan arasındaki sözleşmeye (temel sözleşme) uygulanacak hukuktur; şekle uygulanacak hukuku belirleyen MÖHUK m. 7 çerçevesinde başka bir *lex causae* aramak, iç temsilin yapısına ve kanunlar ihtilafı sistemimizdeki sözleşmelerin şekline ilişkin genel yaklaşıma aykırı olacaktır. Gerçekten, temsil ilişkisinin ikili yapısı (iç ilişki ve dış ilişki) dolayısıyla, temsil yetkisi verilmesi işleminin esasına uygulanacak hukuk belirlenirken, iç ilişkinin yani temsilci ile temsil olunan arasındaki ilişkinin esas alınması ve bu ilişkiye uygulanacak hukukun tespiti gerekir. Türk hukukunda, temsil iç ilişkisine uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 30/1’de düzenlenmektedir. Söz konusu hüküm uyarınca, temsilci ile temsil olunan arasındaki hukuki ilişkiden doğan temsil yetkisi, aralarındaki sözleşmeden doğan ilişkiye uygulanacak hukuka tabi olacaktır⁶⁴⁵. MÖHUK m. 30/1’de temsil iç ilişkisinin temsil olunan ile temsilci arasındaki sözleşmeden doğan hukuki ilişkiye bağlanması, başta Türk hukuku olmak üzere pek çok hukuk sisteminde temsil yetkisinin soyutluğu ilkesinin benimsenmesi ve böylece temsil ilişkisinin bir temel sözleşmeye dayandırılmasının zorunlu olmaması nedeniyle doktrinde eleştirilmektedir⁶⁴⁶.

Temsil yetkisi verilmesi işleminin esasına uygulanacak hukuk belirlenirken, MÖHUK m. 30/1 hükmünün esas alınması, temsil yetkisinin temel bir sözleşmeye dayanmadığı, diğer bir ifadeyle temsil olunanın tek taraflı irade beyanıyla temsil yetkisi verdiği hallerde, MÖHUK m. 30/1’de yer alan “sözleşmeden doğan ilişkiye uygulanacak hukuk” bağlama noktası dolayısıyla, uygulanacak hukukun tespit edilememesine neden olacaktır. Bu noktada, doktrinde, temsil olunan ile temsilci arasında bir temel sözleşme bulunmadığı durumlarda,

⁶⁴³ Görüşler için bkz. TEKİNALP, Temsil, s. 95-96; UYANIK ÇAVUŞOĞLU, İradi Temsil, s. 101; HUYSAL, Temsil, s. 76.

⁶⁴⁴ HUYSAL, Temsil, s. 77-78. Aynı yönde bkz. UYANIK ÇAVUŞOĞLU, İradi Temsil, s. 101; GÜNER, s. 102.

⁶⁴⁵ MÖHUK m. 30/1’de her ne kadar bağlama konusu, temsil olunan ile temsilci arasındaki ilişkiden doğan “temsil yetkisi” olarak ifade edilmiş olsa da, doktrinde çoğunlukla kabul edildiği üzere, söz konusu hüküm, sadece temsil yetkisini değil, temsilci ile temsil olunan arasındaki tüm ilişkiyi kapsayacak şekilde temsil iç ilişkisini düzenlemektedir (bkz. TEKİNALP/ UYANIK, s. 108; DOĞAN, s. 440; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 256; UYANIK ÇAVUŞOĞLU, İradi Temsil, s. 82; HUYSAL, Temsil, s. 121).

⁶⁴⁶ HUYSAL, Temsil, s. 141-143.

esasa uygulanacak hukukun MÖHUK m. 30/2,3 çerçevesinde belirlenmesi gerektiği savunulmaktadır⁶⁴⁷.

Temsil yetkisinin bir temel sözleşme ilişkisinden bağımsız olarak verildiği hallerde, kanaatimizce de bu ilişkinin esasına uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 30/2 ve MÖHUK m. 30/3 hükümleri uyarınca belirlenecek ve bu hukukta temsil yetkisi verilmesi için herhangi bir şekil şartı aranmıyorsa, temsil olunan dilediği şekilde temsil yetkisi verebilecektir. Bununla birlikte, doktrinde⁶⁴⁸ de ifade edildiği üzere, uygulamada karşılaşılabilecek şekli geçersizlik iddialarının engellenmesi amacıyla, tedbirli davranarak temsil iç ilişkiye uygulanacak hukukun yanı sıra esas sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk ile işlem yeri hukukunu da göz önünde bulundurmak ve bu hukuklardan birinde yetkilendirme için özel bir şekil şartı aranıyorsa, söz konusu şekil şartına uygun bir yetkilendirme yapmak, faydalı olacaktır.

c. Temsil Yetkisi Verilmesi İşleminin Şekli ile Esas Sözleşmesinin Şekli Arasındaki Bağlantı

Temsil ilişkisinde, esas sözleşmenin taraflarından birinin korunması, acele karar vermesinin engellenmesi amacıyla bu sözleşme için öngörülmüş bir şekil kuralının, bazı durumlarda, söz konusu amacın gerçekleşebilmesi için, temsil yetkisi verilmesi işlemi bakımından da uygulanması gerekmektedir. Örneğin, kefalet sözleşmelerinde, tek taraflı olarak borç altına giren kefilin korunması için öngörülen nitelikli yazılı şekil şartı, kefalet sözleşmesi akdedilmesi için verilecek bir temsil yetkisi bakımından da uygulanacaktır (TBK m. 583/2). Esas sözleşmenin şekli ile temsil yetkisi verilmesi işleminin şekli arasındaki yakın ilişki, yabancı unsurlu temsil ilişkilerinde, esas sözleşmenin şekline uygulanacak hukukta yetkilendirme işlemi için özel bir şekil şartının öngörüldüğü hallerde, yetkilendirme işleminin şeklinin esas sözleşmenin şekline uygulanacak hukuka tabi olması gerekliliğini gündeme getirmektedir⁶⁴⁹.

⁶⁴⁷ TEKİNALP/ UYANIK, s. 108. Doktrinde, MÖHUK m. 30/1 hükmünün uygulanmasından doğabilecek sorunların giderilebilmesi için temsil iç ilişkisine uygulanacak hukukun, bağımsız bir objektif bağlama kuralıyla düzenlenmesi gerektiği ifade edilmektedir (bkz. HUYSAL, Temsil, s. 150). Söz konusu görüşün temsil iç ilişkisine uygulanacak hukuka dair bağlama kuralına ilişkin önerisi için bkz. HUYSAL, Temsil, s. 151-152.

⁶⁴⁸ HUYSAL, Temsil, s. 79.

⁶⁴⁹ Karşılaştırmalı hukukta, vekalet sözleşmesinin asıl sözleşme ile yakın bağlantısı nedeniyle, vekalet sözleşmesinin şekline, vekalet sözleşmesinin akdedildiği yer hukukunun ya da esasına uygulanacak hukukun mu yoksa asıl sözleşmenin şeklini yöneten hukukun mu uygulanması gerektiği hususu tartışmalıdır. Fransız maddi hukukunda, vekalet sözleşmesinin şeklinin asıl sözleşmenin şekline tabi olacağı kabul edilmektedir (bkz. LEGIER, Gérard, "Actes Juridiques, Forme, Domaine de la Loi Applicable A La Forme", JurisClasseur, 2007, Fascicule 551-20, s. 9). Özellikle, resmi şekil zorunluluğu öngörülen hallerde çoğunlukla, tarafların acele kararlar vermeleri engellenmek istenmekte; bu hallerde, yazılı şekilde düzenlenmiş bir vekaletnameye dayanılarak işlem yapılması, bu amaca aykırılık teşkil etmektedir. Aynı durum, yabancı unsurlu sözleşme ilişkilerinde de gündeme gelmektedir. Doktrinde, asıl sözleşmenin şekline

Temsil yetkisi verilmesi işleminin şeklinin esas sözleşme için öngörülen şekle tabi olması gerekip gerekmediği meselesi, özellikle taşınmazlar üzerindeki işlemler için yapılan yetkilendirmelerde karşımıza çıkmaktadır. Taşınmazların aynına ilişkin işlemlerin hukuk sistemlerinde arz ettiği önem nedeniyle, bu işlemlerin temsilci aracılığıyla yapıldığı hallerde, yetkilendirme işleminin özel bir şekle tabi olup olmayacağı sorusu gündeme gelmektedir⁶⁵⁰. Konu Türk maddi hukukunda tartışmalıdır.

Türk hukukunda, vekalet sözleşmeleri bakımından şekil serbestisi söz konusu olmakla birlikte, uygulamada, taşınmaz mülkiyetinin devrini konu alan sözleşmelerin gerçekleştirilmesi amacıyla yapılan vekalet sözleşmelerinin resmi şekilde (noterde re'sen düzenleme şeklinde) düzenlendikleri görülmektedir⁶⁵¹. Bu durumun çıkış noktası Noterlik Kanunu m. 89 hükmüdür. Söz konusu hüküm gereği, niteliği bakımından tapuda işlem yapılmasını gerektiren sözleşme ve vekaletnamelerin düzenleme şeklinde yapılması gerekmektedir. Uygulamada, bu hükümden hareketle, re'sen düzenleme şeklinde yapılmayan vekalet sözleşmeleri, tapu sicil müdürlükleri tarafından reddedilmekte ve bu sözleşmelere dayanılarak tapuda işlem yapılamamaktadır⁶⁵². Tapu uygulaması bu yönde olmakla beraber, doktrinde, tapuda, resmi şekilde düzenlenmemiş bir vekalet sözleşmesine dayanılarak işlem yapılmasına izin verilmesi ve vekalet verenin maliki olduğu bir taşınmazı üçüncü bir kişiye satışına ilişkin bir satış sözleşmesi düzenlenmesi halinde bu satış sözleşmesinin geçerli olup olmayacağı hususu tartışılmıştır.

Doktrinadaki baskın görüş⁶⁵³ uyarınca, vekalet sözleşmesinin konusunu oluşturan sözleşmenin geçerliliğinin kanunen bir şekil şartına bağlanmış olması, vekalet sözleşmesinin de söz konusu şekilde yapılmasını zorunlu kılmaz. Örneğin, vekil tarafından satıcı adına gerçekleştirilecek taşınmaz satış sözleşmesi tapuda resmi şekilde yapılacak olsa da, satış sözleşmesinin yapılması için gerçekleştirilen vekalet sözleşmesinin resmi şekilde yapılması gerekmez. Vekalet sözleşmesinin konusu, işin görülmesini teşkil eden hukuki işlemin kendisi değil, bu hukuki işlemin yapılması suretiyle iş görme borcu altına girilmesidir; işin görülmesi

uygulanacak hukukun resmi şekil zorunluluğu öngördüğü hallerde, vekalet sözleşmesinin de, nerede akdedilmiş olursa olsun, resmi şekle tabi olması gerektiği; ancak resmi şeklin, işlemin yapıldığı yer hukukunda öngörülen biçimde gerçekleştirileceği ifade edilmektedir (bkz. LEGIER, *Domaine de la Loi Applicable*, s. 9).

⁶⁵⁰ HUYSAL, *Temsil*, s. 80.

⁶⁵¹ ÖZBİLEN, s. 366.

⁶⁵² ÖZBİLEN, s. 367.

⁶⁵³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, *Gayrimenkul Satış Vaadi*, s. 106-107, 131-132; ZEVKLİLER/ GÖKYAYLA, s. 608; YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s. 1171-1172; TANDOĞAN, *Cilt II*, s. 364; BAŞPINAR, *Veysel, "Taşınmaz Satımında Vekalet"*, AÜHF, 1996, *Cilt: 45, Sayı: 1-4*, s. 490; ÖZBİLEN, s. 369-371.

bu sözleşmenin ifası aşamasını teşkil eder. Bu nedenle, şekle bağlı bir hukuki işlemin yapılması için verilen vekaletin kural olarak aynı şekle uyularak yapılması zorunlu kabul edilmemelidir⁶⁵⁴.

Doktrindeki aksi görüşe⁶⁵⁵ göre, taşınmaz mülkiyetinin devrini konu alan sözleşmelerin tabi olduğu şekil şartının, bu sözleşmelerin gerçekleştirilmesi amacıyla yapılan vekalet sözleşmeleri bakımından da geçerli olması gerekmektedir. O halde, tapuda işlem yapacak olan vekilin yetkilendirilmesi için yapılacak olan vekalet sözleşmesinin de resmi şekilde yapılması gerekecektir. Benzer bir görüş⁶⁵⁶, şekil kurallarının tarafları düşünmeye sevk etmek için kabul edildiği işlemler bakımından yapılacak yetkilendirmelerin, bu işlemler için öngörülmüş olan şekilde yapılması gerektiğini savunmaktadır.

Yukarıda yer vermiş olduğumuz tartışma, kanunlar ihtilafı hukukunda, taşınmaz aynına ilişkin hukuki işlemler için yapılacak yetkilendirmenin şekli bakımından, şekle ilişkin genel kanunlar ihtilafı kuralının mı yoksa esas işlemin şeklinin tabi olduğu taşınmazın bulunduğu ülke hukukunun mu uygulanacağı sorusunu gündeme getirmektedir. Bu konuda doktrinde görüş birliği mevcut değildir. Doktrindeki bir görüşe⁶⁵⁷ göre, Tapu Sicil Tüzüğü ve Noterlik Kanunu gibi maddi hukuk düzenlemelerinde yer alan hükümler, kanunlar ihtilafı alanında şekle uygulanacak hukuk konusundaki genel prensiplerden ayrılmayı gerektirmemektedir; taşınmaz aynına ilişkin işlem Türk tapu memuru önünde yapılmıyor ve taşınmaz aynına ilişkin işlemin esasına Türk hukuku uygulanmıyorsa, yetkilendirme işleminin şekline, *LRA* ve *lex causae* alternatifli olarak uygulanmalıdır⁶⁵⁸. Doktrindeki aksi görüş⁶⁵⁹ uyarınca ise, taşınmaz aynına ilişkin işlemlerin şeklinin taşınmazın bulunduğu yer hukukuna (*LRS*) tabi olacağını öngören MÖHUK m. 21/4 hükmünden hareketle, taşınmaz aynına ilişkin

⁶⁵⁴ YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s. 1171-1172.

⁶⁵⁵ OĞUZMAN/ SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, s. 374; ALTAŞ, s. 60, dn. 85.

⁶⁵⁶ İNCEOĞLU, s. 144; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 224-225.

⁶⁵⁷ TEKİNALP, Temsil, s. 101. Aynı yönde bkz. NOMER, s. 214. NOMER'e göre, taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin olmayan işlemler, örneğin, vekile müvekkili adına taşınmaz mal iktisap etme borcu yükleyen bir vekalet akdinin şekli, taşınmazın bulunduğu yer hukukunun uygulanmasını öngören MÖHUK m. 21/4 hükmüne tabi değildir (bkz. NOMER, s. 214).

⁶⁵⁸ Aynı yaklaşım İsviçre doktrininde de benimsenmektedir. İsviçre hukukunda, taşınmaz üzerindeki aynı haklara ilişkin hukuki işlem akdetme konusunda vekalet verilmesinin şeklinin, taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna (*LRS*) değil, vekalet ilişkisinin esasına uygulanacak hukuka tabi olacağı; bu konuda taşınmazlara ilişkin sözleşmelerin şekline uygulanacak hukuku düzenleyen İsv. MÖHK m. 119/3 hükmünün uygulama alanı bulmayacağı kabul edilmektedir (bkz. DUTOIT, Commentaire, s. 538; BONOMI, Commentaire Romand, s. 1029). Buna göre, vekalet ilişkisinin esasına İsviçre hukukunun uygulandığı hallerde, taşınmazın bulunduğu ülke hukukunda aksi öngörülse dahi, vekalet sözleşmesi şekle tabi olmayacaktır. Buna karşılık, taşınmaz üzerinde aynı etki doğuracak bir hukuki işlemin gerçekleşmesi için verilen vekaletin şeklinin emredici olarak taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna tabi olacağı ifade edilmektedir (bkz. BONOMI, Commentaire Romand, s. 1029).

⁶⁵⁹ UYANIK ÇAVUŞOĞLU, İradi Temsil, s. 101-102; HUYSAL, Temsil, s. 82-83.

işlemlerde, yetkilendirme işleminin taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna uygun olarak yapılması gerekmektedir.

Türkiye’de tapuda gerçekleşecek işlemler bakımından, Noterlik Kanunu m. 89 hükmü, ister ispat şekli olarak isterse geçerlilik şekli olarak kabul edilsin, resmi şekilde düzenlenmiş bir vekaletname bulunmadıkça, tapuda işlem yapmak üzere yetkilendirilmiş olan kişi bu işlemi yapamayacaktır. Kanaatimizce, Türk hukukundaki söz konusu hüküm göz önünde bulundurulduğunda, tapuda yapılacak işlemler için temsil yetkisi verilmesinin şekli bakımından genel kuraldan ayrılarak taşınmazın bulunduğu ülke hukukunun dikkate alınması, buna bağlı olarak, Türkiye’de tapuda yapılacak işlemler için noter nezdinde düzenlenen bir vekaletname ile temsil yetkisi verilmesi, uygulama karşılaşılabilecek sorunların önüne geçilmesini sağlayacaktır.

Aynı yaklaşımın, yabancı ülkede bulunan taşınmazlar bakımından da benimsenmesi gerekir. Buna göre, taşınmazın bulunduğu ülke hukukunda taşınmazların aynına ilişkin işlemler için yapılacak yetkilendirmeler, özel şekil şartlarına bağlanmıyorsa, bu yetkilendirmelerin, yapıldıkları yer hukukunda şekil serbestisi ya da farklı bir şartı öngörülse dahi, taşınmazın bulunduğu ülke hukukundaki şekil kuralına göre yapılmaları tarafların menfaatine olacaktır. Bununla birlikte, Türkiye’deki bir taşınmaz için, yetkilendirmenin yapıldığı ülke hukukunun öngördüğü şekilde yetkilendirilmiş bir temsilci, noterde düzenlenmemiş bir vekaletnameye dayanarak, tapuda her nasılsa işlem yapabilmişse, yetkilendirmenin şekli geçerliliği tartışma konusu olduğunda, kanaatimizce, bu yetkilendirmenin taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna aykırılığı sebebiyle geçersiz olduğu sonucuna ulaşılmamalıdır. Zira bu konuda yapılacak yetkilendirmelerin noterde düzenlenmesi gerektiğini öngören Noterlik Kanunu m. 89 hükmü, vekaletnamenin şekline ilişkin bir geçerlilik kuralı değil, ispat kolaylığı sağlayan bir düzen kuralıdır⁶⁶⁰. Buna bağlı olarak, vekaletnamenin şekli konusunda, MÖHUK m. 7 hükmünden ayrılarak *LRS*’nin mutlak olarak uygulanmasını gerekli kılacak bir menfaat söz konusu değildir.

Kanaatimizce, mevcut hukuk sistemimizde, bu sonuca ulaşılması gerekmektedir, taşınmazların aynına ilişkin sözleşmelerin şekli konusunda, MÖHUK m. 21/4 hükmüne eklenecek bir düzenlemeyle, bu sözleşmelerin şeklinin taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna⁶⁶¹ ve bu hukukta söz konusu sözleşmelere ilişkin yapılacak yetkilendirmeler için özel bir düzenlemeye yer verilmesi halinde, yetkilendirmenin şeklinin de bu hukuka tabi

⁶⁶⁰ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 225, dn. 655.

⁶⁶¹ Taşınmazlara ilişkin sözleşmelerin şekline uygulanacak hukuka ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Üçüncü Bölüm/ I/ B/ 1/ B/ bb, cc.

olacağıın öngörülmesi yerinde olacaktır. Böyle bir düzenleme, taşınmazın bulunduğu ülkede, bir başkasını temsilen işlem yapacak kişilerin, o ülke hukukunun şekil kurallarına aykırı olarak yetkilendirilmiş olmaları karşısında, işlemi gerçekleştirememeye ihtimallerini ortadan kaldıracaktır.

3. Aynı Haklar

Türk hukukunda, yabancı unsurlu aynı hak uyuşmazlıklarının çözümünde uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 21 hükmünde düzenlenmiştir. Aynı haklara uygulanacak hukuk, taşınır ve taşınmazlar üzerindeki aynı hak ve mükellefiyetlerin doğumu, niteliği, çeşitleri, devri, iktisabı, kısıtlanması ve kaybı gibi konuların yanı sıra, eşya kavramı ve çeşitleri, mütemmim cüz ve teferruat kavramları, zilyetlik, mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi, kanuni rehin hakları, aynı bir tasarrufun sebebe bağlı olup olmadığı gibi konular hakkında karar vermektedir⁶⁶².

Aynı haklara ilişkin hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuk tespit edilirken, hukuki işlemin taşınır ya da taşınmaza ilişkin olmasına göre bir ayırım yapılmalıdır. Taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin hukuki işlemlerin şekli konusunda, kapsamı tartışmalı olmakla beraber MÖHUK m. 21/4 hükmünde özel bir düzenleme öngörülmüştür. Bu düzenleme gereği, söz konusu hukuki işlemlerin şekli, taşınmazın bulunduğu yer hukukuna tabi olacaktır. Bu konu, çalışmamızın ilgili kısmında ayrıca ele alınacaktır⁶⁶³.

Taşınırlar üzerindeki aynı haklara ilişkin işlemlerin şekli ile kastedilen, bir taşınır üzerindeki aynı hakkın karşı tarafa zilyetliğin devri yolu ile geçip geçmeyeceği ya da mülkiyetin alıcıya geçmesi için teslimin gerekip gerekmediği gibi hususlar değildir⁶⁶⁴. Bu hususlar, aynı hak statüsünün kapsamı içindedir ve MÖHUK m. 21 hükmüne tabidir⁶⁶⁵. Doktrinde, taşınırlar üzerindeki aynı haklara ilişkin hukuki işlemlerin şekline örnek olarak, taşınır mülkiyetinin devri için sözleşme yapılmasının gerekip gerekmediği, gerekli ise bu sözleşmenin yazılı mı yoksa sözlü olarak mı yapılması gerektiğine ilişkin hususlar gösterilmektedir⁶⁶⁶. Kanaatimizce, taşınır mülkiyetinin alıcıya geçmesi için bir sözleşme yapılması gerekli ise bu sözleşmenin şekli, şekil statüsüne dahil olacaktır; buna karşılık,

⁶⁶² NOMER, s. 304-305; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 237; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 345; TEKİNALP/ UYANIK, s. 252-255; DOĞAN, s. 384.

⁶⁶³ Bkz. Üçüncü Bölüm/ I/ B/ 1/ b/ bb, cc.

⁶⁶⁴ ACUN MEKENGECİ, Merve, Aynı Haklardan Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme, İstanbul 2016, s. 241-242.

⁶⁶⁵ ACUN MEKENGECİ, s. 241-242.

⁶⁶⁶ ACUN MEKENGECİ, s. 242.

mülkiyetin devri için sözleşme gerekip gerekmediği hususu aynı hak statüsüne tabidir ve bu konuda, *LRS* prensibi gereğince işlem anında malın bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır.

Taşınır üzerindeki aynı haklara ilişkin hukuki işlemlerin şekli konusunda *MÖHUK*'ta özel bir düzenleme yer almadığından, bu konuda, şekle ilişkin genel kanunlar ihtilafı kuralı (*MÖHUK* m. 7) uygulama alanı bulacaktır⁶⁶⁷. Buna göre, bu işlemler, yapıldıkları ülke hukukunun ya da işlemin esasına uygulanacak hukukun şekil kurallarına uygun olarak yapılabilecektir. Bu çerçevede, taşınır üzerindeki aynı hakka ilişkin bir hukuki işlemin, örneğin bir mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin esasına uygulanacak hukuk, *MÖHUK* m. 21 hükmüne göre belirlenecektir. Buna göre, işlem anında malın bulunduğu ülke hukuku (*MÖHUK* m. 21/1), işlem anında mal bir ülkeden diğer bir ülkeye taşınmaktaysa varma yeri hukuku (*MÖHUK* m. 21/2), mal üzerinde henüz aynı hak kazanımı gerçekleşmeden mal yer değiştirmişse, malın son bulunduğu ülke hukuku (*MÖHUK* m. 21/3) uygulama alanı bulacaktır.

4. Aile Hukuku

a. Mal Rejimi

Yabancılık unsuru içeren mal rejimi uyuşmazlıklarına ilişkin olarak, şekle uygulanacak hukuk meselesi, iki konuda karşımıza çıkabilir: mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesinin şekline uygulanacak hukuk ve mal rejimi sözleşmesinin şekline uygulanacak hukuk. Türk milletlerarası özel hukukunda, *MÖHUK* m. 15/1 hükmünde, sınırlandırılmış bir hukuk seçimi imkanına yer verilmiştir⁶⁶⁸. Buna göre, evlilik malları hakkında, eşler, evlenme anındaki mutad mesken veya milli hukuklarından birini açık olarak seçebileceklerdir. Bu hukuklar, sübjektif bağlama noktalarını oluşturmaktadır. Eşlerin, aralarındaki mal rejimi ilişkisine uygulanmak üzere bir hukuk seçmemeleri ya da seçtikleri hukukun *MÖHUK* m. 15/1 hükmünde öngörülen hukuklardan biri olmaması veya hukuk

⁶⁶⁷ DOĞAN, s. 385; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 254; ACUN MEKENGECİ, s. 241. Aksi görüş için bkz. ÇELİKEL, Aysel, *Menkul Eşya Üzerinde Aynı Haklardan Doğan Kanunlar İhtilafı*, İstanbul 1972, s. 112-113; TEKİNALP/ UYANIK, s. 254-255.

⁶⁶⁸ Bu hukuk seçiminin sınırlandırılmış olmasının nedeni, mal rejimine ilişkin uyuşmazlıkların aile hukuku karakteri baskın olan uyuşmazlıklar olmalarıdır (bkz. ERSEN PERÇİN, Gizem, *Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Mal Rejimleri Uygulanacak Hukuk-Milletlerarası Yetki-Tanıma ve Tenfiz*, İstanbul 2014, s. 170; ŞENSÖZ, Ebru, "27.11.2007 tarih ve 5718 sayılı *MÖHUK Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Evlilik Mallarına İlişkin İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk*", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 8, Sayı: 16, Güz 2009, s. 180).

seçimi sözleşmesinin ehliyet ya da şekil bakımından geçersiz olması durumunda, mal rejimi ilişkisine uygulanacak hukuk objektif bağlama noktaları uyarınca belirlenecektir⁶⁶⁹.

Mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesinin şekline uygulanacak hukuk konusunda MÖHUK'ta özel bir düzenleme yer almamaktadır⁶⁷⁰. Bu nedenle, bu konuda, şekle uygulanacak genel kanunlar ihtilafı kuralı olan MÖHUK m. 7 hükmü uygulanacaktır⁶⁷¹. Söz konusu hüküm gereği, hukuki işlemler, işlemin yapıldığı yer ya da işlemin esasına uygulanacak hukukun maddi hukuk hükümlerinin öngördüğü şekilde yapılabilecektir. O halde, alternatif nitelikli bu kural gereği, hukuk seçimi sözleşmesinin şekline uygulanabilecek hukuklardan ilki hukuk seçimi sözleşmesinin yapıldığı yer hukukudur⁶⁷².

Hukuk seçimi sözleşmesinin şekline uygulanabilecek diğer hukukun ise, mal rejimi ilişkisinin (evlilik mallarını) esasına uygulanacak hukuk olduğu doktrinde ifade edilmektedir⁶⁷³. Ancak, kanaatimizce, MÖHUK m. 7 hükmünde, işlem yeri hukukuna alternatif olarak, "hukuki işlemin esasına uygulanacak" hukuk yetkili kılındığından ve burada söz konusu hukuki işlem mal rejimine ilişkin "hukuk seçimi" olduğundan, *lex causae* olarak mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesinin esasına uygulanacak hukuk esas alınmalıdır. Borç ilişkilerinden doğan sözleşmelere uygulanmak üzere yapılan hukuk seçimi sözleşmelerinin tabi olması gereken hukuk meselesi doktrinde tartışmalıdır. Mal rejimine ilişkin yapılacak hukuk seçimi, sınırlandırılmış bir hukuk seçimi olmakla birlikte, hukuk seçiminin esasına uygulanacak hukuk bakımından yapılacak değerlendirme değişmeyecektir;

⁶⁶⁹ MÖHUK m. 15/1 gereği, eşlerin hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde, evlilik malları hakkında, eşlerin evlenme anındaki müşterek milli hukuku, bulunmaması halinde evlenme anındaki müşterek mutad mesken hukuku, bunun da bulunmaması halinde Türk hukuku uygulanacaktır.

⁶⁷⁰ Karşılaştırmalı hukukta, mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesinin şekli konusunda özel hükümlere yer veren düzenlemelere rastlanmaktadır. 24.06.2016 tarihli Mal Rejimlerine İlişkin Meselelerde Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk ile Kararların Tanınması ve Tenfizi Hakkında Avrupa Konseyi Tüzüğü (Implementing Enhanced Cooperation in the Area of Jurisdiction, Applicable Law and the Recognition and Enforcement of Decisions in Matters of Matrimonial Property Regimes, bkz. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2016.183.01.0001.01.ENG) m. 23 hükmünde, mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gerekliliği belirtildikten sonra, eşlerin müşterek mutad meskenlerinin bulunduğu üye devlet hukukunun ilave şekil kuralları ihtiva etmesi halinde bu kuralların uygulanacağı; eşlerin mutad meskenleri farklı üye devletlerde bulunuyor ve bu hukuklar farklı şekil kuralları ihtiva ediyorsa, bu hukuklardan birinin öngördüğü şekilde yapılan hukuk seçimi sözleşmesinin şeklen geçerli olacağı ve eşlerden sadece birinin üye bir devlette mutad meskeninin bulunması durumunda bu devlet hukukunun ilave şekil kuralları öngörmesi halinde söz konusu kuralların uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. İsviçre MÖHK m. 53 hükmünde ise, mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması ya da evlilik sözleşmesi hükümlerinden tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılması halinde geçerli olacağı ve hukuk seçimi sözleşmesinin taraflarca seçilen hukuka tabi olacağı düzenlenmiştir.

⁶⁷¹ AKINCI, Ziya/ DEMİR GÖKYAYLA, Cemile, Milletlerarası Aile Hukuku, İstanbul 2010, s. 74; ERSEN PERÇİN, Mal Rejimleri, s. 178; ŞENSÖZ, Evlilik Malları, s. 185.

⁶⁷² İki taraflı hukuki işlemlerde *LRA* kuralının uygulanmasına ilişkin açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm/ III/ C/ 2.

⁶⁷³ ERSEN PERÇİN, Mal Rejimleri, s. 178; ŞENSÖZ, Evlilik Malları, s. 186.

borç ilişkilerinden doğan sözleşmelere ilişkin hukuk seçimi sözleşmelerinin esasına uygulanacak hukuk bakımından yapılan değerlendirmeler burada da geçerli olacaktır. Çalışmamızın ilgili kısmında konuya ilişkin ayrıntılı açıklama yapıldığından, bu konu üzerinde ayrıca durulmayacaktır⁶⁷⁴.

Mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesinin şeklinin Türk hukukuna tabi olması durumunda, bu sözleşme için şekil serbestisinin mi geçerli olacağı yoksa bir şekil şartının mı aranacağı hususun belirlenmesi gerekir. Doktrinde⁶⁷⁵, mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmelerinin, şekil serbestisi ilkesi (TBK m. 12) gereği, herhangi bir şekil şartına bağlı olmaksızın yapılabileceği savunulmaktadır⁶⁷⁶. Mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesinin aile hukuku karakterli bir sözleşme olmasından kaynaklanan "açıkça yapılma"⁶⁷⁷ ve "kanunda belirtilen hukuklardan birini seçme" gibi sınırlamalar kanunda açıkça belirtilmiştir; buna karşılık, kanunda, hukuk seçimi sözleşmesinin şekline ilişkin herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir⁶⁷⁸. Kanun koyucunun, bilinçli olarak şekle ilişkin bir sınırlama getirmemek suretiyle, TBK m. 12 çerçevesinde şekil serbestisini benimsediği söylenebilir⁶⁷⁹.

Yabancılık unsuru içeren mal rejimi uyuşmazlıklarına ilişkin olarak şekle uygulanacak hukukun inceleme konusu yapılabileceği bir diğer mesele, mal rejimi sözleşmesinin şeklidir⁶⁸⁰. Yabancılık unsuru içeren bir mal rejimi ilişkisinde, eşlerin, mal rejimine

⁶⁷⁴ Bkz. İkinci Bölüm/ IV/ B/ 1/ a/ dd.

⁶⁷⁵ AKINCI/ DEMİR GÖKYAYLA, s. 75; ŞENSÖZ, Evlilik Malları, s. 187; ERSEN PERÇİN, Mal Rejimleri, s. 179.

⁶⁷⁶ Hukuk seçimi sözleşmesinin şeklinin Türk hukukuna tabi olması durumunda, bu sözleşmenin şekle bağlı olmaksızın yapılabileceği; bununla birlikte, ispat bakımından yazılı şekilde yapılmasının yerinde olacağı ifade edilmektedir (bkz. AKINCI/ DEMİR GÖKYAYLA, s. 75; ŞENSÖZ, Evlilik Malları, s. 187). Bu görüşe göre, ispat hukuku bakımından, hukuk seçimi sözleşmesinin yazılı, imzalı ve tarihli olması yeterli olacaktır (bkz. ŞENSÖZ, Evlilik Malları, s. 187).

⁶⁷⁷ MÖHUK m. 15/1 hükmünde, mal rejimine ilişkin hukuk seçiminin "açıkça" yapılması öngörülmektedir; taraflara örtülü olarak hukuk seçimi yapma imkanı tanınmamaktadır. Bunun nedeni, mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmesinin klasik bir borçlar hukuku sözleşmesi teşkil etmemesi, bir aile hukuku sözleşmesi olması, buna bağlı olarak tarafların birbirlerine karşı daha fazla korunma ihtiyacının bulunmasıdır (bkz. ERSEN PERÇİN, Mal Rejimleri, s. 181). Açık hukuk seçiminin, bir eşin kendi lehine, diğeri aleyhine sonuç doğuracak bir hukuku diğer eşin iradesini sakatlamak suretiyle seçtirilmesini büyük ölçüde engelleyeceği ifade edilmektedir (bkz. ERSEN PERÇİN, Mal Rejimleri, s. 181). Doktrinde, hukuk seçiminin açıkça yapılmasına ilişkin kanunda öngörülen sınırlamanın, şekle ilişkin olduğunu ifade eden görüşün (bkz. ERSEN PERÇİN, Mal Rejimleri, s. 180) yanı sıra, hukuk seçiminin sınırlı ve açık olmasının, esasa ilişkin olduğu yönünde de bir görüş bulunmaktadır (bkz. ŞENSÖZ, Evlilik Malları, s. 186).

⁶⁷⁸ ERSEN PERÇİN, Mal Rejimleri, s. 179.

⁶⁷⁹ ERSEN PERÇİN, Mal Rejimleri, s. 179.

⁶⁸⁰ Türk hukukunda TMK m. 203 hükmünde, mal rejimi sözleşmesinin evlenmeden önce veya sonra yapılabileceği düzenlenmektedir. Buna karşılık, Fransız hukukunda, Fransız Medeni Kanunu m. 1395 gereği, mal rejimi sözleşmelerinin evliliğin gerçekleşmesinden önce yapılması gerekmektedir. Fransız hukukunda olduğu gibi, mal rejimi sözleşmesi yapmak için kanunda öngörülen bir zaman sınırlamasının söz konusu olduğu hallerde, bu zaman sınırlamasına ilişkin kuralın mal rejimi sözleşmesinin şekline mi yoksa esasına mı ilişkin olduğu sorusu gündeme gelebilir. Mal rejimi sözleşmesinin evliliğin gerçekleşmesinden sonra

uygulanacak hukuku seçmeyip doğrudan bir mal rejimi türünü seçmeleri ya da eşlerin mallar üzerindeki haklarını tek tek belirlemeleri halinde, mal rejimine ilişkin bir hukuk seçimi sözleşmesinden bahsetmek mümkün değildir; bu durumda, medeni hukuk anlamında bir mal rejimi sözleşmesi söz konusudur⁶⁸¹. Böyle bir durumda, eşlerin iradesinin yöneldiği hukukun araştırılması da söz konusu olmaz; zira MÖHUK m. 15/1 hükmünde sadece açık hukuk seçimine imkân tanınmıştır⁶⁸². O halde, objektif bağlama noktaları kullanılmak suretiyle tespit edilecek olan hukukta, eşlerin seçmiş olduğu mal rejimi türü mevcut ise, ilgili mal rejimi türü eşlere uygulanacaktır; mevcut değilse, esasa uygulanacak hukuktaki yasal mal rejimi uygulama alanı bulacaktır⁶⁸³.

Yabancı unsurlu bir mal rejimi sözleşmesinin şekli geçerliliği tartışıldığında, bu sözleşmenin şekline uygulanacak hukuk MÖHUK'ta özel olarak düzenlenmediğinden, şekle ilişkin genel hüküm olan MÖHUK m. 7 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Buna göre, mal rejimi sözleşmesinin şekli, bu sözleşmenin yapıldığı yer hukukunun ya da sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun maddi hukuk hükümlerinin öngördüğü şekilde yapılabilecektir. Mal rejimi sözleşmesinin esasına uygulanacak hukuk ile kastedilen, mal rejimi ilişkisini yöneten hukuktur. Buna göre, taraflar kanunda öngörülen sınırlamalar dahilinde geçerli bir hukuk seçimi sözleşmesi yapmışlarsa, seçilen hukuk, hukuk seçimi yapılmamışsa, eşlerin evlenme anındaki müşterek milli hukuku, bulunmaması halinde evlenme anındaki müşterek mutad mesken hukuku, bu da yoksa Türk hukuku, esasa uygulanacak hukuk olarak işlem yeri hukukunun yanı sıra yetkili olacaktır.

b. Evlat Edinme

Türk hukukunda yabancı unsurlu evlat edinme işlemlerinin şekli, MÖHUK m. 18 hükmünde özel bir şekil kuralı yer almamasından dolayı, şekle uygulanacak hukuka ilişkin genel hüküm olan MÖHUK m. 7 düzenlemesine tabidir⁶⁸⁴. Buna göre, evlat edinme, evlat

akdedilip akdedilemeyeceği meselesi, Fransız Yargıtayı'nın 1935 tarihli bir kararında, esasa ilişkin bir mesele olarak nitelendirilmiştir (Cass. Req., 4 Juin 1935, Rev. Crit. DIP 1936, s. 755, note Basdevant). Kanaatimizce de, mal rejimi sözleşmesi akdedilmesi için öngörülen zaman sınırlamasına ilişkin hükümler, bu sözleşmenin şekline değil, esasına ilişkin kabul edilmelidir. Türk hukukunda, mal rejimi sözleşmesinin ne zaman akdedilebileceğine ilişkin düzenlemeye, TMK'nın "sözleşmenin içeriği" başlıklı 203. maddesine yer verilmişken, sözleşmenin şekline ilişkin hususlar, TMK m. 205 hükmünde düzenlenmiştir.

⁶⁸¹ ŞENSÖZ, Evlilik Malları, s. 188; ERSEN PERÇİN, Mal Rejimleri, s. 182.

⁶⁸² ERSEN PERÇİN, Mal Rejimleri, s. 182-183.

⁶⁸³ ŞENSÖZ, Evlilik Malları, s. 188; ERSEN PERÇİN, Mal Rejimleri, s. 183.

⁶⁸⁴ Türkiye, Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlat Edinme Konusunda İşbirliğine Dair 1993 tarihli La Haye Sözleşmesi'ne taraftır (RG. 19.04.2004, S. 25438). Sözleşme'nin uygulama alanı bulabilmesi için (m. 2-3), küçüğün mutad meskeninin taraf bir devlette bulunması, küçüğün, mutad meskeni başka bir taraf devlette bulunan kişiler tarafından evlat edinilmiş olması ya da evlat edinilmek istenmesi, küçüğün evlat

edinmenin gerekleŖtiđi ülke hukukunun ya da evlat edinme iliŖkisinin esasına uygulanacak hukukun ngrdğ Ŗekilde gerekleŖtirilebilecektir. Ancak, evlat edinmede çocuğun menfaatinin korunması gerekliliği dolayısıyla kamu otoritelerinin müdahalesinin gündeme gelmesi, evlat edinme iŖleminin Ŗeklinden⁶⁸⁵ ziyade usulüne iliŖkin sorunların önem kazanmasına neden olmaktadır⁶⁸⁶.

Türk hukukunda, Türk Medeni Kanunu m. 315 uyarınca, evlt edinme kararı, evlt edinenin oturma yeri; birlikte evlt edinmede eŖlerden birinin oturma yeri mahkemesince verilir; mahkeme kararıyla birlikte evltlk iliŖkisi kurulmuŖ olur. Mahkeme, evlat edinme iliŖkisi için esaslı sayılan durum ve koŖulları kapsamlı olarak araŖtırdıktan sonra bu kararı verir ve bu araŖtırmada özellikle evlt edinen ile edinilenin kiŖiliđi ve sağlığı, karŖılıklı iliŖkileri, ekonomik durumları, evlt edinenin eğitme yeteneği, evlt edinmeye yönelten sebepler ve aile iliŖkileri ile bakım iliŖkilerindeki geliŖmelerin açıklığa kavuŖturulması gerekir (TMK m. 316). Evlat edinme iliŖkisinin kurulmasında mahkemenin bu denetimi, Türk vatandaşlarının yabancı ülkelerde taraf olacağı evlat edinme iŖlemleri bakımından da önem taŖımaktadır⁶⁸⁷. Evlat edinmenin yapıldığı yer hukukuna göre mahkeme kararına gerek duyulmaksızın resmi bir senetle gerekleŖen ve taraflarından birinin Türk vatandaŖı olduğu evlat edinme iŖlemlerinin geçerliliği tartıŖma yaratacak niteliktedir⁶⁸⁸.

Evlat edinme iŖleminde resmi bir makamın izninin ya da yukarıda açıklandığı üzere Türk hukukunda olduğu gibi bir mahkeme kararının gerekliliğinin Ŗekle mi yoksa esasa mı iliŖkin olarak vasıflandırılacağı hususu önem taŖımaktadır. Zira konunun Ŗekil olarak

edinme iliŖkisi sebebiyle mutad meskeninin bulunduğu ülkeden baŖka bir ülkeye gitmesinin gerekmesi ve kğn 18 yaŖını doldurmamıŖ olması gerekmektedir. SzleŖme'nin uygulama alanına giren hallerde, evlat edinme prosedürünün nasıl iŖleyeceđi ve genel olarak evlat edinme iŖlemlerinin Ŗekline uygulanacak hukukun nasıl belirleneceği sorusunun cevaplandırılması gerekmektedir. SzleŖme'nin 6. maddesinde, her bir taraf devletin, SzleŖme'nin uygulama alanına giren evlat edinme iŖlemlerine aracılık etmek üzere, bir merkezi makam belirleyeceği düzenlenmektedir. Bununla birlikte, SzleŖme'de, evlat edinme iŖlemlerinin Ŗekline uygulanacak hukuku belirleyen bir kanunlar ihtilafı kuralına yer verilmemekte ve evlat edinme usulüne iliŖkin olarak, mahkeme kararı, idari makam kararı ya da özel szleŖme gibi farklı evlat edinme metotlarına izin verilmektedir (bkz. ÖZEL, Sibel, "*lkelerarası Evlat Edinme*", Galatasar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2011/1, Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan, s. 611). O halde, SzleŖme'nin uygulama alanına giren hallerde dahi, evlat edinme iŖlemlerinin Ŗekline iliŖkin uyuŖmazlıklarda uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 7 hükmü uyarınca belirlenecektir.

⁶⁸⁵ Evlat edinme iŖleminin Ŗekline dair bir düzenleme rneği olarak, Fransız Medeni Kanunu m. 348-3 hükmü gösterilebilir. Söz konusu hüküm gereği, ana ve babanın evlat edinmeye rızası, Fransız ya da yabancı noter huzurunda ya da Fransız dıŖ temsilciliklerinde verilmelidir. Söz konusu hüküm gereği, verilecek rızanın Ŗekli konusunda, resmi Ŗekil öngörülmekle beraber, resmi Ŗekli gerekleŖtirmeye yetkili makam bakımından bir sınırlama getirilmiŖtir.

⁶⁸⁶ TANRIBİLİR, Feriha Bilge/ ŖİT KŖGEROđLU, Banu, "*Uluslararası zel Hukukta Evlat Edinme*", Prof. Dr. Tuğrul Arat'a Armağan, Ankara 2012, s. 1041.

⁶⁸⁷ ÇELİKEL/ ERDEM, s. 310.

⁶⁸⁸ ÇELİKEL/ ERDEM, s. 311.

vasıflandırılması durumunda, evlat edinmenin gerçekleştiği ülke hukukunda bu işlem yalnız resmi bir senetle gerçekleşiyor ve mahkeme kararına ihtiyaç duyulmuyorsa, böyle bir evlat edinme işlemi, MÖHUK m. 7 gereği, kural olarak Türk hukuku bakımından şeklen geçerli olacaktır. Buna karşılık, konunun esasa ilişkin olarak vasıflandırılması durumunda, evlat edinmenin maddi şartlarına uygulanacak hukuk⁶⁸⁹, Türk hukukunda olduğu gibi bir mahkeme denetimi öngörüyorsa, bu denetim gerçekleşmeden yapılan bir evlat edinme işlemi, Türk hukuku bakımından geçersiz kabul edilecektir.

Türk hukukunda evlat edinme konusunda hâkim tarafından yapılacak araştırma ve bunun sonucunda verilecek kararın hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe göre, milletlerarası unsur taşıyan evlat edinmelerde, evlat edinme işleminin çocuğunun menfaatine olup olmadığının incelenmesi önem teşkil eder; çocuğun menfaatinin dikkate alınarak değerlendirme yapılabilmesi için evlat edinme işleminde hâkimin izninin bir maddi şart olarak değerlendirilmesi gerekmektedir⁶⁹⁰. Bu görüşe göre, hâkimin yaptığı yargısal değil idari nitelikte bir faaliyet olduğundan, hâkim kavramının mutlak anlamda anlaşılması gerekir; herhangi bir idari makamın çocuğun menfaatinin dikkate alınarak yapacağı değerlendirme, maddi şartın gerçekleşmesi bakımından yeterli görülmelidir⁶⁹¹.

Doktrindeki bir diğer görüşe göre, evlat edinme işleminde aranan resmi bir makamın ya da mahkemenin kararının gerekliliği, şekle ilişkin olmakla birlikte aynı zamanda usul hukukuna ilişkin bir meseledir. Bu görüşe göre, Türk hukukunda aranan evlat edinme işleminin evlat edinilenin menfaatine olması konusunda hâkimin yapacağı denetim (TMK m. 316) ise, şekle değil esasa ilişkindir ve böyle bir araştırmanın yapılmaması ve mahkeme kararının eksikliğinin işlemin geçerliliğini etkileyip etkilemeyeceği somut olay çerçevesinde değerlendirilmelidir⁶⁹². Bu görüşe benzer bir diğer görüş⁶⁹³ uyarınca, evlat edinme işlemlerinde aranan adli veya resmi bir makamın izni ya da iştiraki, bir usul meselesidir ve gerçekleştirildiği yer hukukuna tabidir. Bu görüşe göre, Türk hukukunda hâkim tarafından evlat edinme kararının verilebilmesi için aranan "evlat edinilenin menfaatine" olma koşulu, maddi hukuka ilişkin bir koşul olarak kabul edilse dahi, bu koşulun gerçekleştirilme biçimi bir usul meselesidir. Bu nedenle, yabancı ülkelerde gerçekleştirilen evlat edinme işlemlerinde o

⁶⁸⁹ MÖHUK m. 18/1 gereği, evlat edinme ehliyeti ve şartları, taraflardan her birinin evlat edinme anındaki milli hukukuna tabidir.

⁶⁹⁰ DOĞAN, s. 359.

⁶⁹¹ DOĞAN, s. 359.

⁶⁹² ÇELİKEL/ ERDEM, s. 311. Türkiye’de yapılan evlat edinmeler açısından TMK m. 316 hükmünde hâkime yüklenen araştırma görevinin bir usul hükmü olarak nitelendirilmesine ilişkin bkz. TEKİNALP/ UYANIK, s. 183-184.

⁶⁹³ NOMER, s. 283.

ülkenin yetkili adli ya da resmi makamının kendi hukukuna uygun olarak vereceği izin ya da karar ile Türk hukukunun aradığı hâkim kararı koşulu yerine gelmiş olur⁶⁹⁴.

Görüldüğü üzere, doktrindeki görüşler, evlat edinme işleminin kurulabilmesi için hâkim tarafından çocuğun menfaatine ilişkin yapılacak denetimin, bu işlemin esasına ilişkin bir maddi şart olduğu ve esasa uygulanacak hukuk tarafından belirleneceği, bu denetimi gerçekleştiren idari ya da adli makamın izninin ise usule ilişkin bir mesele olduğu ve denetimin gerçekleştirildiği ülke hukukuna tabi olacağı çerçevesinde şekillenmektedir. Kanaatimizce de, hakimin ya da idari makamın çocuğun menfaatinin varlığına ilişkin olarak yapacağı denetim, evlat edinmenin kurucu unsurları arasında yer alan bir maddi şart teşkil ettiğinden, bu denetim sonucu verilecek karar da şekil değil esasa ilişkin bir mesele olarak ele alınmalıdır⁶⁹⁵. Buna göre, evlat edinme işleminin yapıldığı yer hukuku Türk hukukunda olduğu gibi bir mahkeme denetimi öngörmüyorsa ve resmi senetle bir evlat edinme işlemi gerçekleştirilmişse, evlat edinme ilişkisinin esasına uygulanacak hukukta adli ya da idari bir makamın denetimi öngörüldüğü takdirde, bu işlem geçersiz kabul edilecektir. Bu noktada, Türkiye’de gerçekleştirilecek yabancı unsurlu bir evlat edinme ilişkisinin esasına uygulanacak yabancı hukukun adli ya da idari bir makamın denetimini öngörmemesi ve özel bir sözleşme ile evlatlık ilişkisinin kurulabileceğini düzenlemesi halinde, bu ilişkinin Türk hukukunda

⁶⁹⁴ NOMER, s. 283-284. Aynı yönde bkz. TANRIBİLİR/ ŞİT KÖŞGEROĞLU, s. 1041. Bu görüşe göre, evlat edinme işleminin asli şartlarına uygulanan hukuk uyarınca kamu makamlarınca çocuğun menfaatinin araştırılması gereği öngörülmüşse, bu araştırma yetkili hukukta belirtilen makam tarafından ya da işlemin yapıldığı yer makamları tarafından *lex fori*’ye göre gerçekleştirilecektir (bkz. TANRIBİLİR/ ŞİT KÖŞGEROĞLU, s. 1041). TMK m. 316 hükmünde öngörülen “çocuğun menfaatinin araştırılması” koşulu, “şekil ve usul” başlığı altında yer almakla birlikte, asli bir şart teşkil etmektedir (bkz. TANRIBİLİR/ ŞİT KÖŞGEROĞLU, s. 1041). Türkiye’de gerçekleştirilen yabancı unsurlu bir evlat edinme işleminde, evlat edinmenin çocuğun menfaatine olup olmadığı, yetkili ve görevli mahkeme tarafından araştırılmalıdır. Bu konuda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi MÖHUK m. 40 hükmünün iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarına yaptığı gönderme sonucu, TMK m. 315 uyarınca belirlenecektir (bkz. TANRIBİLİR/ ŞİT KÖŞGEROĞLU, s. 1042). Buna göre, evlat edinme kararı, evlat edinenin oturma yeri mahkemesince verilecektir.

⁶⁹⁵ Fransız hukukunda da, evlat edinmenin geçerliliği için gerekli olan formalitelerin, soybağının diğer yollarla kurulmasında olduğu gibi, evlat edinme işleminin esasıyla yakından ilgili olduğu ve hakimin denetiminin, evlat edinme şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin ve bu işlemin çocuğun yararına olup olmadığına bakılmadan gerekli olduğu, bu hususların ise esasa ilişkin oldukları ifade edilmektedir (bkz. MAYER/ HEUZE, s. 466; VIGNAL, s. 208). O halde, evlat edinme prosedürüne ilişkin şartlar, evlat edinmenin esasına ilişkin şartlardan sayılmalı ve evlat edinmenin esasını yöneten hukuka, yani evlat edinenlerin milli hukukuna tabi olmalıdır (bkz. MAYER/ HEUZE, s. 466; VIGNAL, s. 208). Evlat edinenlerin Fransız vatandaşı olmaları durumunda, evlat edinme prosedürü Fransız hukukuna tabi olacak, evlat edinenlerin yabancı bir devlet vatandaşı olmaları durumunda ise, evlat edinme Fransa’da gerçekleşse dahi, prosedür konusunda söz konusu devlet hukuku uygulama alanı bulacaktır. Uygulanması gereken yabancı hukukta mahkemenin denetimi öngörülüyorsa, bu denetim, Fransız hukukunun kendilerine tanıdığı yetkiyi aşmamak kaydıyla, Fransız mahkemeleri tarafından da gerçekleştirilebilecektir (bkz. MAYER/ HEUZE, s. 466). Diğer taraftan, yabancı hukukta bu denetimin idari bir makam ya da İtalyan hukukunda olduğu gibi istinaf mahkemesi tarafından yapılması öngörülmüşse, Fransız ilk derece mahkemesi bu görevi yerine getirecektir; zira söz konusu işlemin Fransız adli teşkilatı içerisinde hangi mahkemenin görev alanına dahil olduğu hususu, devlet yapılanmasına ilişkindir ve sadece Fransız hukuku tarafından belirlenebilir (bkz. MAYER/ HEUZE, s. 466).

mahkeme kararı ile kurulması zorunluluğu (TMK m. 315-316) karşısında, Türkiye’de mahkeme dışı bir evlatlık ilişkisinin kurulup kurulamayacağı sorusu gündeme gelmektedir.

Kanaatimizce, esasa uygulanacak hukuk⁶⁹⁶, evlatlık ilişkisinin mahkeme ya da idari makam kararı ile kurulmasını zorunlu kılmasa da, Türk hukukunda evlat edinme ilişkisi için mahkeme denetiminin (TMK m. 316) ve kararının (TMK m. 315) gerekliliğine ilişkin hükümler, Türkiye’de gerçekleştirilecek evlat edinme işlemleri bakımından MÖHUK m. 6 çerçevesinde “doğrudan uygulanan kural” olarak kabul edilmelidir. Zira Türk hukukunda, mahkeme, evlat edinme kararını verirken, evlat edinme ilişkisinin evlat edinilenin menfaatine olup olmadığına ilişkin bir araştırma yapar. Bu denetim, özellikle küçüklerin evlat edinilmesinde, çocuğun korunması bakımından devletin üstlendiği sorumluluğun da bir görünümünü teşkil eder. Bu nedenle, Türkiye’de gerçekleştirilecek yabancı unsurlu evlat edinme işlemlerinin, bu işlemlerin esasına uygulanacak hukuk, mahkeme dışı gerçekleşen bir evlat edinme işlemini geçerli kabul etse dahi, mahkeme kararı ile kurulmaları zorunludur.

Yabancı unsurlu bir evlat edinme ilişkisinin şekline ilişkin uyuşmazlıklarda, MÖHUK m. 7 gereği, evlat edinme ilişkisinin gerçekleştiği yer hukuku ya da evlat edinme ilişkisinin esasına uygulanacak hukuk birbirine alternatif olarak yetkili olacaktır. Evlat edinme ilişkisinin şekliyle ilgili uyuşmazlıklarda, *LRA*’ya alternatif olarak yetkili olan “esasa uygulanacak hukukun”, MÖHUK m. 15 hükmünün hangi fıkrası uyarınca belirleneceği hususu önem arz etmektedir. Kanaatimizce, bu soru, evlat edinme ilişkisinde şekil probleminin hangi konu çerçevesinde ortaya çıktığına bağlı olarak çözümlenmelidir. Yukarıda yer verildiği üzere, evlat edinme ilişkisinin kurulmasında, evlat edinilenin menfaatinin araştırılabilmesi bakımından kamu otoritelerinin müdahalesinin gerekliliği, evlat edinme ilişkisinin kuruluşuna ilişkin usullerin birer şekil meselesi olarak vasıflandırılmasını güçleştirmektedir. Dolayısıyla, evlat edinme ilişkisinde şekle ilişkin uyuşmazlıklar, örneğin, evlat edinilen küçüğün ana ve babasının evlat edinmeye rızalarının şekli gibi konularda karşımıza çıkmaktadır. Böyle bir şekil uyuşmazlığında uygulanacak hukuk, rızanın verildiği ülke (*LRA*) ya da bu rızanın esasına uygulanacak hukuktur. Ana ve babanın rızasının esasına uygulanacak hukuk ise, MÖHUK m. 15/1 uyarınca belirlenecektir; zira böyle bir rızanın varlığı, evlat edinmenin şartlarına ilişkindir. Söz konusu hüküm uyarınca, evlat edinme

⁶⁹⁶ Mahkeme ya da idari makam denetimi yani kararının varlığı esasa ilişkin olarak kabul edildiğinden, esasa uygulanacak hukuk ile kastedilen evlat edinme ehliyet ve maddi şartlarına uygulanacak hukuktur. Bu husus MÖHUK m. 15/1 hükmünde düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm gereği, evlat edinme ehliyet ve şartları taraflardan her birinin evlat edinme anındaki milli hukukuna tabi olacaktır. O halde, örneğin, hem evlat edinilenin hem de evlat edinilenin aynı yabancı devlet vatandaşlığını haiz olması durumunda, bu hukuk, esasa uygulanacak hukuk olarak, evlat edinme ilişkisinin kurulabilmesi için adli ya da idari bir makamın kararının gerekip gerekmediğine karar verecektir.

ehliyet ve şartları, taraflardan her birinin evlat edinme anındaki milli hukukuna tabi olacaktır. O halde, küçüğün ana ve babasının rızasının şekline ilişkin bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda, bu rıza, rızanın verildiği ya da evlat edinilen küçüğün veya evlat edinenin milli hukukunun maddi hukuk hükümlerinin öngördüğü şekilde yapılabilecektir.

c. Soybağı

Yabancı unsurlu soybağı uyuşmazlıklarında, şekle uygulanacak hukuk belirlenirken, öncelikle, soybağına ilişkin şekil problemlerinin neler olabileceği üzerinde durulmalıdır. Bu çerçevede, soybağının hangi yolla kurulacağı meselesinin şekle mi yoksa esasa mı ilişkin olduğunun tespiti gerekmektedir. Bu bir vasıflandırma faaaliyetidir ve daha önce vurgulandığı üzere *lex fori*'ye göre yapılacaktır.

Türk hukukunda, çocuk ile baba arasındaki soybağı, tanıma, ana ile evlilik ya da mahkeme kararı ile kurulmaktadır (TMK m. 282/2). Kanaatimizce, TMK m. 282/2 hükmünde öngörülenler haricinde bir yöntemle soybağının kurulup kurulamayacağı ya da tanımanın koşulları esasa ilişkindir bir mesele olarak değerlendirilmeli ve soybağının kuran hukuka tabi olmalıdır (MÖHUK m. 16)⁶⁹⁷. Buna karşılık, esasa uygulanacak hukuka göre belirlenen yöntemin ne şekilde gerçekleşeceği şekle ilişkin bir mesele olarak düşünülmalıdır. Örneğin, tanımanın hangi usulle gerçekleştirileceği, yazılı şekilde mi yoksa resmi bir makam önünde mi yoksa mahkeme kararı ile mi yapılacağı şekle ilişkindir. Türk hukukunda tanıma, Türk Medeni Kanunu m. 295 gereği, babanın, nüfus memuruna veya mahkemeye yazılı başvurusu ya da vasiyetnamesinde yapacağı beyanla gerçekleşmektedir.

Tanımanın şekli bakımından uygulanacak hukuk, MÖHUK'ta soybağının kuruluşuna ilişkin özel bir şekil kuralının mevcut olmaması nedeniyle, MÖHUK m. 7 hükmü uyarınca tespit edilecektir⁶⁹⁸. Buna göre, tanıma işleminin şekli, işlemin yapıldığı yer hukukuna ya da tanımanın esasına uygulanacak hukuka uygun olmalıdır. Tanımanın esasına uygulanacak hukuk ile kastedilen, kanaatimizce, soybağının kuran hukuktur⁶⁹⁹. Zira tanıma, Türk hukukunda, baba ile çocuk arasında soybağının kuran hallerden biridir ve çocuk ile ana ve baba

⁶⁹⁷ Fransız hukukunda, soybağının hangi yolla kurulacağı meselesinin, teknik anlamda şekil konusunun kapsamında yer almadığı ifade edilmektedir (bkz. LEGIER, *Domaine de la Loi Applicable*, s. 11; MAYER/HEUZE, s. 561, 565). Buna göre, Fransa'da gerçekleşen bir tanıma, soybağının yöneten hukuka göre geçersizse, herhangi bir hukuki sonuç doğurmaz.

⁶⁹⁸ Karşılaştırmalı hukukta, soybağının şekline uygulanacak hukuka ilişkin özel düzenlemelere rastlanmaktadır. Örneğin, İsviçre MÖHK m. 72/2 gereği, İsviçre'de gerçekleşen bir tanımanın şekli, İsviçre hukukuna tabi olacaktır.

⁶⁹⁹ Aynı yönde bkz. DOĞAN, s. 351.

arasında soybağının kurulmasının şartlarının neler olduğu, MÖHUK m. 16/1 hükmü⁷⁰⁰ çerçevesinde, soybağını kuran hukuka göre belirlenir⁷⁰¹.

MÖHUK m. 16/1 hükmü, basamaklı bir bağlama kuralıdır⁷⁰²; hükümde yer verilen bağlama noktalarının uygulanması, bir önceki basamakta yer alan hukukun uygulanması sonucu soybağının kurulamamış olması şartına bağlıdır⁷⁰³. O halde, tanımanın şekli bakımından, tanımanın esasına uygulanacak hukuk olarak, baba ile çocuk arasında soybağını tanıma yoluyla kuran hukuk, tanımanın gerçekleştiği yer hukukunun yanı sıra dikkate alınacaktır. Bu hukuk, ilk basamakta yer alan çocuğun doğum anındaki milli hukuku olabileceği gibi, sonraki basamaklarda yer alan hukuklardan biri de olabilir. Örneğin, baba ile çocuk arasında tanıma yoluyla soybağını kuran hukuk, babanın çocuğun doğumu anındaki milli hukuku olarak Türk ise, tanıma, yabancı ülkede şekil bakımından mahalli hukuka aykırı olarak, fakat tanıyanın milli hukuku olan Türk hukukuna uygun şekilde el yazılı vasiyetname yoluyla yapılmışsa, bu tanıma şekil bakımından geçerli sayılacaktır⁷⁰⁴.

⁷⁰⁰ MÖHUK m. 16/1 gereği, soybağının kuruluşu, çocuğun doğum anındaki milli hukukuna, kurulamaması halinde çocuğun mutad meskeni hukukuna tabi olacaktır; soybağı bu hukuklara göre kurulamıyorsa, ananın veya babanın, çocuğun doğumu anındaki milli hukuklarına, bunlara göre kurulamaması halinde ana ve babanın çocuğun doğumu anındaki müşterek mutad mesken hukukuna, buna göre de kurulamıyorsa çocuğun doğum yeri hukukuna tabi olarak kurulacaktır.

⁷⁰¹ ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 145.

⁷⁰² MÖHUK m. 16 hükmünde yetkili kılınan hukukların, basamaklı olarak yetkilendirilmiş olması doktrinde eleştirilmekte; esas amacı çocuğun menfaatini korumak olan söz konusu hükümde yer verilen hukukların basamaklı olarak değil, birbirine alternatif teşkil edecek şekilde yetkilendirilmelerinin, uygulanabilecek hukuklar arasında çocuk bakımından en elverişli hukukun uygulanmasına olanak sağlayacağı ifade edilmektedir (bkz. NOMER, s. 271-272; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 144-145). Kuralın basamaklı değil alternatif nitelikte düzenlenmiş olması halinde, ana ve baba bakımından soybağını kuran bir hukukun bulunması durumunda, çocuğun ana ve babası bakımından soybağının tek bir hukuk uyarınca kurulmasının sağlanabileceği, böylece, ana bakımından soybağını kuran hukuk ile baba bakımından soybağını kuran hukukun birbirinden farklı olması ihtimalinin bertaraf edilmiş olacağı ileri sürülmektedir (bkz. ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 145).

⁷⁰³ ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 142; NOMER, s. 271; DOĞAN, s. 349.

⁷⁰⁴ ULUOCAK, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 36.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: HUKUKİ İŞLEMLERİN ŞEKLİNE UYGULANACAK HUKUKA İLİŞKİN ÖZEL DÜZENLEMELER

Hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuku belirleyen genel kanunlar ihtilafi kuralının alternatif niteliği, bazı hallerde, söz konusu işlemin niteliği gereği ortadan kalkmaktadır. Alternatif niteliğin ortadan kalktığı durumlardan ilki, şekle ilişkin özel bir kanunlar ihtilafi kuralının öngörölmüş olmasıdır. Kanunda, hukuki işlemlerin şekli konusunda özel bir kanunlar ihtilafi kuralı mevcutsa, şekle ilişkin genel kural uygulama alanı bulmayacaktır. Bu çerçevede, bazı hukuki ilişkilerin şekli bakımından *LRA* kuralının, bazıları içinse *lex causae*'nin tek başına uygulanması gerektiği öngörülmektedir. Diğer taraftan, hukuki işlemin ayakta tutulması amacı (*favor negotii*) bazı hukuki ilişkilerde, genel hükümden ayrılarak, *lex causae* (işlemin esasına uygulanacak hukuk) ve *lex loci actus*'un (işlem yeri hukuku) yanı sıra başka hukukların da alternatif olarak yetkilendirilmesi ihtiyacını ortaya çıkarmaktadır. Şekle ilişkin genel kanunlar ihtilafi kuralının alternatif niteliğinin ortadan kalktığı bir diğer durum, bu kuralın uygulama alanına giren hallerde, kamu düzeni müdahalesi sonucu genel kuralın yetkili kıldığı hukukların uygulanamaması ya da bu hukuklardan birinde veya hâkimin hukukunda (*lex fori*) yer alan şekil kuralının doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmesi sonucu, söz konusu kuralın tek başına uygulama alanı bulmasıdır.

Çalışmamızın bu bölümünde, öncelikle, şekle uygulanacak hukuka ilişkin alternatif nitelikli kuralın, kanunda ya da milletlerarası sözleşmelerde düzenlenen veya doktrinde kabul edilen istisnalarına yer verilecektir. Bu çerçevede, *LRA* kuralının zorunlu olarak uygulandığı haller, *lex causae* kuralının zorunlu olarak uygulandığı haller, *LRA* ve *lex causae* kurallarına ilave bağlama kuralı öngörölen haller ve *lex fori*'nin uygulanması gereken haller sırasıyla ele alınacaktır. Daha sonra, kanunlar ihtilafi kurallarının genel esasları çerçevesinde, şekle uygulanacak hukuku belirleyen bağlama kuralının uygulanması bakımından özellik arz eden durumlar incelenecektir. Bu bağlamda, atıf, kamu düzeni, doğrudan uygulanan kurallar, kanuna karşı hile ve zaman bakımından uygulama konuları, şekle ilişkin bağlama kuralının uygulanması bakımından değerlendirilecektir.

I. Alternatif Nitelikli Kuralın İstisnaları

A. LRA Kuralının Zorunlu Olarak Uygulanacağı Haller

1. Evlenme

a. Evlenmenin Şekline İlişkin Bağlama Kuralı

aa. Evlenmenin Şekline İlişkin Bağlama Kuralının Kapsamı

Evlenmenin şekli konusunda, bazı ülkelerde resmi merasim, bazı ülkelerde ise dini merasim zorunlu iken, resmi ve dini merasimin birlikte uygulandığı ülkeler ile serbest evlenme olarak nitelendirilen bir uygulamanın bulunduğu ülkeler de mevcuttur. Resmi merasimin uygulandığı ülkeler, medeni evlenmeyi kabul eden ülkeler iken, dini merasimin uygulandığı ülkeler, medeni olmayan evliliklerin uygulandığı ülkelerdir. Medeni olmayan evlilikler, dini merasim ile gerçekleşen evliliklerle sınırlı değildir. Katolik, Ortodoks, Musevi ve İslam dinine uygun olarak yapılan evliliklerin yanı sıra, telefonla, telgrafla veya radyoyla yapılan evlilikler, vekil vasıtasıyla yapılan evlilikler, görücü usulüyle ve zorla yaptırılan evlilikler, çok eşle yapılan evlilikler, geçici evlilikler, medeni olmayan evliliklerin diğer örnekleridir⁷⁰⁵.

Evliliğin şekli, evlilik merasimine ilişkin hususlar (örneğin evliliğin resmi memur önünde ya da dini bir merasimle gerçekleşmesi, tarafların aynı zamanda şahsen evlendirme memuru huzurunda hazır bulunmaları, tarafların birbirleriyle evlenme kararlarının beyanı ve tarzı, evlenmeyi kabul beyanlarının şekli ve zamanı, evlenme iradesinin taraflarca aynı anda ya da değişik zamanlarda hatta mektupla açıklanması), evlilik öncesi ilan zorunlulukları, evliliğin gerçekleşmesi hususunda vekalet verilip verilemeyeceği, evlenme akdinin tamamlandığı an gibi konuları içerir⁷⁰⁶.

Evlenmenin temsilci aracılığıyla yapılıp yapılamayacağı hususunun şekle ilişkin olup olmadığı konusunda, doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Doktrindeki bir görüşe⁷⁰⁷ göre, temsilci vasıtasıyla evlenme, esas itibarıyla şekle ilişkin bir mesele olmakla birlikte, evlenmenin maddi şartlarını da ilgilendirdiğinden, bu konuda nişanlıların milli hukuklarının da uygulanması gerekir⁷⁰⁸. Bu görüşe göre, taraflardan birinin milli hukukunda temsilci vasıtasıyla evlenme yasağı varsa, bu yasak iki taraflı bir evlenme engeli olarak etkisini

⁷⁰⁵ EKŞİ, Nuray, "Konsolosluklarda Yapılan Evlenmelerin Şekli Geçerliliği", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl: 2016, Cilt: 22, Sayı: 3, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Cilt I, s. 970.

⁷⁰⁶ SAYMAN, Yücel, Türk Devletler Hususi Hukukunda Evlenmenin Kuruluşu, İstanbul 1982, s. 160-168; TEKİNALP/ UYANIK, s. 148; AKINCI/ DEMİR GÖKYAYLA, s. 21; DOĞANGÜN, s. 139-142.

⁷⁰⁷ NOMER, s. 251.

⁷⁰⁸ NOMER, s. 212, 251.

gösterir; ancak her iki tarafın milli hukukunun da temsilci vasıtasıyla evlenmeye imkân tanınması halinde evlilik bu şekilde gerçekleştirilebilir⁷⁰⁹. Benzer bir görüş⁷¹⁰, evlenme hakkının kişiye sıkı surette bağlı bir hak teşkil ettiğini, kişiye sıkı surette bağlı bu hakkın kullanılmasını ifade eden evlenmenin temsilci aracılığıyla üçüncü kişilere açıklanması hususunun, ilgilinin şahsi statüsüne sıkıca bağlı olduğunu, bu nedenle, bu konuda, evlenme iradesini temsilci aracılığıyla açıklamak isteyen kişinin milli hukukunun uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşe göre, Türk vatandaşlarının, evlenme iradelerini yurt dışında temsilci aracılığıyla açıklamaları, evlenmenin gerçekleştiği ülke hukuku buna izin verse dahi mümkün değildir⁷¹¹.

Doktrindeki bir diğer görüş⁷¹² göre, ikili bir ayırım yapılarak, temsilcinin diğer eşin seçimini de yapmakla yetkilendirildiği hallerde temsil statüsünün uygulanması gerekirken, diğer eşin tespit edilmiş olup da evlenme iradesinin merasim esnasında temsilci vasıtasıyla açıklanmasının şekle ilişkin olduğunun kabulü gerekmektedir. Doktrinde bizim de katıldığımız üçüncü bir görüş⁷¹³ ise, diplomatik temsilciliklerde yapılan evlilikler hariç Türkiye’de yapılacak evliliklerin ancak Türk Medeni Kanunu’nda öngörülen şekle göre gerçekleştirilebileceklerini ve evliliğin temsilci vasıtasıyla yapılmasına imkan tanıyan bir hukuk sistemine tabi kişilerin Türkiye’de temsilci vasıtasıyla evlenemeyeceklerini ifade etmek suretiyle, evlilik merasiminin temsilci vasıtasıyla gerçekleştirilmesini evliliğin şekil şartlarından kabul etmektedir.

Türk hukukunda, evlenme merasimi esnasında tarafların bizzat yetkili evlendirme memuru önünde evlenme iradelerini açıklamaları, evlenmenin kurucu unsurlarındandır ve bu husus, TMK’nın “törenin şekli” başlıklı 142. maddesinde düzenlenmektedir. Tarafların iradelerini evlendirme memuru önünde bizzat açıklamaları zorunluluğu, şekle ilişkin bir husus olduğundan, temsilci vasıtasıyla evlenmelere izin veren bir ülkede, Türk vatandaşlarının bu şekilde gerçekleştirdikleri evlilikler, MÖHUK m. 12/2 uyarınca geçerli sayılacaktır⁷¹⁴.

Evliliğin şekline uygulanacak hukukun kapsamı belirlenirken, üzerinde durulması gereken bir diğer husus, herhangi bir şekil şartını gerektirmeyen evlilik benzeri yaşam

⁷⁰⁹ NOMER, s. 251.

⁷¹⁰ SAYMAN, Evlenmenin Kuruluşu, s. 160-161.

⁷¹¹ SAYMAN, Evlenmenin Kuruluşu, s. 163.

⁷¹² DOĞAN, s. 330.

⁷¹³ EKŞİ, Nuray, Milletlerarası Özel Hukukta Medeni Olmayan Evliliklerin ve Adli Olmayan Boşamaların Tanınması, İstanbul 2012, s. 27; DOĞANGÜN, s. 140.

⁷¹⁴ DOĞANGÜN, s. 140.

modellerinin de şekil bakımından evlenmenin şekline uygulanacak hukuka tabi olup olmadıkları meselesidir. Evlilik benzeri yaşam modelleri, kayıtlı birliktelikler haricinde, herhangi bir şekil şartı aranmaksızın kurulabilen ve şekilsiz evlilik olarak adlandırılan modellerdir⁷¹⁵. Evlilik benzeri yaşam modelleri, *common law* evlilikler⁷¹⁶, kayıtlı birliktelikler⁷¹⁷ ve uzun süreli birlikte yaşama⁷¹⁸ olarak üç farklı türde karşımıza çıkar.

Doktrinde, Türk hukukunda düzenlenmemiş olan bu yaşam modellerinin ortak özelliğinin "evlenme amacı" değil, "aile kurma amacı" olmasından hareketle, bunların şekil ve esas bakımından "evlilik" olarak nitelendirilmesinin yerinde olmayacağı ve bu modellerin esas bakımından geçerliliklerine uygulanacak hukuk için bağımsız bir bağlama kuralının oluşturulması gerektiği ifade edilmektedir⁷¹⁹. Benzer bir görüş⁷²⁰, aynı cinsten kişilerin kayıtlı

⁷¹⁵ ÖZTÜRK, Necla, Milletlerarası Özel Hukukta Aile Kurma Amaçlı Evlilik Benzeri Yaşam Modelleri, Ankara 2015, s. 223.

⁷¹⁶ *Common law* evliliklerde, asli ve şekli geçerlilik şartı ayırımı yer almamakta ve Amerikan doktrininde, çoğunlukla, bu evliliklerin geçerliliğinin "kuruluş yeri hukukuna" tabi olması gerektiği kabul edilmektedir (bkz. ÖZTÜRK, Evlilik Benzeri Yaşam Modelleri, s. 214-215). *Common law* evlilik, bir sözleşme olarak kabul edildiği için kuruluş yeri ile sözleşmenin yapıldığı yer hukuku (*lex loci contractus*) örtüşmektedir (bkz. ÖZTÜRK, Evlilik Benzeri Yaşam Modelleri, s. 215).

⁷¹⁷ Bu tür bir birliktelik kurmak isteyen çiftler ile kaydı yaptırmak istedikleri ülke arasında belirli bir bağın bulunması gerekmekte ve bu bağın ne olduğu ülkeden ülkeye farklılık göstererek, bazı ülke hukuklarında kayıtlı birlikteliğin tescili için vatandaşlık, bazılarında ise ikamet koşulu aranmaktadır (bkz. ÖZTÜRK, Evlilik Benzeri Yaşam Modelleri, s. 218). Söz konusu bağ için aranan kriterlerin, kayıtlı birlikteliğin şekline uygulanacak hukukun belirlenmesinde herhangi bir rol oynamadığı; kayıtlı birlikteliklerin şekli bakımından en uygun bağlama kriterinin *LRA* kuralı olduğu ileri sürülmektedir (bkz. ÖZTÜRK, Evlilik Benzeri Yaşam Modelleri, s. 219).

Kayıtlı birliktelikler konusunda, bazı ülke hukuklarında, evlenmeye ilişkin kanunlar ihtilafi kurallara atıf yapılırken, bazı ülke hukuklarında bağımsız kanunlar ihtilafi kurallarına yer verildiği görülmektedir. Bu konuda evlenmeye ilişkin kanunlar ihtilafi kurallarına gönderme yapan ülke hukuklarına örnek olarak İsviçre hukuku gösterilebilir. İsviçre hukukunda, İsviçre MÖHK m. 65/a hükmünde, kayıtlı birliktelikler konusunda evlenmeye ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanacağı düzenlenmektedir (bkz. <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19870312/index.html#a65a>). Kayıtlı birliktelikler konusunda bağımsız kanunlar ihtilafi kurallarına yer veren ülke hukuklarına örnek olarak ise, Belçika hukuku gösterilebilir. Belçika MÖHK m. 59/2 gereği, bir birlikte yaşam ilişkisinin Belçika'da kayıt altına alınabilmesi için bu birlikteliğin kurulduğu anda tarafların Belçika'da müşterek bir mutad meskene sahip olmaları gerekmekte ve Belçika MÖHK m. 60 gereği, bu tür birlikteliklerin geçerlilik koşulları, birlikteliğin kaydedildiği yer hukukuna (tescil yeri hukuku-*lex loci registrationis*) tabi olmaktadır (bkz. http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=2004071631&table_name=loi). Sonuç olarak, hangi sistem benimsenirse benimsensin, kayıtlı birlikteliklerin şekli konusunda kayıt yeri hukukunun (*lex loci registrationis*) tek başına yetkili olduğu görülmektedir (bkz. ÖZTÜRK, Evlilik Benzeri Yaşam Modelleri, s. 221). Birden çok kayıt yerinin bulunması durumunda, bazı ülkelerde ilk kayıt yeri bazı ülkelerde son kayıt yeri esas alınmakla beraber, evlilikte olduğu gibi, çiftlerin kayıtlı birlikteliklerinin diğer ülkelerde de kabul edilmesi ve tekrar tescile gerek duyulmaması gerektiği savunulmaktadır (ÖZTÜRK, Evlilik Benzeri Yaşam Modelleri, s. 221, dn. 760).

⁷¹⁸ Uzun süreli birlikte yaşama modelinde, şekle ilişkin uyumsuzluklarda, tören yeri hukuku yerine kuruluş yeri hukukunun uygulanmasının daha yerinde olacağı, bu tür yaşam modelinde kayıt ya da tescil gibi herhangi bir işlem söz konusu olmadığından, çiftin uzun süreli birlikte yaşama modelinin kurulduğunu iddia ettiği yerin kuruluş yeri olarak dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir (bkz. ÖZTÜRK, Evlilik Benzeri Yaşam Modelleri, s. 223).

⁷¹⁹ ÖZTÜRK, Evlilik Benzeri Yaşam Modelleri, s. 224.

birliktelikleri bakımından da ileri sürülmekte ve bu birlikteliklere uygulanacak hukuk konusunda bir kanun boşluğu olduğu, bu boşluğun MÖHUK m. 13 hükmünün uygulanması yoluyla doldurulabilmesi için kıyas yapmayı mümkün kılan benzerlik unsurlarının bulunması gerektiği, Türk hukukunda hâkim olan evlilik anlayışından hareketle MÖHUK m. 13 hükmünün bu birlikteliklere kıyas yoluyla uygulanmasının mümkün olmadığı savunulmaktadır⁷²¹.

Evlilik benzeri yaşam modellerinin şekli bakımından ise, hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuku belirleyen genel düzenleme olan MÖHUK m. 7 hükmünün esas alınmasının yerinde olacağı ifade edilmektedir⁷²². Buna bağlı olarak, bunların şekline ilişkin uyuşmazlıklarda, işlem yeri hukuku (*LRA*) ile işlemin esasına uygulanacak hukuk birbirine alternatif olarak yetkili olacaktır. Söz konusu görüş, bu yaşam modellerinin esasına uygulanacak hukukun işlemin kurulduğu yer hukuku olmasından hareket ederek, gerek *LRA* gerekse *lex causae* kuralının aynı hukuka işaret ettiğini savunmakta; böylece, evliliğin şekline uygulanacak hukuku belirleyen MÖHUK m. 13/2 hükmünde olduğu gibi işlemin gerçekleştiği yer hukukunun şekil konusunda tek başına yetkili olacağı sonucuna ulaşmaktadır⁷²³.

Konuyu sadece aynı cinsten kişilerin kayıtlı birliktelikleri çerçevesinde ele alan bir görüş, mevcut kanun boşluğunun TMK m. 1/2 hükmündeki temel prensip uyarınca doldurulacağını, aynı cinsten kişilerin birliktelikleri konusunda örf-adet hukukunda bir hüküm bulunmadığından bu boşluğun doldurulması için hâkimin hukuk yaratması gerekeceğini ileri sürmektedir⁷²⁴. Söz konusu görüş uyarınca, şahsi statüye ilişkin bir konu olan aynı cinsten kişilerin birlikteliği hakkında oluşturulacak kanunlar ihtilafı kuralı için taraf menfaatleri dikkat alınarak, kıyas yoluyla, evliliğe ilişkin MÖHUK m. 13 hükmünün uygulanması gerekecektir⁷²⁵. O halde, bu birlikteliklerin şekli geçerliliği konusunda, MÖHUK m. 13/2 hükmünün kıyasen uygulanması sonucu, birlikteliğin kurulduğu yer hukuku olarak, tescil yeri

⁷²⁰ SİRMEN, Sedat, "Eş Cinsel Birliktelikler ve Bunların Kanunlar İhtilafı Hukukunda Düzenlenişi", AÜHF, Cilt: 58, Sayı: 4, 2009, s. 858-860.

⁷²¹ Bu görüşe göre, TMK m. 1 uyarınca, mevcut kanun boşluğu doldurulurken, İsviçre hukukunda olduğu gibi evlilik hükümlerine atf yapılarak kuruluş yeri hukukunun uygulanması düşünülebileceği gibi, daha esnek bir kural oluşturularak tescil yeri (*lex loci registrationis*), vatandaşlık ve yerleşim yeri bağlama noktaları kullanılarak alternatif nitelikli bir bağlama kuralının oluşturulması da mümkündür (bkz. SİRMEN, s. 868-869).

⁷²² ÖZTÜRK, Evlilik Benzeri Yaşam Modelleri, s. 224.

⁷²³ ÖZTÜRK, Evlilik Benzeri Yaşam Modelleri, s. 225.

⁷²⁴ YASAN, Candan, "Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsiyetten Kişilerin Evliliği ve Evlilik Dışı Birliktelikleri", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011/1, Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan, s. 765-766.

⁷²⁵ YASAN, s. 765-766.

hukuku (*lex loci registrationis*) uygulama alanı bulacaktır⁷²⁶. Görüldüğü üzere, evlilik benzeri yaşam modellerinin şekli konusunda, evliliğin şeklinde olduğu üzere tek bir hukukun yani aşağıda detaylarıyla inceleneceği üzere işlem yeri hukukunun (*LRA*) yetkisinden söz edilmektedir.

bb. Evlenmenin Şekline İlişkin Bağlama Kuralının Uygulanması

Şekil konusunda, *LRA* kuralının zorunlu olarak uygulandığı alanlardan biri evliliğdir. Buna göre, evliliğin şekli bakımından evliliğin yapıldığı yer hukuku (*lex loci celebrationis*) uygulanır; gerçekleştiği yer hukukunun⁷²⁷ şekil kurallarına riayet edilmeden yapılan bir evlilik geçersiz kabul edilir. Bu kural, Türk hukukunun yanı sıra çeşitli milli hukuklarda da kabul edilmiştir⁷²⁸. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere, Danimarka ve Japonya’da, ister ülke içinde yapılan evlenmeler ister yabancı ülkede yapılan evlenmeler, şekil şartları bakımından evliliğin gerçekleştiği ülke hukukuna tabidir⁷²⁹. Buna göre, örneğin, Danimarka’da hem resmi memur önünde yapılan evlenmeler hem de dini biçimde yapılan evlenmeler geçerli olmakla birlikte, Danimarkalı eşlerin resmi evlendirmeyi şart koşan bir ülkede, örneğin Fransa’da dini merasimle evlenmeleri mümkün değildir; bu şekilde yapılan bir evlilik Danimarka hukuku bakımından da geçersiz olur⁷³⁰.

Fransız hukukunda, yabancı ülkelerde gerçekleştirilen evliliklerin şekli konusunda hangi hukukun uygulanacağı meselesi, Fransız Medeni Kanunu m. 171-1’de düzenlenmektedir. Söz konusu hüküm uyarınca, Fransız vatandaşları arasında ya da Fransız vatandaşları ile yabancılar arasında yabancı ülkelerde gerçekleştirilen evliliklerin, söz konusu ülke hukukunun öngördüğü şekil kurallarına uyularak yapılması gerekmektedir⁷³¹. Bu hüküm,

⁷²⁶ YASAN, s. 766, dn. 55.

⁷²⁷ Evliliğin gemide gerçekleştiği durumlarda, açık denizde olmak şartıyla, geminin taşıdığı bayrak hukuku, gemi kaptanına evlendirme yetkisi vermiş ise, geçerli bir evlilik yapılabilir. Tarafların milli hukukları gemi kaptanına evlendirme yetkisi tanımış olsa dahi, bayrak hukuku bu yetkiyi tanımamışsa, evlenmenin kaptan tarafından yapılması mümkün değildir (bkz. NOMER, s. 251-252).

⁷²⁸ Evlenmenin şekli konusunda *LRA* kuralının tek başına uygulanması bakımından, bazı ülke hukuklarında evlenmenin ülke içinde ya da dışında yapılmasına göre bir ayrıma gidildiği görülmektedir. Örneğin, Alman hukukunda (EGBGB § 13/3), Almanya’da yapılan evlenmeler bakımından evlenme yeri hukukunun zorunlu uygulama alanına sahip olduğu kabul edilirken, yabancı ülkelerde yapılan evlenmelerde hem yapıldığı yer hukukunun hem de tarafların milli hukukunun şekil kurallarının yetkisi kabul edilmektedir.

⁷²⁹ NOMER, s. 247. Evliliğin şekline uygulanacak hukuk konusunda, *LRA* kuralının tek başına uygulama alanı bulduğu ülke hukuklarına bir diğer örnek Belçika hukukudur (bkz. RIGAUX/ FALLON, s. 523).

⁷³⁰ NOMER, s. 247.

⁷³¹ Fransız Yargıtayı, 15.6.1982 tarihli bir kararında, *locus regit actum* kuralının emredici niteliğini, her devletin kendi topraklarında gerçekleştirilen kişi hallerine ilişkin hukuki işlemleri kontrol etme konusunda menfaatinin bulunması gerekçesiyle, yabancı ülkelerde yabancı kişiler arasında gerçekleştirilen evlilikler bakımından da kabul etmiştir (bkz. Cass. 1er Civ., 15.06.1982, *Zagha*, Rev. crit. DIP 1983, s. 300, note J. M. Bischoff; CA Paris, 20.12.2001, Rev. crit. DIP, s. 681, note B. Ancel).

“*actor regit actum*”⁷³² kuralının bir görünümüdür. Buna göre, resmi memur, kendisini yetkilendiren devlet hukukunun öngördüğü şekil kurallarına göre hareket etmek zorundadır; resmi memurun ülke içindeki yetkisi, kullanması gereken dil, uygulayacağı şekil kuralları, gerçekleştireceği bir hukuki işlem için gereken tanık sayısı ya da tanıkların rolü gibi hususlarda başka bir ülke hukukunun uygulanması mümkün değildir⁷³³. Söz konusu hüküm, yabancı ülkelerde gerçekleştirilen ve taraflarından en azından birinin Fransız vatandaşı olduğu evliliklerin şekline uygulanacak hukuku düzenlemekle beraber, bu hükmün, iki yanlılaştırılarak, Fransa’da, yabancı ülke vatandaşları arasında ya da bir Fransız ile yabancı bir ülke vatandaşı arasında gerçekleşen evliliklerin şekli konusunda da uygulanacağı kabul edilmektedir⁷³⁴.

Türk hukukunda, evlenmenin şekli, MÖHUK m. 13/2 düzenlemesinde, evliliğin gerçekleştiği yer hukukuna tabi kılınmıştır. Buna göre, Türkiye’de evlenen kişiler ister Türk vatandaşı ister yabancı olsunlar, Türk hukukunda öngörülen şekil kurallarına riayet etmek zorundadır. Aksi halde, Türk hukuku bakımından geçerli bir evlilikten bahsetmek mümkün olmayacaktır. O halde, dini evliliklerin, resmi bir makamın iştiraki olmaksızın tarafların ortak beyanlarıyla meydana gelen *Common Law evlilikler* gibi şekle tabi olmaksızın yapılabilen evliliklerin ya da evlendirmeye yetkili makam önünde taraflardan birinin ya da her ikisinin yerine evlenme beyanlarını ileten bir temsilci vasıtasıyla gerçekleşen evliliklerin Türkiye’de geçerli olarak yapılması mümkün değildir. MÖHUK m. 13/2 hükmü, yabancı bir ülkede gerçekleştirilen evlilikler bakımından da uygulama alanı bulur. O halde, yabancı bir ülkede gerçekleştirilen evliliğin Türk hukuku bakımından şeklen geçerli kabul edilebilmesi için, evliliğin gerçekleştirildiği ülke hukukunun şekil kurallarına uygun olması gerekmektedir⁷³⁵.

⁷³² “*Auctor regit actum*” prensibine ilişkin açıklamalar için bkz. Üçüncü Bölüm/ I/ B/ 3.

⁷³³ MAYER/ HEUZE, s. 406; VIGNAL, s. 167.

⁷³⁴ LOUSSOUARN/ BOUREL/ VAREILLES-SOMMIERES, s. 396-397; NIBOYET/ PRADELLE, s. 57; VIGNAL, s. 167. Doktrinde, yabancılar arasında Fransa’da gerçekleştirilen evliliklerin şekli konusunda *LRA* kuralının emredici nitelikte uygulanarak tarafların milli hukukunun dışlanması eleştirilmektedir (bkz. LOUSSOUARN/ BOUREL/ VAREILLES-SOMMIERES, s. 397, dn. 5, 398-399). Bu görüşe göre, Fransız resmi memura, uygulamakla yükümlü olduğu şekil kurallarının dışında bir kural uygulayarak evliliği gerçekleştirilmesi dayatılmadığı sürece, tarafların müşterek milli hukuklarının öngördüğü şekilde Fransa’da yapılan bir evliliği, geçersiz kabul etmemek gerekir; aynı doğrultuda, yabancı bir ülkede, tarafların müşterek milli hukuklarına uygun şekilde yapılan evlilikler de geçerli kabul edilmelidir (bkz. LOUSSOUARN/ BOUREL/ VAREILLES-SOMMIERES, s. 399, 403).

⁷³⁵ Yurtdışında, Türk vatandaşı kadın ve erkek veya bir Türk vatandaşı ile bir yabancı, buldukları ülkenin evlendirmeye yetkili makamları huzurunda evlenebilirler. Böyle bir evlenme Türk hukuku bakımından da geçerlidir. Bu evlenme ile ilgili olarak, Evlendirme Yönetmeliği m. 11/2 gereği, yabancı yetkili makamdan alınacak belgenin en geç bir ay içinde en yakın Türk konsolosluğuna verilmesi ya da gönderilmesi zorunludur. Ancak, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi, evlenmenin geçerliliğini etkilemez. Yönetmelik’te öngörülen bu bildirim yükümlülüğü, evliliğin geçliliğiyle ilgili olmayıp, tescil işlemi ile ilgilidir (bkz. DOĞAN, s. 326; NOMER, s. 249). Bildirim yükümlülüğünün önemi, evliliğin tescili ve

Evlenmenin gerçekleştiği ülkede medeni ya da dini nikahın geçerli olması bu sonucu değiştirmeyecektir⁷³⁶. Dini nikahın geçerli olduğu bir ülkede bu şekilde evlenen Türk vatandaşlarının veya yabancıların evlilikleri, Türk hukuku bakımından şeklen geçerli kabul edilecektir.

Türk hukukunda, MÖHUK m. 13/2 çerçevesinde, evliliğin şekil bakımından geçerli olup olmadığı tespit edilirken, "evlenmenin gerçekleştiği anın" esas alınması gerekir⁷³⁷. Diğer bir ifadeyle, evliliğin şeklen geçerli olup olmadığı, davanın açıldığı tarih dikkate alınmaksızın, evlenmenin gerçekleştiği tarih esas alınarak tespit edilir. Buna göre, taraflardan birinin evlenmenin gerçekleştiği tarihte yabancı olması durumunda, evliliğin şekline uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 13/2 çerçevesinde tespit edilecek; evlenmenin gerçekleştiği tarihten sonra tarafların Türk vatandaşlığını kazanması, MÖHUK m. 13/2 hükmünün uygulanmasına engel olmayacaktır⁷³⁸.

Türkiye'de gerçekleştirilecek evliliklerde, yetkili resmi makamlar, Türk medeni Kanunu m. 134/2, Evlendirme Yönetmeliği⁷³⁹ m. 7/2 ve Nüfus Hizmetleri Kanunu⁷⁴⁰ m. 22/2 hükümlerinde düzenlenmektedir. Söz konusu hükümler uyarınca, Türk vatandaşlarının evlendirme işlemlerinde yetkili kişi, belediye bulunan yerlerde belediye başkanı veya bu işle görevlendireceği memur, köylerde ise muhtardır; İçişleri Bakanlığı, il, nüfus ve vatandaşlık müdürlüklerine ve dış temsilciliklere, il ve ilçe müftülerine⁷⁴¹ evlendirme yetkisi verebilir.

ispatında ortaya çıkmaktadır; bildirim yükümlülüğüne uyulmaması durumunda, Türk vatandaşı eşin nüfus kayıtlarında evlilik görülmecektir, böylece, evliliğin ispatı problemi ile karşılaşılacaktır (bkz. DOĞAN, s. 326). Yurtdışında, o yer hukukuna uygun şekilde yapılmış bir evlilik, Türk nüfus kayıtlarına tescil edilmemiş olsa dahi geçerlidir; böyle bir evliliğin her türlü delille ispat edilebileceği Yargıtay kararlarında kabul edilmektedir. Bkz. Y. 2. HD., 03.06.1986, E. 5498/ K. 5784 (www.kazanci.com). Yabancı bir ülkede hukukun geçerli olarak yapılan bir evliliğin Türkiye'deki nüfus kayıtlarına işlenmesinin idari bir işlem olup, evliliğin geçerliliğine etki etmeyeceğine ilişkin olarak ayrıca bkz. Y. 2. HD., 17.11.2014, E. 2014/ 17373, K. 2014/ 22817 (www.lexpera.com.tr).

Yargıtay'ın 24.01.2013 tarihli bir kararında (Y. 2. HD., 24.01.2013, E. 2012/ 13194, K. 2013/ 1781, karar için bkz. LALE, Muktedir, Özetli İçtihatlı Yargıtay Uygulamalarında Milletlerarası Özel ve Usul Hukuku, Ankara 2014, s. 29-30), İran'da o ülke kanunlarının öngördüğü şekle uygun olarak evlenen Afgan uyruklu tarafların boşanma talebiyle Türk mahkemelerinde açtıkları davada yerel mahkemenin kayıtlı bir evlilik olmadığı gerekçesiyle boşanma talebini reddetmesi üzerine, Yargıtay, evliliğin şeklinin yapıldığı ülke hukukuna tabi olduğunu belirterek söz konusu evliliğin geçerli olduğu sonucuna ulaşmış ve yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Ayrıca, bkz. Y. 2. HD., 17.03.2008, E. 2007/ 6488, K. 2008/ 3494 (www.lexpera.com.tr).

⁷³⁶ NOMER, s. 249; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 130.

⁷³⁷ EKŞİ, Konsolosluklarda Yapılan Evlenmeler, s. 971.

⁷³⁸ EKŞİ, Konsolosluklarda Yapılan Evlenmeler, s. 971-972.

⁷³⁹ RG., 7.11.1985, No: 18921.

⁷⁴⁰ RG., 29.4.2006, S. 26153.

⁷⁴¹ 2 Aralık 2017 tarih ve 30258 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "Evlendirme Yönetmeliği"nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik" m. 1 uyarınca, 1985 tarihli Evlendirme

Evlenecek kişilerden birinin yabancı olması halinde ise, evlendirme konusunda sadece belediye evlendirme memurlukları ile nüfus müdürleri yetkilidir (Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 22/2; Evlendirme Yönetmeliği m. 7/2).

Yabancı ülkede gerçekleştirilecek evlilikler bakımından, Evlendirme Yönetmeliği m. 11 düzenlemesinde, iki Türk vatandaşının veya bir Türk vatandaşı ile bir yabancının, buldukları ülkenin yetkili makamları önünde evlenebilecekleri; böyle bir evliliğin, Türk mevzuatına aykırı olmamak kaydıyla Türkiye’de de geçerli olacağı öngörülmektedir. Söz konusu düzenlemede yer verilen “Türk mevzuatı” ibaresinin Türk Milletlerarası Özel Hukuk kurallarını da kapsadığı, dolayısıyla, yabancı ülkede yapılan evliliğin MÖHUK’un yetkili kıldığı ülke hukukuna riayet edilerek gerçekleştirilmesinin yeterli olacağı ifade edilmektedir⁷⁴².

Sonuç olarak, Türk hukukunda, evlenmenin şekli konusunda *LRA* kuralının alternatif niteliği kabul edilmeyerek, işlem yeri hukuku tek başına yetkili kılınmıştır. *LRA* kuralının evlenmenin geçerliliğinde zorunlu ya da alternatif nitelikte kabul edilmesi bir tercih sorunudur ve Türk kanunlar ihtilafı sisteminde zorunlu nitelik kabul edilmiştir. Bununla birlikte, doktrinde, evlenmenin geçerliği ön plana alındığında, *LRA* kuralının alternatif nitelikte olması gerektiği, bu kurala uygun olarak yapılmayan ama başka bağlama noktaları esas alınarak yapılan evliliklerin de geçerli kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁷⁴³. Bu görüşe göre, örneğin, eşlerin milli hukuklarına göre dini biçimde gerçekleştirilen evlilikler geçerli kabul edilmelidir.

Doktrindeki benzer bir görüş, Türk hukukunda, evlenecek kişilerin resmi memur önünde evlenme iradelerini bizzat açıklamalarına ilişkin kuralın (TMK m. 141-142), Türkiye’de evlenen yabancılara uygulanmamasının, evlilik konusunda devletin yapısını ilgilendiren hukuki örgütlenmenin ihlali anlamına gelmeyeceğini savunmaktadır⁷⁴⁴. Bu görüş uyarınca, evlenmenin şekline uygulanacak hukuk tespit edilirken, *LRA* kuralının alternatif (ihtiyari) nitelikte uygulanması ve evlenecek taraflara, evlenmenin yapıldığı ülke hukuku ile tarafların milli hukukları arasında bir seçim hakkı tanınarak, bu hukuklardan birinin öngördüğü şekilde evliliğin gerçekleştirilmesine imkân tanınması gerekmektedir⁷⁴⁵.

Yönetmeliği’nin 7. maddesi, değiştirilerek, il ve ilçe müftülüklerine evlendirme memurluğu görev ve yetkisinin verilebileceği hüküm altına alınmıştır.

⁷⁴² ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 130.

⁷⁴³ ÇELİKEL/ ERDEM, s. 234.

⁷⁴⁴ SAYMAN, Evlenmenin Kuruluşu, s. 130.

⁷⁴⁵ SAYMAN, Evlenmenin Kuruluşu, s. 130-131.

cc. Evlenmenin Şekli Konusunda Atfın Uygulanması

Evliliğin şekli geçerliliğinin sağlanması bakımından *LRA* kuralının alternatif nitelikte uygulanmasının yanı sıra atıf kurumuna başvurulması da düşünülebilir. Diğer bir ifadeyle, evliliğin gerçekleştiği ülkenin kanunlar ihtilafı kuralları dikkate alınarak, bu kuralların işaret ettiği hukuka göre şeklen geçerli olan bir evliliğin Türk hukuku bakımından da geçerli kabul edilmesi söz konusu olabilir. Türk hukukunda, MÖHUK m. 2/3 uyarınca kişiler ve aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda atfın dikkate alınacağı düzenlenmiş, hukuki işlemlerin şekline ilişkin genel hükümde (MÖHUK m. 7) atfın uygulanmayacağı açıkça belirtilmiş; buna karşılık, evlenmenin şeklini düzenleyen MÖHUK m. 13/2 hükmünde bu konuya ilişkin bir açıklığa yer verilmemiştir. Doktrinde, bu durumun, evlenmenin şekli konusunda atfın uygulanıp uygulanmayacağı konusunda tereddüt yarattığı ifade edilmektedir⁷⁴⁶.

Doktrindeki bir görüş⁷⁴⁷ uyarınca, Türkiye’de yapılan evliliklerde evlenmenin yapıldığı yer hukukunun yani Türk hukukunun şekil kurallarına riayet zorunluysen, yabancı ülkelerde yapılan evliliklerde, o ülke hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarının kabul ettiği diğer bir hukukun şekil şartlarına uygun olarak da evlilik gerçekleştirilebilir. O halde, evlenmenin yapıldığı yer hukukunun, evliliğin gerçekleştiği yer hukukunun yanı sıra tarafların milli hukuklarına uygun şekilde gerçekleştirilen evlilikleri de geçerli kabul ettiği durumlarda, tarafların milli hukuklarına uygun olarak yapılmış bir evlilik, Türk hukuku bakımından da şeklen geçerli olacaktır⁷⁴⁸. Söz konusu görüş, bu durumun, evlenmenin yapıldığı yer hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarının dikkate alınması anlamına geleceğini ve yapılan evliliklerin milletlerarası alanda geçerliliğini koruma gayesinin, şekli düzenleyen ve şekil konusunda atfı reddeden genel kanunlar ihtilafı kuralına (MÖHUK m 7) aykırı hareket edilmesini meşru ve haklı kılacağını ifade etmektedir⁷⁴⁹.

Doktrindeki bir diğer görüş⁷⁵⁰ ise, kişisel statüde yer alan evlenme haricindeki ilişkilerin kurulmasında, şekli geçerlilik konusunda, MÖHUK m. 7 hükmündeki genel kural ile hukuki işlemin geçerlilik şansı arttırılırken, evlenme gibi tarafları hakkında büyük önem taşıyan bir ilişkinin kurulmasında aynı esnekliğin mevcut olmamasının olumlu

⁷⁴⁶ DARDAĞAN KİBAR, Esra, “*Güncel Gelişmeler Işığında Atıf Sorununa Bakış Denemesi*”, 10. Yılında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Editörler Feriha Bilge Tanrıbilir/ Gülce Gümürlü Tunçağıl, Ankara 2018, s. 41.

⁷⁴⁷ NOMER, s. 249. Aynı yönde bkz. ÇELİKEL/ ERDEM, s. 128, 236; AKINCI/ DEMİR GÖKYAYLA, s. 21.

⁷⁴⁸ NOMER, s. 249.

⁷⁴⁹ NOMER, s. 249.

⁷⁵⁰ ULUOCAK, Nihal, “*Evlenmenin Şekli Geçerliliğinde İn Favorem Atıf Uygulanması*”, MHB, Sayı: 2, Yıl: 4, 1984, s. 112-113. Aynı yönde bkz. ÇELİKEL, Aysel, “*Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Atıf Prensiibinin Uygulanması*”, MHB, Yıl: 3, Sayı: 2, 1983, s. 4; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 236.

karşılanmayacağını ifade etmekte; bu çerçevede, evlenmenin şekli konusunda atfın dikkate alınması ve bu yolla evlenmenin şekli geçerliliği sağlanabiliyorsa atfın uygulanması (*in favorem* atıf) gerektiğini ileri sürmektedir. Doktrindeki benzer bir görüş⁷⁵¹, aile hukukuna ilişkin hukuki işlemlerin şekli konusunda atfın uygulanıp uygulanmayacağı belirlenirken, uyuşmazlıkla ilgili olarak korunmaya değer menfaatlerin irdelenmesi suretiyle bir sonuca ulaşılması ve evlenmenin şekli geçerliliğini temin ettiği ölçüde atfın uygulanması gerektiğini savunmaktadır.

Evlenmenin şekli geçerliliği konusunda atfın uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin tartışma, ancak, evlenmenin gerçekleştiği ülke hukukunda evliliğin şeklinin işlem yeri hukuku dışında bir hukuka (örneğin tarafların müşterek milli hukuku ya da müşterek mutad mesken hukuku) tabi olduğu ve tarafların bu hukuka uygun bir evlilik gerçekleştirdikleri hallerde bir anlam ifade eder. Bu durum ise, sadece, evliliğin gerçekleştiği ülke hukukunda medeni evliliğin öngörüldüğü, buna karşılık, bu ülkenin evlenmenin şekli konusunda yetkili gördüğü hukukta, dini ya da rızai şekilde evlenmeye izin verilmesi halinde söz konusu olabilir. Aksi ihtimalde, yani evliliğin gerçekleştiği ülkede medeni evliliğin kabul edilmemesi halinde, tarafların milli hukukları buna izin verse dahi, bu ülkede medeni evlilik gerçekleştirilemeyecektir. Zira medeni evlilikler, yetkili resmi memur önünde gerçekleştirilir ve bir ülke hukukunun başka bir ülkedeki resmi memuru yetkilendirmesi düşünülemez.

Evlenmenin şekli geçerliliğinde atfın uygulanıp uygulanmayacağı tespit edilirken, kanaatimizce, öncelikle atıf kurumunun amacından yola çıkılmalı ve evlenmenin şekli konusunda MÖHUK m. 13/2 uyarınca, MÖHUK m. 7 hükmünden farklı olarak, evlenmenin gerçekleştiği ülke hukukunun (*LRA* kuralı) tek başına yetkili kılınmasının gerekçeleri üzerinde durulmalıdır. Doktrinde, atıf lehine ileri sürülen çeşitli görüşler olmakla beraber⁷⁵², atfın kabul edilmesinin öne çıkan gerekçeleri, atfın, yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının da dikkate alınması sebebiyle milletlerarası karar ahengine hizmet etmesi⁷⁵³,

⁷⁵¹ DARDAĞAN KİBAR, s. 42. Aynı yönde bkz. ACUN MEKENGECİ, Merve, "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Kapsamında Atıf (Renvoi) Prensiplerinin Uygulanması", EÜHFD, Cilt: XVII, Sayı: 3-4, 2013, s. 263.

⁷⁵² Atfın uygulanması konusunda doktrindeki olumlu görüşlere ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. BALKAR BOZKURT, Süheyla, "Uluslararası Özel Hukukta Bitmeyen Tartışma: Atıf (Renvoi) Teorisi Uygulanması ve Değerlendirilmesi", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014/2, Doç. Dr. Melike Batur Yamaner'in Anısına Armağan, Cilt II, İstanbul 2015, s. 819-822. Atıf hakkındaki görüşlere ilişkin ayrıntılı açıklama için ayrıca bkz. MESCI, Barış, "Milletlerarası Özel Hukukta Atıf", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. iur. Merih Kemal Omağ'a Armağan, Cilt: 16, Sayı: 2, Temmuz 2017, Cilt II, s. 326-333.

⁷⁵³ NOMER, s. 149; RIGAUX/ FALLON, s. 232; DOĞAN, Vahit, "Atıf Teorisindeki Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Yıl: 1998, Sayı: 1-2, s. 833; ÇELİKEL/

tarafarla en sıkı ilişkili hukukun uygulanmasını⁷⁵⁴ sağlamak suretiyle milletlerarası özel hukuk adaletinin gerçekleşmesine yardımcı olması⁷⁵⁵ ve *forum shopping*'i engellemesidir⁷⁵⁶. Bu gerekçeler arasında, söz konusu tartışma bakımından, en çok üzerinde durulması gereken husus, atfin milletlerarası karar ahengine hizmet edip etmediği meselesidir. Zira atfin uygulanması halinde milletlerarası karar ahenginin sağlanması söz konusu olur ise, bu durum, milletlerarası özel hukuk alanında istenmeyen bir durumu ifade eden "total evliliklerin"⁷⁵⁷ önlenmesine yardım olacak ve bu konuda atfin kabulü için önemli bir gerekçe teşkil edecektir.

Milletlerarası karar ahengi, farklı devlet mahkemelerinden çıkan kararlar arasındaki uyumu ifade etmektedir⁷⁵⁸. Atfin uygulanması halinde, hâkim, yabancı hukuk düzeninin yürürlükte olduğu ülke hâkimi gibi karar verecek, böylece, her iki devlet mahkemesinden çıkacak kararlar arasında uyum sağlanmış olacaktır⁷⁵⁹. Diğer bir ifadeyle, davaya bakan hâkim, dava kendi ülkesinde açılmış olmasına rağmen, sanki dava uyuşmazlıkla en sıkı ilişkili ülkede görülüyormuş gibi o ülke hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayacak, böylece, davanın nerede açılmış olduğu fark etmeksizin, uyuşmazlığın çözümünde aynı sonuca ulaşılabilecektir⁷⁶⁰.

ERDEM, s. 114; DARDAĞAN KİBAR, s. 28; BALKAR BOZKURT, Atıf, s. 819; ACUN MEKENGEC, Atıf, s. 241.

⁷⁵⁴ ACUN MEKENGEC, Atıf, s. 241, 276. Atıf prensibinin uygulanmasıyla, hem Türk hakim kendi kanunlar ihtilafı kurallarının söz konusu uyuşmazlıkla en sıkı ilişkili gördüğü hukuku uygulamış olacak hem de söz konusu yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının uyuşmazlıkla en sıkı ilişkili gördüğü hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanmış olacak, böylece en sıkı ilişkili hukuku uygulama prensibi, sadece Türk hukuku bakımından değil, Türk kanunlar ihtilafı kurallarının yetkili kıldığı yabancı hukuk bakımından da sağlanmış olacaktır (bkz. ÇELİKEL/ ERDEM, s. 118; ACUN MEKENGEC, Atıf, s. 275) Bununla birlikte, doktrinde, atfin uygulanmasının her zaman milletlerarası karar ahengine hizmet etmeyebileceği, bazı durumlarda, atfin uygulanması sonucu taraflarla pek ilgisi olmayan bir hukukun uygulanmasının gündeme gelebileceği ifade edilmektedir (bkz. ACUN MEKENGEC, Atıf, s. 276).

⁷⁵⁵ ÇELİKEL/ ERDEM, s. 117-118; ACUN MEKENGEC, Atıf, s. 241.

⁷⁵⁶ DARDAĞAN KİBAR, s. 28; BALKAR BOZKURT, Atıf, s. 819. Doktrinde, atfin uygulanmasının *forum shopping* riskini önemli ölçüde azaltarak tarafların kendi menfaatlerine uyacak mahkemeyi seçmelerini engelleyeceği; zira atfin uygulanması sonucu uygulanacak hukuk mahkemeden mahkemeye değişmeyeceği için, tarafların davalarını açacakları mahkemenin bir önemi kalmayacağı ifade edilmektedir (bkz. BALKAR BOZKURT, Atıf, s. 819-820, dn. 93).

⁷⁵⁷ Aile hukuku alanında, olağan ve doğal kabul edilen düzenlemeler, ülkeden ülkeye farklılık gösterebilmektedir. Diğer bir ifadeyle, bir ülkede olağan kabul edilen bir düzenleme bir diğer ülkede şartıcı ve kabul edilemez görülebilmektedir (bkz. EKŞİ, Konsolosluklarda Yapılan Evlenmeler, s. 970). Bunun sonucunda, bir ülkede geçerli olan bir evlilik, diğer bir ülkede hukuki sonuç doğurmayabilmektedir. İşte, bir ülkede geçerli olup bir diğer ülkede geçerli olmayan evlilikler, "total evlilikler" olarak adlandırılmaktadır (bkz. TEKİNALP/ UYANIK, s. 144; EKŞİ, Konsolosluklarda Yapılan Evlenmeler, s. 970; AKGÜN, Cansu, "Konsolosluk Evlenmelerinin Şekline Uygulanacak Hukuk", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XXI, Yıl: 2017, Sayı: 3, s. 120).

⁷⁵⁸ ACUN MEKENGEC, Atıf, s. 241, dn. 10.

⁷⁵⁹ ÇELİKEL/ ERDEM, s. 114; ACUN MEKENGEC, Atıf, s. 241, dn. 10.

⁷⁶⁰ BALKAR BOZKURT, Atıf, s. 819. Bununla birlikte, doktrinde, atfin milletlerarası karar ahengini her zaman sağlamayabileceği, hâkimin hukuku ile bu hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının yetkili kıldığı yabancı hukuktan her ikisinin de atfi kabul etmesi halinde verilecek kararlar arasında bir ahenk olmayacağı, tam

Atıf kurumunun amacının yanı sıra, evlenmenin şekli konusunda MÖHUK m. 7 hükmündeki *favor negotii* prensibinden vazgeçilerek evlenmenin gerçekleştiği ülke hukukunun tek başına yetkili kılınmasının (MÖHUK m. 13/2) nedenleri üzerinde de durulmalıdır. Kanaatimizce, evlenmenin şekli konusunda sadece *LRA* kuralının uygulama alanı bulmasının temelinde "*auctor regit actum*" prensibi yatmaktadır. Söz konusu prensip gereği, bir hukuki işlemin yapılabilmesi için resmi bir makamın katılımının gerektiği hallerde, bu makamın hangi işlemleri ne şekilde yapabileceği, diğer bir ifadeyle, resmi makamının yetkisinin kapsam ve sınırları bu makamı yetkilendiren ülke hukukuna tabi olacaktır ve bu makamın başka bir ülke hukukuna göre işlem yapması mümkün değildir⁷⁶¹. Buna bağlı olarak, bir ülkede evlilik gerçekleştirilirken o ülkenin hukukuna uyma zorunluluğu gündeme gelebilir. Diğer bir ifadeyle, söz konusu prensip, fiilen, evliliğin gerçekleştiği yer hukuku dışında bir hukukun uygulanmasına engel olabilir. Şöyle ki, evliliğin ancak dini merasim ile gerçekleştirilebildiği bir ülkede, resmi bir evlendirme memuru önünde evlilik yapılması mümkün değildir.

Diğer taraftan, medeni evliliğin kabul edildiği bir ülkede, taraflar resmi memur önünde evlenmek istemezlerse, örneğin tarafların müşterek milli hukukunda dini merasimin öngörülmesi ve fakat dini evlenme için herhangi bir makam ya da kişinin katılımının gerekmemesi durumunda bu evliliğin tarafların müşterek milli hukukunun öngördüğü şekilde gerçekleştirilmesi mümkün olabilir; eğer bu hukuk, dini evlenmenin yetkili bir makam ya da kişi önünde yapılmasını zorunlu kılıyorsa, medeni evliliğin kabul edildiği bir ülkede tarafların bu şekilde bir evlilik gerçekleştirme imkânı yoktur⁷⁶². O halde, evlenmenin gerçekleştiği ülke hukuku dışında bir hukukun şekil kurallarına göre evliliğin gerçekleştirilmesi, ancak bazı dini evlilikler ile herhangi bir şekle tabi olmayan rızai evliliklerde söz konusu olabilecek ve atfın uygulanma imkânı bu hallerle sınırlı olarak gündeme gelecektir.

MÖHUK m. 13/2 çerçevesinde atfın uygulanıp uygulanmayacağı belirlenirken, söz konusu hükmün düzenlenme gerekçesi ve atıf kurumunun işlevine ilişkin yukarıda yapmış olduğumuz açıklamaların ardından, atfın uygulama alanını düzenleyen MÖHUK m. 2/3 hükmü üzerinde durulmalıdır. MÖHUK m. 2/3 gereği, uygulanacak yabancı hukukun

aksine ancak bu iki hukuktan birinin atfı kabul etmemesi halinde karar ahengine ulaşılabileceği ifade edilmektedir (NOMER, s. 149-150; RIGAUX/ FALLON, s. 238-239). Doktrindeki bir diğer görüş ise, özellikle, yetkili yabancı ülke hukukunun iade ya da devam eden atfı kabul etmemesi durumunda, milletlerarası karar ahenginin sağlanmasının mümkün olmayacağını savunmaktadır (bkz. DOĞAN, Atıf, s. 833; ACUN MEKENGECİ, Atıf, s. 241, dn. 10).

⁷⁶¹ "*Auctor regit actum*" prensibine ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Üçüncü Bölüm/ I/ B/ 3.

⁷⁶² SAYMAN, Evlenmenin Kuruluşu, s. 139-140.

kanunlar ihtilafi kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması, sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilaflarda dikkate alınacak ve bu hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanacaktır. O halde, kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin tüm meselelerde, kanunda açıkça aksi öngörülmemişse, hâkim, MÖHUK'un yetkili kıldığı yabancı hukukun kanunlar ihtilafi kuralları ile bu kuralların işaret ettiği hukukun maddi hukuk hükümlerini re'sen uygulayacaktır (MÖHUK m. 2/1). Bu durumda, MÖHUK m. 13/2 düzenlemesinin kişinin hukuku veya aile hukukuna ilişkin olduğunun kabulü halinde hâkim atfı uygulamakla yükümlü olacaktır.

Evliliğin geçerliliğine ilişkin bir uyuşmazlığın, aile hukuku kapsamında yer aldığı şüphesizdir. MÖHUK m. 2/3 hükmünde atfı uygulayıp uygulamama konusunda hâkime takdir yetkisi tanınmamış ve MÖHUK m. 13/2 düzenlemesinde atfın uygulanmayacağına açıkça belirtilmemiş olması karşısında, evliliğin şekline uygulanacak hukuk tespit edilirken, atfın uygulanması gerektiği kanaatindeyiz⁷⁶³. Hâkime bu konuda takdir yetkisi tanınmamış olması, kanaatimizce, atfın *in favorem* olarak, diğer bir ifadeyle, sadece evliliği geçerli kıldığı hallerde, uygulanmasını imkansızlaştırmaktır. Diğer taraftan, yukarıda yer verdiğimiz üzere, atf kurumunun işlevleri arasında, hukuki işlemlerin ayakta tutulması amacı yer almamaktadır. Bu durum da, atfın, evliliğin şekli konusunda geçerliliği sağlama amacıyla sınırlı olarak uygulanmasına engel teşkil eder.

Konuya ilişkin mevcut hukuki düzenlemeler çerçevesinde evliliğin şekli konusunda atfın uygulanacağı sonucuna ulaşmakla birlikte, evliliğin şeklinde *LRA* kuralının tek başına uygulama alanı bulmasının temelinde yatan yukarıda açıklamış olduğumuz gerekçeler, olması gereken hukuk bakımından, bizi farklı bir sonuca götürmektedir. Zira atfın uygulanması bazı durumlarda, *LRA* kuralının düzenleme amacına aykırı sonuçlar doğurabilecektir. Örneğin, evliliğin yapıldığı ülkede dini evlilik şekli öngörülmesine karşılık, evliliğin şekli bakımından tarafların müşterek milli hukuklarının yetkili kılındığını ve bu hukukun medeni evlilik şekli öngördüğünü farz edelim. Taraflar evliliği gerçekleştirdikleri ülkede, bu ülke hukukun öngördüğü dini merasimle evlenmişlerse, bu evliliğin şekli geçerliliği Türk mahkemeleri önünde sorgulandığında, bu evlilik, atfın uygulanması sonucu geçersiz kabul edilecektir. Bu durum ise, gerek hükmün amacına gerek taraf menfaatlerine aykırıdır. Bu çerçevede,

⁷⁶³ Doktrinde de, hakimin, MÖHUK m. 2 gereği, kanunlar ihtilafi kurallarının yetkili kıldığı yabancı hukuku ve bu hukukun atf yaptığı yabancı hukukun maddi hükümlerini re'sen uygulamakla yükümlü olduğu ifade edilmektedir (bkz. ÇELİKEL/ ERDEM, s. 128). Bu görüş, atfın kabul ya da reddildiği hallerin, kanunda açıkça ve hakime takdir yetkisi verilmeksizin düzenlenmesinin yerinde olduğunu belirtmektedir (bkz. ÇELİKEL/ ERDEM, s. 128).

kanaatimizce, MÖHUK m. 13/2 hükmünde, "evliliğin şekline yapıldığı ülke hukukunun maddi hukuk hükümlerinin uygulanacağı" şeklinde bir düzenlenmeye yer verilmesi yerinde olacaktır.

dd. Şekle Aykırılığın Sonuçları

Evlenmede şekle aykırılığın sonuçları bakımından, evlenmenin şeklini yöneten hukuk uygulama alanı bulur. Buna göre, şekle aykırı bir evliliğin tabi olacağı yaptırım, evliliğin yapıldığı ülke hukukuna göre belirlenecektir⁷⁶⁴. Bu ülke hukuku, evliliğin şekli konusunda, evliliğin yapıldığı yer hukukundan farklı bir hukuku yetkili kılmış ise, şekle aykırılığın sonuçları bakımından bu ülke hukuku uygulanacaktır. O halde, Türkiye'de gerçekleştirilen evliliklerin akıbeti Türk hukukuna tabi olacaktır.

Türk aile hukukunda, evliliğin geçersizliği, evlenmenin yokluğu ve evlenmenin butlanı olarak karşımıza çıkmakta ve yokluk ile butlan yaptırımları arasında, borçlar hukuku alanından farklı olarak, sonuçları itibariyle önemli farklar bulunmaktadır. Türk Medeni Kanunu'nda evliliğin geçersizliği konusunda, mutlak butlan (TMK m. 145) ve nisbi butlan (TMK m. 148-151, m. 153) hallerinin sınırlı sayıda (*numerus clausus*) belirtilmesine⁷⁶⁵ karşılık, yokluk hallerine kanunda yer verilmemektedir⁷⁶⁶.

Türk hukukunda, evlendirme memuru önünde yapılmayan bir evliliğin yoklukla sakat olduğu, baştan itibaren hukuk alanında yer almadığı için kendiliğinden hükümsüz olacağı ve bunun tespiti için ayrıca dava açılmasına gerek olmadığı kabul edilmektedir⁷⁶⁷. Bununla birlikte, evlenmenin yokluğu ihtilafli ise, yokluğun tespiti için bir tespit davası açılması mümkündür; evliliğin yokluğuna ilişkin bir tespit kararı verilmesi halinde, evlenme yine baştan itibaren hükümsüz kabul edilecektir⁷⁶⁸.

Yoklukla sakat olan bir evlenme, ne kadar zaman geçerse geçsin geçerli hale gelmeyecektir; yok olan bir evlenmenin nüfus siciline kaydedilmiş olması da bu sonucu

⁷⁶⁴ NOMER, s. 249; TEKİNALP/ UYANIK, s. 150; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 233; DOĞAN, s. 330.

⁷⁶⁵ DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan/ GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul 2018, s. 81; ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015, s. 577; ERDEM, Mehmet, Aile Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 74.

⁷⁶⁶ Yokluk kavramı, kanunda öngörülen bir kavram değildir; bu kavram doktrin tarafından bulunmuştur (bkz. DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 72; ÖZTAN, s. 572). Evlenmenin kurucu unsurlarının bulunmadığı hallerde evlenmenin yokluğundan bahsedilir. Evlenmenin kurulmasındaki eksiklik, kanunda öngörülen mutlak butlan sebeplerinden daha ağır olmalıdır (bkz. ÖZTAN, s. 572). Buna göre, evlenmenin yokluğu halleri, evlenmenin ayrı cinsten kişiler arasında ya da evlendirme memuru önünde yapılmamış olması ve iki tarafın evlendirme memuru önünde aynı anda hazır bulunmamalarıdır. Evlenmenin yokluğu hallerine ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 72-79; ÖZTAN, s. 572-577; ERDEM, Aile Hukuku, s. 70-74.

⁷⁶⁷ DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 77-79; ÖZTAN, s. 571-572, 574; ERDEM, Aile Hukuku, s. 69-71, 74.

⁷⁶⁸ DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 79; ERDEM, Aile Hukuku, s. 74.

değiştirmeyecektir⁷⁶⁹. Her ilgilinin yanlış kaydın düzeltilmesi amacıyla yokluğun tespiti davasını her zaman açma hakkı bulunmaktadır⁷⁷⁰.

b. Konsolosluk Evlenmeleri

aa. Genel Olarak

Vatandaşı olunan devletin dış temsilcilikleri önünde evlenme, Türk hukukunda, diplomatik evlenme, konsolosluk evlenmesi ya da konsüler evlenme olarak adlandırılmaktadır⁷⁷¹. Konsolosluk evlenmeleri⁷⁷², evliliğin şekli konusunda hâkim olan *LRA* kuralına bir istisna teşkil etmektedir. Zira bağlı olduğu devlet tarafından kendisine evlendirme yetkisi tanınan konsoloslar, belirli şartların gerçekleşmesi halinde, bağlı oldukları devletin maddi hukuk kurallarının öngördüğü şekle riayet ederek bu yetkilerini kullanmaktadırlar. Buna göre, konsolosluk evlenmelerinde, evliliğin şekli konusunda, evliliğin gerçekleştiği yer hukuku değil, konsolosu gönderen devletin hukuku uygulama alanı bulmaktadır. Bu hukuk, çoğu zaman tarafların milli hukukuna işaret etmektedir. Zira çoğunlukla, söz konusu yetki, konsoloslara, sadece bağlı oldukları devletin vatandaşlarını evlendirme konusunda tanınmaktadır.

Konsolosluk evlenmelerinde evlenmenin hem maddi hem de şekil şartları bakımından tarafların milli hukuku uygulama alanı bulduğundan, konsoloslukta gerçekleşen bir evliliğin, evlenen kişilerin vatandaşı oldukları devlete bildirilmesine gerek olmayacaktır; konsoloslukta evlenme gerçekleştiği anda, kişi vatandaşı olduğu devlet bakımından evli sayılacaktır⁷⁷³. Kişinin konsoloslukta gerçekleştirdiği evliliği vatandaşı olduğu devlete bildirme zorunluluğunun olmaması, konsolosluk evlenmelerinin tercih edilmesinin en önemli nedenleri arasındadır⁷⁷⁴. Konsolosluk evlenmelerinin tercih edilmesinin bir diğer nedeni ise, bu

⁷⁶⁹ DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 79; ÖZTAN, s. 571; ERDEM, Aile Hukuku, s. 74.

⁷⁷⁰ DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 79; ÖZTAN, s. 572.

⁷⁷¹ AKINCI/ DEMİR GÖKYAYLA, s. 22; SAYMAN, Evlenmenin Kuruluşu, s. 169; EKŞİ, Konsolosluklarda Yapılan Evlenmeler, s. 971; ŞENSÖZ MALKOÇ, Ebru, "Yabancıların Türkiye'de Evlenmesi Konsolosluk Evlenmelerinin Hukuki Geçerliliği ve Sonuçları", MHB, Cilt: 37, Sayı: 2, 2017, Yücel Sayman'a Armağan, s. 717.

⁷⁷² Diplomatik evlenme, elçi ya da yetkili elçilik memuru, konsolos ya da yetkili konsolosluk memuru tarafından akdedilebilmekle beraber (bkz. SAYMAN, Evlenmenin Kuruluşu, s. 169), çalışmamızda, bu evlilikleri ifade etmek üzere, "konsolosluk evlenmeleri" ibaresini kullanacağız.

⁷⁷³ ERSEN PERÇİN, Gizem, "Evlenme Hakkının Yabancılar Tarafından Kullanılmasında İstisnai Bir Yöntem: Konsolosluk Evlenmeleri", Legal Hukuk Dergisi, Özel Sayı Aralık 2014, Rona Aybay'a Armağan, s. 907.; ERSEN, Gizem, Yabancıların Evlenme Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi, İstanbul 2007, s. 94.

⁷⁷⁴ AYBAY, Rona, Tarih ve Hukuk Açısından Konsolosluk, İstanbul 2009, s. 219; ERSEN PERÇİN, Konsolosluk Evlenmeleri, s. 907; ERSEN, Yabancıların Evlenme Hakkı, s. 94.

evliliklerin, taraflara, kendilerini dil ve kültür bakımından daha yakın bir ortamda, ulusal hukuklarının öngördüğü biçimde bir evlilik gerçekleştirme imkânı sağlamasıdır⁷⁷⁵.

Devletlerin milli mevzuatlarının yanı sıra bazı iki ve çok taraflı milletlerarası sözleşmelerde de konsoloslara evlendirme yetkisi tanındığı görülmektedir. Bu sözleşmelere örnek olarak, 10 Eylül 1964 tarihli "Yabancı Memleketlerde Yapılan Evlenme Merasiminin Kolaylaştırılmasına Dair Sözleşme" gösterilebilir⁷⁷⁶. Sözleşmenin 5. maddesinde, "Âkit Devletlerden birinin kanunu evlenmenin dinî merasimle icrasını mecburi kıldığı takdirde, diğer Âkit Devletlerin elçilik veya konsolosluk memurları kendi kanunları müsaade ettiği takdirde bu memlekette evlenme akdini icra edebilirler. Şu şartla ki: Eşlerden en az biri elçilik veya konsolosluk memurunu tâyin eden devletin uyrukluğunda bulunmalı ve eşlerden hiçbiri evlenme akdinin yapıldığı devlet vatandaşlığında olmamalıdır" şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Söz konusu düzenleme, çalışmamızın ilgili kısmında ayrıntılarıyla ele alınacak olan "konsolosluk evlenmelerinin geçerlilik şartları"⁷⁷⁷ göz önünde bulundurulduğunda, eşlerden sadece birinin konsolosu gönderen devletin vatandaşlığında bulunmasını yeterli gördüğünden, Türk hukuku da dahil olmak üzere pek çok milli hukuka nazaran daha esnek şartlar taşımaktadır. Doktrinde, şartların daha esnek olmasının sebebinin, din ve vicdan özgürlüğüne aykırı bir uygulama olan "dini merasimle evlenme zorunluluğuna" tek alternatif olabilecek konsolosluk evlenmelerinin uygulama alanını mümkün olduğunca genişletmek olduğu ifade edilmektedir⁷⁷⁸.

Bir diğer milletlerarası sözleşme, konsolosluk ilişkileri hakkında Birleşmiş Milletler tarafından düzenlenen 24 Nisan 1963 tarihli Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi'dir⁷⁷⁹. Sözleşmenin 5. maddesinde konsolosların görevlerine yer verilmiştir. Söz konusu maddede, konsolosların, "gönderen Devlet tarafından bir konsolosluğa verilen ve kabul eden Devlet kanun ve düzenlemelerinin yasaklamadığı veya bu Devlet'in karşı çıkmadığı veya gönderen Devletle kabul eden Devlet arasında yürürlükte bulunan uluslararası anlaşmalarda belirtilen bütün diğer görevleri" yapmaya yetkili oldukları düzenlenmiştir (m. 5/m). Bu hükümden hareketle, Sözleşme m. 5'te belirtilen görevlerin sınırlı sayıda (*numerus clausus*) olmadığı, örnek niteliğinde oldukları kabul edilmektedir⁷⁸⁰.

⁷⁷⁵ AYBAY, Konsolosluk, s. 219; ERSEN PERÇİN, Konsolosluk Evlenmeleri, s. 907; ERSEN, Yabancıların Evlenme Hakkı, s. 94.

⁷⁷⁶ Türkiye bu Sözleşme'ye taraftır (RG. 8.7.1967, S. 12642).

⁷⁷⁷ Bkz. Üçüncü Bölüm/ I/ A/ 1/ b/ bb.

⁷⁷⁸ ERSEN PERÇİN, Konsolosluk Evlenmeleri, s. 908; ERSEN, Yabancıların Evlenme Hakkı, s. 95.

⁷⁷⁹ Türkiye bu Sözleşme'ye taraftır (RG. 29.5.1975, S. 15249).

⁷⁸⁰ ERSEN PERÇİN, Konsolosluk Evlenmeleri, s. 906.

Konsolosların evlendirme yetkisi bu örnekler arasında sayılmamış olmakla birlikte, söz konusu hüküm uyarınca, gönderen devletin konsolosuna evlendirme yetkisi tanıdığı ve kabul eden devletin de bu yetkiye karşı çıkmadığı durumlarda, konsolosun evlendirme yetkisinin varlığını kabul etmek gerekecektir⁷⁸¹. Viyana Sözleşmesi çerçevesinde, gönderen devletin konsoloslarının evlendirme yetkisine sahip olup olmadıkları, sahip iseler evlenecek kişilerin vatandaşlığı itibariyle hangi sınırlamalarla bu yetkiye sahip oldukları konusunda taraf devletlerin iç hukuku uygulama alanı bulacağından, bu sözleşmenin, taraf tüm devletler bakımından genel nitelikli bir sözleşme olmaktan ileriye gidemediği doktrinde ifade edilmektedir⁷⁸².

Türk hukuku bakımından, MÖHUK m. 1/2 gereği, Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler saklı tutulduğundan, Türkiye'nin taraf olduğu gerek iki taraflı gerekse çok taraflı milletlerarası sözleşme hükümlerine göre konsolosluklarda evlenilmesi mümkündür⁷⁸³. MÖHUK m. 13 hükmünün gerekçesinde, konsolosluk evlilikleri hakkında hem iki taraflı hem çok taraflı milletlerarası sözleşmelerin olduğu; bu konuda, MÖHUK m. 1/2 hükmünün milletlerarası sözleşmeleri saklı tutan genel atfı sonucu bu sözleşmelerin uygulama alanı bulacağı, bu nedenle, MÖHUK m. 13 hükmünde, konsolosluklarda yapılan evlenmelerle ilgili milletlerarası sözleşmelere atfı yapılmasına gerek olmadığı belirtilmiştir⁷⁸⁴.

bb. Konsolosluk Evlenmelerinin Geçerlilik Şartları

aaa. Yetki Şartı

Konsolosluk evlenmelerinin geçerli olması için uluslararası hukukta dört şart aranmaktadır. Buna göre, öncelikle, konsolosa bağlı olduğu devlet tarafından evlendirme yetkisi verilmiş olması gerekir⁷⁸⁵. Ayrıca, konsolosun evlendirme yetkisi, evlenmenin

⁷⁸¹ AYBAY, Konsolosluk, s. 221; ERSEN PERÇİN, Konsolosluk Evlenmeleri, s. 906; ŞENSÖZ MALKOÇ, Konsolosluk Evlenmeleri, s. 723. Bu hükmün yanı sıra, Sözleşme m. 5/f hükmünde yer alan "kişi halleri memuru" ifadesinin geniş yorumlanması suretiyle, konsolosun "evlendirme memuru" olarak işlem yapma yetkisinin var olduğu sonucuna ulaşılabileceği doktrinde ifade edilmektedir (bkz. AYBAY, Konsolosluk, s. 221; ERSEN PERÇİN, Konsolosluk Evlenmeleri, s. 906; ERSEN, Yabancıların Evlenme Hakkı, s. 92; ŞENSÖZ MALKOÇ, Konsolosluk Evlenmeleri, s. 723).

⁷⁸² ŞENSÖZ MALKOÇ, Konsolosluk Evlenmeleri, s. 724.

⁷⁸³ AYBAY, Konsolosluk, s. 219; EKŞİ, Konsolosluklarda Yapılan Evlenmeler, s. 972.

⁷⁸⁴ 5718 sayılı MÖHUK'un madde gerekçeleri için bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf>.

⁷⁸⁵ SAYMAN, Evlenmenin Kuruluşu, s. 170; AYBAY, Konsolosluk, s. 220; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 237; NOMER, s. 252; TEKİNALP/ UYANIK, s. 146; DOĞAN, s. 328; AKINCI/ DEMİR GÖKYAYLA, s. 22; EKŞİ, Konsolosluklarda Yapılan Evlenmeler, s. 972; ERSEN PERÇİN, Konsolosluk Evlenmeleri, s. 908; ERSEN, Yabancıların Evlenme Hakkı, s. 95-96; ŞENSÖZ MALKOÇ, Konsolosluk Evlenmeleri, s. 722; AKGÜN, s. 117; DOĞANGÜN, s. 137.

yapıldığı ülke tarafından da tanınmalıdır⁷⁸⁶. Diğer bir ifadeyle, konsolosun evlendirme yetkisinin varlığı için hem gönderen ülkenin hem de kabul eden ülkenin konsolosun evlendirme yetkisini kabul etmesi (çifte yetkilendirme) gerekir. Gönderen ülkenin evlendirme yetkisi vermesine rağmen, kabul eden ülkenin konsolosa bu yetkiyi tanımaması halinde, tek taraflı olarak verilen yetki, milletlerarası alanda bir etki doğurmayacaktır. Bunun yanı sıra, gönderen devlet kendi hukukuna uygun olarak bu evliliği gerçekleştirmelidir⁷⁸⁷. Son olarak, evlenen kişilerden en az biri konsolosu gönderen devletin vatandaşı olmalıdır⁷⁸⁸.

Görüldüğü üzere, konsolosluk evlenmesinin geçerliliği için aranan ilk şart, gönderen devletin konsolosa evlendirme yetkisi tanımış olmasıdır. Bu yetki, gönderen devletin milli kanunlarında düzenlenebileceği gibi⁷⁸⁹, gönderen devlet ile kabul eden devlet arasında konsolosluk ilişkilerini düzenleyen iki ya da çok taraflı bir milletlerarası sözleşmede de düzenlenebilir⁷⁹⁰. Gönderen devletin mevzuatında konsolosa evlendirme yetkisi tanıyan genel bir düzenlemenin mevcut olmaması⁷⁹¹ ve gönderen devlet ile kabul eden devlet arasında

⁷⁸⁶ SAYMAN, Evlenmenin Kuruluşu, s. 170; AYBAY, Konsolosluk, s. 220; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 237; NOMER, s. 252; TEKİNALP/ UYANIK, s. 146; DOĞAN, s. 328; AKINCI/ DEMİR GÖKYAYLA, s. 22; EKŞİ, Konsolosluklarda Yapılan Evlenmeler, s. 972; ERSEN PERÇİN, Konsolosluk Evlenmeleri, s. 908; ERSEN, Yabancıların Evlenme Hakkı, s. 95-96; ŞENSÖZ MALKOÇ, Konsolosluk Evlenmeleri, s. 722; AKGÜN, s. 117; DOĞANGÜN, s. 137.

⁷⁸⁷ SAYMAN, Evlenmenin Kuruluşu, s. 170; AYBAY, Konsolosluk, s. 220; AKINCI/ DEMİR GÖKYAYLA, s. 22; EKŞİ, Konsolosluklarda Yapılan Evlenmeler, s. 972; ŞENSÖZ MALKOÇ, Konsolosluk Evlenmeleri, s. 722-723; ERSEN PERÇİN, Konsolosluk Evlenmeleri, s. 907-908; ERSEN, Yabancıların Evlenme Hakkı, s. 95-96; AKGÜN, s. 117-118.

⁷⁸⁸ AYBAY, Konsolosluk, s. 220; TEKİNALP/ UYANIK, s. 147; ERSEN PERÇİN, Konsolosluk Evlenmeleri, s. 908; DOĞANGÜN, s. 138; ERSEN, Yabancıların Evlenme Hakkı, s. 95-96; AKGÜN, s. 118, 121.

⁷⁸⁹ Milli mevzuatında açık bir düzenleme ile konsoloslarına evlendirme yetkisi tanıyan ülkelere örnek olarak Fransa gösterilebilir. Fransız hukukunda, Fransız Medeni Kanunu m. 171-1'de, Fransız vatandaşlarının, Fransız dış temsilciliklerinde, Fransız hukukunun öngördüğü şekil kuralları çerçevesinde evlenebilecekleri düzenlenmektedir. Söz konusu düzenleme uyarınca, aynı imkân, Fransız vatandaşları ile yabancılar arasında gerçekleştirilen evlilikler bakımından da söz konusudur. Ancak, bir Fransızın yabancı bir devlet vatandaşı ile Fransız dış temsilciliklerinde evlenebilmesi için, söz konusu yabancı, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile belirlenen ülkelere birinin vatandaşı olması gerekmektedir. Fransız Medeni Kanunu m. 171-1'de düzenlenen durumlar haricinde, bir Fransız ile bir yabancı devlet vatandaşının Fransız dış temsilciliklerinde evlenmesi mümkün değildir. Mevzuatında açık bir düzenleme ile konsoloslara evlendirme yetkisi tanıyan ülkelere diğer örnekler, Hindistan ve Nijerya'dır (bkz. ERSEN PERÇİN, Konsolosluk Evlenmeleri, s. 909; ERSEN, Yabancıların Evlenme Hakkı, s. 96). Hindistan hukukunda 1969 tarihli Yabancı Evlilik Kanunu m. 3 hükmünde konsoloslara Resmi Gazete'de yayımlanmak suretiyle evlendirme yetkisi verilebileceği düzenlenmiştir. Nijerya hukukunda ise, Nijerya Evlilik Kanunu m. 50 hükmü ile Nijerya konsoloslarının evlendirme yetkisi kabul edilmiştir.

⁷⁹⁰ ERSEN PERÇİN, Konsolosluk Evlenmeleri, s. 909.

⁷⁹¹ Konsolosuna evlendirme yetkisi tanıyıp tanımadığına ilişkin bir düzenlemeye mevzuatında yer vermeyen ülkelere örnek olarak İsviçre gösterilebilir. İsviçre hukukunda, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nda bu konuya ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Konsolosluk evlenmelerinin yabancı ülkelere yapılan evlenmeler bakımından istisnai bir yöntem teşkil etmesinden hareketle, dar yorum ilkesi çerçevesinde, mevzuatta açık bir hükmün bulunmaması nedeniyle İsviçre konsoloslarının buldukları ülkelere evlendirme yetkilerinin olmadığı sonucuna ulaşılması gerektiği kabul edilmektedir (bkz. AYBAY, Konsolosluk, s. 221, dn. 441; TEKİNALP/ UYANIK, s. 143, 146-147; ERSEN PERÇİN, Konsolosluk Evlenmeleri, s. 910; DOĞANGÜN, s. 137). Bununla birlikte, İsviçre'nin taraf olduğu iki ya da çok taraflı bir

konsolosluk evlenmelerini mümkün kılan bir milletlerarası sözleşme de bulunmamasına rağmen konsoloslukta gerçekleşen bir evlilik, gönderen devlet ve kabul eden devletin yanı sıra herhangi bir başka devlet hukuku bakımından da geçersiz kabul edilecektir⁷⁹².

Türk hukukunda, yurt dışındaki Türk konsolosluklarının ya da Türkiye'deki yabancı konsoloslukların hangi koşullarda evlendirme yapabileceği Evlendirme Yönetmeliği'nde düzenlenmektedir⁷⁹³. Yurt dışındaki Türk konsolosluklarına evlendirme yetkisi, Evlendirme Yönetmeliği m. 10 hükmü ile verilmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca, yurt dışında bulunan ve misyon şefi olan Türk büyükelçileri, konsolosları veya Dışişleri Bakanlığı'nın konsolosluk işlerini yürütmek amacıyla yetki verdiği görevliler, buldukları devletin hukukunun bu yetkiyi tanımış olması ve eşlerin her ikisinin de Türk vatandaşı olması şartıyla⁷⁹⁴ evlendirme yetkisini haizdir.

Bir Türk konsolosunun, bulunduğu devletin de bu yetkiyi kendisine tanınması şartıyla yapmış olduğu evlendirmeler hem Türk hukuku hem de konsolosun bulunduğu devletin hukukuna göre geçerli olacaktır⁷⁹⁵. Buna karşılık, eğer konsolosun bulunduğu devlet, Türk konsolosunun evlendirme yetkisini tanımıyor ise ve Türk konsolosu buna rağmen bu yetkisini kullanarak evlendirme yapmış ise, yapılan bu evliliğin Türk hukukuna göre geçerli bir evlilik olmasına karşılık, konsolosun bulunduğu devlet bakımından geçersiz bir evlilik olacağı

milletlerarası sözleşmede gönderen devlet ile kabul eden devlet konsoloslarının evlendirme yetkisini haiz olduğuna ilişkin bir hüküm yer alıyorsa, bu hüküm çerçevesinde sözleşmeye taraf devletlerde bulunan İsviçre konsoloslarının evlendirme yetkisinin varlığından söz edilecektir.

⁷⁹² AKGÜN, s. 118-119.

⁷⁹³ 2675 sayılı mülga MÖHUK m. 12/1 düzenlemesinde milletlerarası sözleşme hükümlerine göre konsolosluklarda yapılan evlenmeler açıkça geçerli kabul edilmekteydi. 5718 sayılı MÖHUK'ta söz konusu hükme yer verilmemiştir. Zira konsolosluk evlilikleri konusunda Türkiye'nin taraf olduğu iki ve çok taraflı milletlerarası sözleşmeler, MÖHUK m. 1'in milletlerarası sözleşmeleri saklı tutan genel atfı gereği dikkate alınacaktır, bu nedenle, eski düzenlemede konsolosluk sözleşmelerine yapılan atıf gereksiz olduğu düşünülmüştür (bkz. ÇELİKEL/ ERDEM, s. 237).

⁷⁹⁴ Türk konsolosuna verilen evlendirme yetkisi, evlenmenin gerçekleştiği ülkenin mahalli mevzuatı izin verdiği takdirde, bir Türk vatandaşı ile bir yabancı arasındaki evlenme akdini yapma yetkisini de içermekteydi. Evlendirme Yönetmeliği'nin 10. maddesinde yapılan Aralık 2006 tarihli değişiklik (RG. 08.12.2006, S. 26370) ile bu kural değiştirilmiş ve yurt dışındaki Türk konsoloslarının sadece iki Türk vatandaşını evlendirebilecekleri düzenlenmiştir.

⁷⁹⁵ Türk vatandaşlarının Türk konsolosluğu dışında yurt dışındaki diğer yabancı konsolosluklarda evlenme olanağına sahip olup olmadığı konusunda mevzuatımızda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Doktrindeki bir görüşe göre, Evlendirme Yönetmeliği m. 11/1 hükmünde, yurt dışında evlenecek Türk vatandaşlarının evlenme yeri hukukuna (LRA) göre evlenebilecekleri düzenlendiğinden, evlenme yeri hukukunun tanıdığı bu tür evlenmeler geçerli olacaktır (bkz. ÇELİKEL/ ERDEM, s. 238; AKINCI/ DEMİR GÖKYAYLA, s. 22). Bu görüş uyarınca, 1964 tarihli "Yabancı Memleketlerde Yapılan Evlenme Merasiminin Kolaylaştırılması Hakkında Sözleşme" çerçevesinde de aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Buna göre, bir Türk vatandaşı ile bir Fransız, Almanya'daki Fransız konsolosluğunda, Alman ve Fransız hukukları izin verdiği takdirde evlenebileceklerdir.

doktrinde ifade edilmektedir⁷⁹⁶. Evlendirme Yönetmeliği m. 10'da, Türk konsolosunun yaptığı evlendirmenin geçerli olabilmesi için konsolosun bulunduğu devletin (kabul eden devlet) de konsolosun evlendirme yetkisini tanıyorsa olması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Milletlerarası hukukta konsolosluk evlenmelerinin geçerliliği için hem gönderen devletin hem de kabul eden devletin konsolosa evlendirme yetkisini tanıması gerektiği kabul edilmektedir. Topal evliliklerin önlenmesi amacı da dikkate alındığında, Türk konsolosunun bulunduğu devlet, yabancı konsolosun evlendirme yetkisini tanımıyor ise, konsolosun gerçekleştirdiği evlendirmenin, kanaatimizce, Türk hukuku bakımından da geçersiz sayılması gerekmektedir.

Konsolosluk evlenmelerinin geçerliliği için milletlerarası hukukta aranan ikinci şart, kabul eden devletin, ülkesindeki yabancı konsoloslara evlendirme yetkisini tanımış olmasıdır⁷⁹⁷. Kabul eden devletin bu yetkiyi tanımamasının bir şart olarak aranmasının nedeni, o devletin ülkesinde bulunan kişileri evlendirme yetkisinin, prensip olarak, kabul eden devlete ait olmasıdır⁷⁹⁸. Konsolosu kabul eden devlet, konsolosun evlendirme yetkisini kabul etmek

⁷⁹⁶ NOMER, s. 253. Aynı yönde bkz. DOĞANGÜN, s. 138; AKGÜN, s. 130. Benzer bir görüşe göre, bulunduğu ülkenin kendisine bu yetkiyi tanımamış olmasına rağmen bir evlendirme gerçekleştiren Türk konsolosunun gerçekleştirdiği bu evlilik, şekil bakımından Türk hukukuna göre geçerli olsa dahi, diğer ülke hukukları bakımından bu evliliğin geçerli olup olmadığı konusunda tereddüt duyulabilecektir (bkz. AKINCI/ DEMİR GÖKYAYLA, s. 22).

⁷⁹⁷ Ülkesindeki konsolosların evlendirme yetkisini milli mevzuatında düzenlemek suretiyle kabul eden devletlere örnek olarak Avustralya, Fransa ve Türkiye gösterilebilir. Avustralya hukukunda 1961 tarihli Evlilik Kanunu m. 55 hükmünde, Avustralya'da yaşayan yabancıların taraflardan hiçbirinin Avustralya vatandaşı olmaması şartıyla konsolosluklarda evlenebilecekleri düzenlenmektedir (bkz. ERSEN PERÇİN, Konsolosluk Evlenmeleri, s. 911). Avustralya'da gerçekleşen bir konsolosluk evliliğinin Avustralya'da geçerli kabul edilebilmesi için, Evlilik Kanunu m. 56 uyarınca, konsoloslukta yapılan evlenmenin konsolosu gönderen devletin hukukuna göre geçerli bir evlilik olması ve bu evliliğin Avustralya'nın yetkili makamlarınca tescil edilmesi gerekmektedir.

Fransız hukukunda, Fransız Medeni Kanunu'nda açık bir düzenleme bulunmamasına rağmen, Fransa'da bulunan yabancı ülke temsilciliklerinde, temsilciliklerin bağlı olduğu devlet vatandaşlarının belirli koşulların varlığı halinde evlenebilecekleri kabul edilmektedir (bkz. LEGIER, Loi Applicable A La Forme, s. 19; LOUSSOUARN/ BOUREL/ VAREILLES-SOMMIERES, s. 406; MAYER/ HEUZE, s. 407). Bu evliliklerin geçerli olabilmesi için, diplomatik temsilcinin bağlı olduğu devletin (gönderen devletin) diplomatik temsilciye evlendirme yetkisini tanımış olması ve evlenen kişilerin diplomatik temsilcinin bağlı olduğu devletin vatandaşı olması gerekmektedir (bkz. LEGIER, Loi Applicable A La Forme, s. 19; LOUSSOUARN/ BOUREL/ VAREILLES-SOMMIERES, s. 406, MAYER/ HEUZE, s. 407). Buna göre, örneğin, diplomatik temsilcinin, bağlı olduğu devletin vatandaşı ile Fransız vatandaşını evlendirmesi mümkün değildir. Fransız vatandaşlarının Fransız dış temsilciliklerinde evlenmelerini düzenleyen Fransız Medeni Kanunu m. 171-1 hükmü, vatandaşlığında buldukları devletin üçüncü bir ülkedeki dış temsilciliklerinde evlenen yabancıların durumunu düzenlememektedir. Bununla birlikte, konsolosun bağlı olduğu devletin kendisine evlendirme yetkisini tanımış olması ve konsolosun bulunduğu ülkenin de bu yetkiyi tanıması durumunda, böyle bir evliliğin geçerli kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir (bkz. MAYER/ HEUZE, s. 407). Bu görüşe göre, "Devletin, kendi vatandaşlığında bulunan iki kişiyi, kabul eden devletin de buna izin vermesi şartıyla, diplomatik temsilcileri vasıtasıyla evlendirme yetkisi olduğunu" öngören Fransız Medeni Kanunu m. 48 ve m. 171-1 hükümlerinin iki yanlılaştırılması, bu sonuca ulaşılması için yeterli olacaktır.

⁷⁹⁸ ERSEN PERÇİN, Konsolosluk Evlenmeleri, s. 910; ERSEN, Yabancıların Evlenme Hakkı, s. 97-98; AKGÜN, s. 119.

suretiyle kendisine ait olan evlendirme yetkisini yabancı konsolosla paylaşmış olmaktadır⁷⁹⁹. Milletlerarası kamu hukuku perspektifi ile bakıldığında, kabul eden devletin, gönderen devletin kamu gücünü kullanarak kendi konsolosluklarında evlendirme yetkisini kullanmasını kabul etme zorunluluğu olmadığı; zira evlenmenin gerçekleştirilmesinin kabul eden devletin ülkesel yargı yetkisi dahilinde olduğu, bu nedenle konsolosluk evlenmesinin milletlerarası hukuka uygun düşebilmesi için kabul eden devletin, konsolosun evlendirme yetkisini kabul etmesi gerektiği ifade edilmektedir⁸⁰⁰. Gönderen devletin konsoloslarının kabul eden devletin ülkesinde evlendirme yetkilerini kullanabilmeleri için kabul eden devlet tarafından açıklanması gereken "kabul iradesi", kabul eden devletin milli mevzuatında ya da bu devletin gönderen devlet ile yaptığı iki ya da çok taraflı bir milletlerarası sözleşmede yer alabileceği gibi, kabul eden devletin gönderen devlet konsolosunun akdettiği evlenmeleri geçerli sayması suretiyle zımni olarak da açıklanabilecektir⁸⁰¹.

Türkiye'deki yabancı diplomatik temsilcilerin evlendirme yetkisi, Evlendirme Yönetmeliği m. 12 hükmünde düzenlenmektedir. Söz konusu hüküm uyarınca, aynı devlet vatandaşı olan iki yabancı, kendi milli kanunlarının yetki vermiş olması şartıyla, vatandaşı oldukları devletin Türkiye'deki temsilcilikleri önünde evlenebileceklerdir. Türkiye'de bir Türk vatandaşı ile bir yabancının ya da farklı devlet vatandaşlıklarına sahip iki kişinin ancak yetkili Türk evlendirme memuru önünde evlenebilecekleri, Evlendirme Yönetmeliği m. 12/1 hükmünde açıkça belirtilmiştir. Mülteci, vatansız gibi yabancı statüsündeki diğer kişiler, konsolosluk evlenmelerinden yararlanamayacakları için bu kişiler ancak buldukları ülkenin yetkili makamları önünde evlenebileceklerdir⁸⁰². Evlendirme Yönetmeliği m. 12 hükmünde, Türkiye'deki yabancı konsolosluklarda belirli şartlar dahilinde evlenilebileceği düzenlenmiş olmakla birlikte, Türkiye ile Macaristan arasında 1939 yılında yapılan konsolosluk sözleşmesinde⁸⁰³, başkonsolos, konsolos ve muavin konsolosların ve diğer konsolosluk memurlarının evlendirme yetkilerinin bulunmadığı hükmüne yer verilmiştir. Buna göre, Türkiye'deki Macaristan Konsolosluğu'nda iki Macaristan vatandaşının evlenmesi mümkün olmayacaktır.

⁷⁹⁹ ERSEN PERÇİN, Konsolosluk Evlenmeleri, s. 910; ERSEN, Yabancıların Evlenme Hakkı, s. 97-98; AKGÜN, s. 119.

⁸⁰⁰ AKGÜN, s. 119.

⁸⁰¹ SAYMAN, Evlenmenin Kuruluşu, s. 173.

⁸⁰² ŞENSÖZ MALKOÇ, Konsolosluk Evlenmeleri, s. 718; AKGÜN, s. 122.

⁸⁰³ Türkiye Cumhuriyeti ile Macaristan Krallığı Arasında Akid ve İmza Olunan Konsolosluk Mukavlesile Merbutatının Tasdiki Hakkında Kanun, RG. 27.XII.1939, S. 4395.

bbb. Konsolosluk Evlenmesinin Şekline Uygulanacak Hukuk

Konsolosluk evlenmelerinin geçerliliği için milletlerarası hukukta aranan üçüncü şart, konsolosun kendisini gönderen devletin hukukunun öngördüğü şekil şartlarına uygun olarak evlilik işlemini gerçekleştirmesidir. Yukarıda yer verildiği üzere, konsolosluk evlenmeleri *LRA* kuralının bir istisnasını teşkil eder. Zira her ne kadar, evlenme, konsolosu kabul eden devlette gerçekleşiyor olsa da evlenecek kişiler, evlenmenin hem maddi şartları hem de şekil şartları bakımından konsolosu gönderen devletin hukukuna tabi olurlar. Gönderen devlette bu devletin kanunlarına uygun olarak yapılan bir evlenme, nasıl ki kabul eden devlette kamu düzeni müdahalesi istisna kalmak kaydıyla geçerli kabul ediliyorsa, gönderen devletin konsolosluğunda yapılan bir evliliğin de geçerli kabul edilmesi gerekmektedir. Zira vatandaşa uygulanacak kanun bakımından evliliğin gönderen devlet ülkesinde yapılması ile gönderen devletin konsolosluğunda yapılması arasında bir fark bulunmamaktadır⁸⁰⁴. Tarafların, konsoloslukta yapılan evliliğin daha sonra vatandaşı oldukları ülkede tanıtımları da söz konusu olmaz; zira konsolosluk evlenmesi gerçekleştiği an, kişi vatandaşı olduğu devlet bakımından evli sayılır⁸⁰⁵.

ccc. Evlenmenin Taraflarına İlişkin Şartlar

Konsolosluk evlenmelerinin geçerliliği için aranan son şart, evlenecek kişilerden en az birinin gönderen devletin vatandaşı olmasıdır. Bu kural, "milli hukuk" bağlama noktasına kanunlar ihtilafı sisteminde yer vermeyen ülkeler bakımından da geçerlidir⁸⁰⁶. Konsoloslukta evlenecek kişilerin vatandaşlığı bakımından getirilen sınırlama konusunda iki görüş bulunmaktadır. "Geleneksel görüş" (mutad sistem) olarak adlandırılan ilk görüş uyarınca, konsoloslukta evlenecek kişilerin her ikisinin de konsolosu görevlendiren devletin vatandaşı olması gerekmektedir⁸⁰⁷. Konsoloslukta evlenecek kişilerin vatandaşlığı konusunda benimsenen ikinci görüş, "liberal görüş" olarak adlandırılmaktadır⁸⁰⁸ ve evlenecek kişilerden

⁸⁰⁴ ERSEN PERÇİN, *Konsolosluk Evlenmeleri*, s. 912; ERSEN, *Yabancıların Evlenme Hakkı*, s. 99; AKGÜN, s. 123.

⁸⁰⁵ ERSEN PERÇİN, *Konsolosluk Evlenmeleri*, s. 907; AKGÜN, s. 123.

⁸⁰⁶ AKGÜN, s. 121.

⁸⁰⁷ SAYMAN, *Evlenmenin Kuruluşu*, s. 179; AYBAY, *Konsolosluk*, s. 220; ULUOCAK, s. 63, 239-240; EKŞİ, *Konsolosluklarda Yapılan Evlenmeler*, s. 978; ERSEN PERÇİN, *Konsolosluk Evlenmeleri*, s. 913; ERSEN, *Yabancıların Evlenme Hakkı*, s. 100; ŞENSÖZ MALKOÇ, *Konsolosluk Evlenmeleri*, s. 724; AKGÜN, s. 117.

⁸⁰⁸ Liberal görüşü benimseyen ülke hukuklarına örnek olarak Belçika hukuku gösterilebilir. Belçika hukukunda 12 Temmuz 1931 tarihli Kanun'un (bkz. http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi/article_body.pl?language=fr&caller=summary&pub_date=11-07-06&numac=2011000401) 7. maddesi uyarınca, Belçika diplomatik temsilcilerinin, müstakbel eşlerden birinin Belçika vatandaşı olması şartıyla evlendirme yetkisi bulunmaktadır. Söz konusu hükme ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. RIGAUX/ FALLON, s. 525-526. Liberal görüşün benimsenmesi durumunda, evlenecek

sadece birinin konsolosu görevlendiren devletin vatandaşı olmasını yeterli kabul etmektedir⁸⁰⁹.

Türk hukukunda, Evlendirme Yönetmeliği m. 10 ve m. 12 hükümlerinden yola çıkarak, geleneksel görüşün benimsendiğini söyleyebiliriz. Evlendirme Yönetmeliği m. 10 hükmünde, Türk konsoloslarının sadece "iki Türk vatandaşı" evlendirebilecekleri düzenlenmiştir. Benzer şekilde, Evlendirme Yönetmeliği m. 12 hükmünde, "aynı devlet vatandaşı iki yabancı" Türkiye'deki konsolosluklarda evlenebileceği belirtilmiştir. Bununla birlikte, Türkiye'nin taraf olduğu iki ya da çok taraflı milletlerarası sözleşmelerde, söz konusu hükümlerden farklı bir yaklaşım benimsenmesi mümkündür. Diğer bir ifadeyle, Türkiye'nin taraf olduğu iki ya da çok taraflı bir konsolosluk sözleşmesinde, liberal görüş benimsenerek, taraf devletin ülkesindeki konsolosların evlenecek kişilerden sadece birinin konsolosu gönderen devletin vatandaşı olması şartıyla evlendirme yetkisini haiz olduğu düzenlenebilir. Bu duruma örnek olarak, Türkiye ile İtalya arasındaki 26 Mart 1931 tarihli iki taraflı konsolosluk sözleşmesi⁸¹⁰ gösterilebilir⁸¹¹. Türkiye ile İtalya arasındaki iki taraflı konsolosluk sözleşmesinin haricinde, Türkiye ile diğer devletler arasında, Türkiye'deki yabancı konsolosluklara evlendirme yetkisi tanıyan iki taraflı konsolosluk sözleşmelerinin⁸¹² hepsinde, konsoslara sadece kendi vatandaşlarını evlendirme yetkisi tanınmaktadır⁸¹³.

kişilerin tabi olacakları hukukların farklı olması ihtimali gündeme gelmektedir. Bu durumda, evliliğin şekli bakımından, konsolosu gönderen devletin hukuku uygulama alanı bulacaktır. Buna karşılık, evlenme ehliyet ve şartları bakımından her iki tarafa da konsolosu gönderen devletin hukukunun uygulanması söz konusu olmayacaktır. Zira taraflardan konsolosu gönderen devletin vatandaşlığına sahip olmayan kişi, bu devlet bakımından yabancı statüsünde kabul edilecektir ve böylece bu kişinin evlenme ehliyet ve şartları hakkında konsolosu gönderen devletin kanunlar ihtilafı kurallarının işaret ettiği hukuk uygulanacaktır (bkz. ERSEN PERÇİN, Konsolosluk Evlenmeleri, s. 914).

⁸⁰⁹ SAYMAN, Evlenmenin Kuruluşu, s. 179; AYBAY, Konsolosluk, s. 220; ULUOCAK, s. 63, 239-240; EKŞİ, Konsolosluklarda Yapılan Evlenmeler, s. 978; ERSEN PERÇİN, Konsolosluk Evlenmeleri, s. 913; ERSEN, Yabancıların Evlenme Hakkı, s. 100; ŞENSÖZ MALKOÇ, Konsolosluk Evlenmeleri, s. 724; AKGÜN, s. 116.

⁸¹⁰ Türkiye Cumhuriyeti ile İtalya Krallığı Arasında Akit ve İmza Olunan Konsolosluk Mukavelesinin Tasdiki Hakkında Kanun, RG. 7.4.1931, S. 1768.

⁸¹¹ İtalya ile Türkiye arasındaki konsolosluk sözleşmesinin 18. maddesinde, "konsolosların kendi tebalarının evlenme işlemlerini yapabilecekleri" belirtilmiştir. Bu hükmün iki şekilde yorumlanabileceği, ilk yorum uyarınca konsolosların sadece kendi tebalarının evlenme işlemlerini yapabilecekleri, ikinci yoruma göre ise, evlenecek kişilerden sadece birinin konsolosun bağlı olduğu devletin vatandaşı olmasının yeterli olacağı ifade edilmektedir (bkz. EKŞİ, Konsolosluklarda Yapılan Evlenmeler, s. 976). Doktrinde, bu konsolosluk sözleşmesinde "liberal sistemin" benimsendiği ve sözleşme uyarınca taraf devlet konsoloslarının biri kendi vatandaşı diğeri üçüncü bir devlet vatandaşı iki kişiyi evlendirebilecekleri kabul edilmektedir (bkz. AYBAY, Konsolosluk, s. 226, 228; DOĞAN, s. 329, dn. 268; TEKİNALP/ UYANIK, s. 147; ŞENSÖZ MALKOÇ, Konsolosluk Evlenmeleri, s. 725; ERSEN PERÇİN, Konsolosluk Evlenmeleri, s. 916; AKGÜN, s. 127).

⁸¹² Bu sözleşmelerden bir diğeri, Türkiye ile Azerbaycan arasındaki konsolosluk sözleşmesidir (bkz. Türkiye Cumhuriyeti ile Azerbaycan Cumhuriyeti Arasında Konsolosluk Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun, RG. 21.4.1993, S. 21559). Bu sözleşmede, konsolosların sadece kendi vatandaşlarını evlendirebilecekleri düzenlenmiştir. Bununla birlikte, doktrinde, her iki ülkenin de Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi'ne taraf olduğu, Viyana Sözleşmesi'nde konsoslara

Liberal görüşün benimsendiği düzenlemelere bir diğer örnek, Türkiye'nin taraf olduğu "Yabancı Memleketlerde Yapılan Evlenme Merasiminin Kolaylaştırılması Hakkında Sözleşme"dir. Sözleşme'nin 5. maddesinde, taraf devletlerden birinin evlenmenin dini merasimle yapılmasını zorunlu kılması halinde, diğer taraf devlet konsoloslarının, kendi kanunları izin verdiği takdirde, bu ülkede, "eşlerden en az birinin elçilik veya konsolosluk memurunu tayin eden devletin uyrukluğunda bulunması ve eşlerden hiçbirinin evlenmenin gerçekleştiği devlet vatandaşlığında olmaması" şartıyla evlendirme yetkisini haiz oldukları belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, bu sözleşme çerçevesinde, konsolosun evlendirme yetkisi, kendi vatandaşları ile sınırlı değildir; konsolosun kendi vatandaşı ile diğer bir devlet vatandaşını evlendirme yetkisi bulunmaktadır.

Konsoloslukta evlenecek kişilerin vatandaşlığı konusunda gerek liberal görüşün gerekse geleneksel görüşün benimsendiği sistemlerde, konsoloslukta evlenecek kişilerden hiçbirinin "konsolosu kabul eden devletin vatandaşı" olmaması gerektiği kabul edilmektedir⁸¹⁴. Bu prensibin çıkış noktası, kabul eden devletin, kendi vatandaşlarının, kendi ülkesinde, başka bir devletin resmi makamları önünde evlenmelerine izin vermemesidir⁸¹⁵. Türk hukukunda da bu prensip benimsenerek, Evlendirme Yönetmeliği m. 12 hükmünde, Türkiye'de bir Türk vatandaşı ile bir yabancıdan ancak yetkili Türk evlendirme memuru önünde evlenebilecekleri düzenlenmiştir⁸¹⁶.

biri kendi vatandaşı diğeri başka bir devlet vatandaşı kişileri evlendirme yetkisi tanındığı, Türkiye ile Azerbaycan arasındaki iki taraflı konsolosluk sözleşmesinin 57. maddesinde iki devlet arasındaki milletlerarası sözleşmelerin saklı tutulmuş olması dolayısıyla, Viyana Sözleşmesi çerçevesinde, Azerbaycan konsolosunun Türkiye'de bir Azeri vatandaşı ile diğer bir devlet vatandaşını evlendirebileceğini savunmaktadır (bkz. EKŞİ, Konsolosluklarda Yapılan Evlenmeler, s. 980-981). Doktrindeki bir diğer görüş ise, Türkiye ile Azerbaycan arasındaki Konsolosluk Sözleşmesi'nin Viyana Sözleşmesi'ne nazaran özel nitelikte bir düzenleme olması nedeniyle öncelikli olarak uygulanması gerektiğini; iki devlet arasındaki konsolosluk sözleşmesinde konsolosun evlendirme yetkisinin kendi vatandaşları ile sınırlı olduğunu (m. 37/1/b), gerek bu hükmün gerekse kabul eden devlet olarak Türk hukukundaki Evlendirme Yönetmeliği m. 12 hükmünün uygulanması sonucu, Türkiye'deki Azerbaycan konsolosunun biri Azerbaycan diğeri ise örneğin Gürcistan vatandaşı olan iki kişiyi evlendirme yetkisinin bulunmadığını ileri sürmektedir (bkz. ŞENSÖZ MALKOÇ, Konsolosluk Evlenmeleri, s. 743-744).

⁸¹³ SAYMAN, Evlenmenin Kuruluşu, s. 185; ULUOCAK, s. 63, 239-240; EKŞİ, Konsolosluklarda Yapılan Evlenmeler, s. 978; ŞENSÖZ MALKOÇ, Konsolosluk Evlenmeleri, s. 725; DOĞANGÜN, s. 138.

⁸¹⁴ AYBAY, Konsolosluk, s. 220; ERSEN PERÇİN, Konsolosluk Evlenmeleri, s. 914; AKGÜN, s. 122.

⁸¹⁵ ERSEN PERÇİN, Konsolosluk Evlenmeleri, s. 914; AKGÜN, s. 116-117.

⁸¹⁶ Konsolosluk evlenmelerinin geçerliliği için, tarafların vatandaşlığına ilişkin şartın gerçekleşmesi bakımından, konsoloslukta evlenmek isteyen kişinin birden çok vatandaşlığı olması durumunda, bu vatandaşlıklardan hangisinin esas alınması gerektiği sorusu karşımıza çıkmaktadır. Bu soru, "her devletin kendi vatandaşlığına öncelik tanıması" prensibi ile çözüme kavuşturulmaktadır (bkz. AYBAY, Konsolosluk, s. 229; ŞENSÖZ MALKOÇ, Konsolosluk Evlenmeleri, s. 728; AKGÜN, s. 130). Örneğin, Almanya'daki Türk konsolosluğunda, Türk mevzuatı ve Türkiye ile Almanya arasındaki 1929 tarihli Konsolosluk Sözleşmesi'nin hükümleri çerçevesinde, her ikisi de Türk vatandaşı olan kişiler evlenebilecek; bu kişilerden birinin aynı zamanda Alman vatandaşı olması durumunda, bu evliliğin Türk Konsolosluğu'nda yapılması, Türk hukuku bakımından evliliğin geçerliliğini etkilemeyecektir (bkz. AYBAY, Konsolosluk, s. 230; ŞENSÖZ

cc. Geçerlilik Şartlarına Uymamanın Sonuçları

Konsolosluklarda yapılan evlenmeler, konsolosun bağlı olduğu devletin hukukuna tabidir⁸¹⁷. Zira her konsolos, bağlı olduğu devletin hukukuna göre evlendirme işlemini gerçekleştirir⁸¹⁸. Türk hukukunda, Evlendirme Yönetmeliği'nde, Türk konsoloslarının (m. 10) ve Türkiye'deki yabancı konsolosların (m. 12), belirli şartların varlığı halinde evlendirme yetkisini haiz oldukları düzenlenmiş olmakla birlikte, konsolosun bağlı olduğu devletin şekil kurallarına aykırı olarak gerçekleştirilen evliliklere uygulanacak olan yaptırıma ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Benzer şekilde, Türkiye'nin taraf olduğu iki taraflı konsolosluk sözleşmeleri ile Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi'nde de konsolosluk evlenmesinin şekil şartlarına aykırılığının yaptırımı düzenlenmemiştir⁸¹⁹.

Kanaatimizce, konsolosluk evlenmelerinin konsolosun bağlı olduğu devletin (gönderen devlet) şekil kurallarına göre gerçekleştirilmelerinin bir sonucu olarak, doktrinde de ifade edildiği üzere⁸²⁰, konsolosun bağlı olduğu devletin şekil kurallarına aykırı olarak gerçekleştirilen bir evlilik bakımından hangi yaptırımın uygulanacağı, konsolosun bağlı olduğu devletin hukukuna göre tespit edilmelidir. Buna göre, örneğin, yabancı bir ülkedeki bir Türk konsolosluğunda, Türk Medeni Kanunu'nun şekil şartlarına aykırı olarak

MALKOÇ, Konsolosluk Evlenmeleri, s. 728. Buna karşılık, bu evliliğin Alman hukuku bakımından geçersizliği söz konusu olabilecektir. Zira Almanya bakımından bu evlenme, bir Alman vatandaşının Almanya'daki Türk Konsolosluğu'nda evlenmesi olarak kabul edilip geçersiz sayılabilecektir (bkz. AYBAY, Konsolosluk, s. 230; ŞENSÖZ MALKOÇ, Konsolosluk Evlenmeleri, s. 728). Vatandaşlıklarından biri Türk vatandaşlığı olan çifte vatandaşlığa sahip bir kimsenin, Türkiye'deki bir yabancı konsoloslukta evlenmesi ise, bu kişinin Türk hukuku bakımından Türk vatandaşı kabul edilmesi ve Evlendirme Yönetmeliği m. 12 hükmünde açıkça belirtildiği üzere, bir Türk vatandaşı ile bir yabancıyla Türkiye'de ancak yetkili Türk evlendirme memuru önünde evlenebilmeleri dolayısıyla mümkün olmayacaktır.

Çifte vatandaşlık durumunda, konsoloslukta evlenecek kişinin hangi vatandaşlığının esas alınacağı konusunda, Dışişleri Bakanlığı'nın 1981 yılında Adalet Bakanlığı'nın da görüşünü alarak hazırladığı bir genelgede, konsolosluk evlenmelerinin geçerliliğinin, evlenmenin gerçekleştiği ülkenin bu evlenmeleri tanımış olması şartına bağlı olduğu, dolayısıyla, örneğin taraflardan birinin hem Türk hem Alman vatandaşlığına sahip olması durumunda, Türk konsolosluğunda yapılan evliliğin Türk hukuku bakımından geçerli olacağı, buna karşılık, bu evliliğin mahalli devlet tarafından tanınmayabileceği belirtilerek, çifte vatandaşlığa sahip Türk vatandaşlarının evliliklerinin konsolosluklarda gerçekleştirilmemesi, LRA kuralına uygun olarak mahalli hukukun yetkili kıldığı makam önünde gerçekleştirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır (bkz. AYBAY, Konsolosluk, s. 230-231). Doktrinde, böyle bir durumda, Türk konsolosun, konsoloslukta evlenmek isteyen taraflara durumu açıklayarak konsoloslukta gerçekleşecek bu evlenmenin Türk hukuku bakımından geçerli olmakla birlikte Alman hukuku bakımından geçersiz sayılabileceği uyarısında bulunması ve taraflar bu uyarıya rağmen konsoloslukta evlenmek isterlerse, bu evliliği gerçekleştirilmesi gerektiği ifade edilmektedir (bkz. AYBAY, Konsolosluk, s. 232).

⁸¹⁷ ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 130; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 237; DOĞAN, s. 328; SAYMAN, Evlenmenin Kuruluşu, s. 178; EKŞİ, Konsolosluklarda Yapılan Evlenmeler, s. 981; AKGÜN, s. 123.

⁸¹⁸ SAYMAN, Evlenmenin Kuruluşu, s. 178; EKŞİ, Konsolosluklarda Yapılan Evlenmeler, s. 972; ŞENSÖZ MALKOÇ, Konsolosluk Evlenmeleri, s. 722-723; ERSEN PERÇİN, Konsolosluk Evlenmeleri, s. 907-908.

⁸¹⁹ EKŞİ, Konsolosluklarda Yapılan Evlenmeler, s. 982.

⁸²⁰ TEKİNALP/ UYANIK, s. 150; EKŞİ, Konsolosluklarda Yapılan Evlenmeler, s. 982.

gerçekleştirilen bir evlenmenin, yok hükmünde de mi sayılacağı yoksa mutlak ya da nisbi butlanla mı sakat olacağı Türk hukukuna göre belirlenecektir.

Geçerlilik şartlarına aykırı olarak konsoloslukta yapılan bir evlenme hakkında hangi yaptırımın uygulanacağı konusunda, şekle aykırı olan evlenmelerin yanı sıra konsolosun yetkisi olmamasına rağmen ya da sınırlı olan yetkisini aşarak gerçekleştirdiği evlenmelerin de incelenmesi gerekmektedir. Çalışmamızın ilgili bölümünde⁸²¹ ayrıntılarıyla incelendiği üzere, geçerli bir konsolosluk evlenmesinin gerçekleştirilebilmesi için hem konsolosu gönderen devletin hem de konsolosu kabul eden devletin konsolosun evlendirme yetkisini tanımış olması, konsoloslukta evlenecek kişilerden en az birinin konsolosu gönderen devletin vatandaşı olması ve bu kişilerden hiçbirinin konsolosu kabul eden devletin vatandaşı olmaması gerekmektedir. Gönderen devlet ya da kabul eden devletin konsolosa bu yetkiyi tanımamasına rağmen konsolosun evlendirme işlemini gerçekleştirmesi ya da tanınan yetkinin konsolosu gönderen devletin vatandaşlarıyla sınırlı olmasına rağmen konsolosun bu yetkiyi aşarak kendi vatandaşı ile üçüncü bir devlet vatandaşını evlendirmesi hallerinde, konsoloslukta gerçekleşen evliliğe uygulanacak yaptırımın (yokluk, mutlak butlan, nisbi butlan gibi) hangi hukuka göre tespit edileceği sorusu karşımıza çıkmaktadır.

Doktrindeki bir görüş, Evlendirme Yönetmeliği m. 10 ve m. 12 hükümlerine aykırı olarak gerçekleştirilen bir konsolosluk evliliğinin akıbetinin Türk hukukuna göre belirleneceğini savunmaktadır⁸²². Ancak, kanaatimizce, doktrindeki bir diğer görüşün⁸²³ de ifade ettiği üzere, konsolosun evlendirme yetkisinin kapsam ve sınırlarının kabul eden devletin hukukuna göre belirlenmesi gerekmektedir. Zira bir devletin kendi topraklarında yabancı bir resmi makama evlendirme yetkisi tanınması, prensip olarak kendisine ait olan evlendirme yetkisini başka bir devlet ile paylaşması anlamına gelir; bu nedenle, böyle bir yetkinin sınırları ve bu sınırların aşılması halinde hangi yaptırımın uygulanacağı konusunda, bu yetkiyi paylaşan devletin yani kabul eden devletin hukukunun esas alınması doğaldır. O

⁸²¹ Bkz. Üçüncü Bölüm/ I/ A/ 1/ b/ bb.

⁸²² ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 131.

⁸²³ ŞENSÖZ MALKOÇ, Konsolosluk Evlenmeleri, s. 723. Söz konusu görüş uyarınca, Evlendirme Yönetmeliği'nin Türkiye'de yabancı ülke temsilciliklerine evlendirme yetkisi tanıyan emredici nitelikteki ve kamu düzenine ilişkin söz konusu hükmünün milletlerarası özel hukuk bakımından doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmesi mümkündür (bkz. ŞENSÖZ MALKOÇ, Konsolosluk Evlenmeleri, s. 719). Aynı yönde bkz. SAYMAN, Evlenmenin Kuruluşu, s. 19. Bu hükmün, "*devletin egemenlik hakkının belirli bir konuda yabancı temsilciliklere devrinin sınırlarını koruyan bir hüküm*" olması dolayısıyla devlet menfaatini koruduğu; bu nedenle, yetkilerini aşan dış temsilciliklerin yaptıkları evlenme işlemlerinin geçerliliği konusunda doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir (bkz. ŞENSÖZ MALKOÇ, Konsolosluk Evlenmeleri, s. 720). Söz konusu hükmün doğrudan uygulanan kural olarak kabulü sonucunda, bu hüküm, evlenmenin şekli geçerliliğine ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları devreye girmeksizin doğrudan uygulama alanı bulacaktır.

halde, yetki yokluğuna rağmen ya da yetki aşımı sonucu gerçekleşen konsolosluk evlenmelerinin akıbeti hakkında kabul eden devletin hukukunun uygulanması gerekmektedir. Bu çerçevede, Evlendirme Yönetmeliği m. 10 hükmü kapsamında, yabancı ülkelerdeki Türk konsolosluklarında, yetki şartına aykırı olarak gerçekleşen evliliklerin akıbeti, kabul eden devlet olarak evliliğin gerçekleştiği ülke hukukuna göre belirlenecek; Evlendirme Yönetmeliği m. 12 hükmü kapsamında Türkiye'deki yabancı konsolosluklarda yetki şartına aykırı olarak gerçekleşen evliliklerin akıbeti ise Türk hukukuna tabi olacaktır.

Türkiye'de gerçekleşen konsolosluk evlenmelerinde, konsolosa, gönderen devlet ya da kabul eden devlet tarafından evlendirme yetkisi tanınmamış olmasına rağmen konsolosun evliliği gerçekleştirmesi ya da konsolosa, evlenecek kişilerin vatandaşlıkları itibariyle sınırlı bir evlendirme yetkisi tanınmasına karşın konsolosun bu yetkiyi aşması hallerinde, bu şekilde gerçekleştirilen bir evliliğin, Türk hukuku bakımından "yok hükmünde" sayılacağı çoğunlukla kabul edilmektedir⁸²⁴. Doktrinde, bu tür bir evlenmenin geçersiz olmakla birlikte mutlak butlanla sakat olacağı görüşü de bulunmaktadır⁸²⁵. Doktrindeki bir diğer görüş⁸²⁶ ise, Türkiye'de bulunan yabancı konsolosların kendi vatandaşı ile bir Türk vatandaşı ya da diğer bir devlet vatandaşını evlendirmesi durumunda, bu evliliğin kendi hukuklarına göre geçerli sayılsa dahi Türk hukukuna göre geçersiz olacağını, böylece milletlerarası hukuk alanında "total bir evliliğin" söz konusu olacağını, milletlerarası hukuk alanında geçerliliği olan ve varlığı devam eden total bir evliliğin, ailenin korunmasını düzenleyen Anayasa m. 41 hükmü de dikkate alındığında, şekil şartlarına aykırılık nedeniyle "yok" veya "geçersiz" sayılmaması gerektiğini savunmaktadır⁸²⁷. Bu görüşe göre, böyle bir total evliliğin, şeklen geçersiz olmasına rağmen nüfus kütüğüne kaydedilmesi hukuken mümkündür; nüfus müdürlüklerinin evliliğin geçerliliği hakkında karar verme yetkisi bulunmayıp, Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 24 hükmü⁸²⁸, total evliliklerin nüfus kütüğüne kaydedilmesini engelleyici bir düzenleme değildir.

⁸²⁴ ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 131; AKINCI/ DEMİR GÖKYAYLA, s. 22; ŞENSÖZ MALKOÇ, Konsolosluk Evlenmeleri, s. 740-741, 745.

⁸²⁵ AYBAY, Konsolosluk, s. 229, dn. 456.

⁸²⁶ NOMER, s. 253.

⁸²⁷ Doktrinde, kişi menfaatlerinin korunması bakımından, yetki yokluğu ya da yetki aşımı nedeniyle yoklukla sakat olan konsolosluk evlenmelerinin Türk hukukunda geçerli olarak kabul edilebilmeleri için, Alman hukukunda olduğu gibi, "sicile tescil", "müşterek çocuk sahibi olmak" ya da "belirli bir süre birlikte yaşamak" gibi bazı şartların varlığı halinde evliliğin geçerli hale geleceğine ilişkin bir hükmün kanunumuza eklenmesinin uygun olabileceği ifade edilmektedir (bkz. ŞENSÖZ MALKOÇ, Konsolosluk Evlenmeleri, s. 756).

⁸²⁸ Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 24 hükmünde, Türk vatandaşlarının yurtdışındaki yetkili makamlar önünde yaptıkları evliliklere ilişkin bildirim yükümlülüğu düzenlenmektedir. Söz konusu hüküm uyarınca, bu evliliklerin, koca, kocanın yabancı olması halinde ise kadın tarafından en geç otuz gün içinde, evlenmeyi

Kanaatimizce, mutlak butlan ve nisbi butlan hallerinin Türk Medeni Kanunu'nda sınırlayıcı olarak sayılmış olması karşısında, Türkiye'deki bir yabancı konsoloslukta yapılan evlenmenin, konsolosun yetki yokluğu ya da yetki aşımı nedeniyle şekil şartlarına aykırı olarak gerçekleştirilmesi durumunda, bu evliliğin butlanla sakat olduğunun kabulü mümkün değildir. Türk hukukunda, evlenmenin yetkili ve görevli evlendirme memuru önünde yapılması, evlenmenin kurucu unsurlarındandır ve bu kurucu unsura aykırı olarak gerçekleştirilen bir evliliğin yok hükmünde sayılacağı kabul edilmektedir. O halde, Türkiye'deki yabancı konsolosluklarda, konsolosun yetkisini aşmak suretiyle ya da yetki yokluğuna rağmen gerçekleştirdiği evlenmelerin yokluk yaptırımı bağlanması ve kendiliğinden geçersiz sayılması gerektiği kabul edilmelidir⁸²⁹.

2. Kambiyo Senetleri

a. Kambiyo Senetlerinin Şekline İlişkin Genel Kural

Bir kambiyo senedine bağlanmış olan hakkın devredilebilmesi için, öncelikle, o belgenin, bir kambiyo senedi vasfını taşıması gerekmektedir⁸³⁰. Geçerli bir kambiyo

gerçekleştiren yabancı makamdan alınmış belgenin bu ülkedeki dış temsilciliğine verilmesi ya da dış temsilciliğe gönderilmesi suretiyle bildirilmesi gerekmektedir. Evlenmenin gerçekleştiği ülkede dış temsilcilik bulunmaması ya da bildirim dış temsilciliğe yapılmaması durumunda, bu bildirim, yabancı makamlardan alınan evlenme belgesinin Türkçeye çevrilip usulüne göre onaylanması şartıyla yurt içinde nüfus müdürlüğüne verilmesi suretiyle yapılması da mümkündür. Evlenme belgesine dayanılarak düzenlenecek evlenme bildirimini ile kütüğe tescil işlemi gerçekleştirilir. Türk vatandaşlarının, Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 24 hükmünde düzenlenen bildirim yükümlülüğüne uymamaları, yabancı bir ülkede o ülkenin hukukuna uygun olarak yapılan bir evlenmeyi geçersiz hale getirmez. Diğer bir ifadeyle, yabancı ülkede yapılan evlenmenin geçerli olabilmesi için Türk nüfus siciline tescil edilmesi zorunlu değildir (bkz. TEKİNALP/ UYANIK, s. 148; AKINCI/ DEMİR GÖKYAYLA, s. 24; DOĞANGÜN, s. 142). Bu husus, 3.6.1986 tarihli bir Yargıtay kararında da vurgulanmıştır (Y. 2. HD. 3.6.1986, E. 5498/ k. 5784; karar için bkz. www.kazanci.com)

⁸²⁹ Yetki yokluğu ya da yetki aşımıyla gerçekleştirilen konsolosluk evlenmelerinin yokluk yaptırımıyla karşılaşacağını savunan bir görüş, devletin evlendirme yetkisini belirli şart ve sınırlarla konsoloslara tanınmasının egemenlik hakkının devri anlamına geleceğini; bu durumda kişi menfaatlerinden ziyade devlet menfaatinin gözetilmesi gerektiğini, buna bağlı olarak, kişilerin iyi niyetli olup olmamalarının evliliğin geçerliliğine bir etkisi bulunmayacağını savunmaktadır (bkz. ŞENSÖZ MALKOÇ, Konsolosluk Evlenmeleri, s. 754). Kanaatimizce de, Türk Medeni Kanunu m. 3 hükmü gereği iyiniyete hukuki sonuç bağlanması ancak kanun hükmü ile mümkün olduğundan, gerekli şartları sağlamaması nedeniyle "yok" hükmünde olan bir konsolosluk evlenmesinin, eşlerin iyiniyeti gerekçesiyle geçerli kılınması mümkün değildir; iyiniyet gerekçesiyle evliliğin geçerli kılınabilmesi için bunun kanunda açıkça düzenlenmiş olması gerekmektedir.

⁸³⁰ Belgenin kambiyo senedi vasfı taşıyıp taşımadığının hangi hukuka göre tespit edileceği konusunda doktrinde üç farklı görüş bulunmaktadır. Doktrindeki ilk görüş uyarınca, herhangi bir ülkede düzenlenmiş olan bir belgenin kambiyo senedi olarak kabul edilmesi, belgenin düzenlendiği ülke hukukunun o belgeyi geçerli bir kambiyo senedi olarak kabul etmesine bağlıdır (bkz. ERKAN, Mustafa, "Kambiyo Senetlerinin Şekil Bakımından Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk: Tamamlayıcı Kuralda Vatandaşlık Faktörü", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 18, Sayı: 2 (Özel Sayı: 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken-Sempozyum), Yıl: 2012, s. 753). Doktrindeki ikinci görüş, bir belgenin kambiyo senedi niteliği taşıyıp taşımadığının hakimnin hukukuna ve gerektiğinde mukayeseli hukuka göre tespit edilmesi gerektiğini; hakimnin, bunu yaparken, senedin kendi hukukunda kabul edilen kıymetli evrak ve kambiyo senedinin ortak özelliklerini taşıyıp taşımadığına bakması, poliçe, bono ve çek için kendi hukukunda öngörülen tüm şartların varlığını araştırmaması gerektiğini savunmaktadır (AYGÜN, Mesut, Güncel Gelişmelerin Işığında Çekten Doğan Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun

senedinin varlığı ise, senedin esasa ilişkin geçerlilik koşullarının yanı sıra, şekli geçerlilik koşullarını da sağlamasına bağlıdır. Kambiyo senetlerinde şekle ilişkin hususlar ile kastedilen, keşideci veya senet üzerine imza atan diğer kişilerin taahhütlerinin geçerli olması için bulunması gereken kayıtlardır⁸³¹. Örneğin Türk hukukunda, geçerli bir poliçeden bahsedilebilmesi için kambiyo senedinde, poliçe kelimesinin, kayıtsız ve şartsız belirli bir bedeli ödeme emrinin, ödeyecek olan kişinin (muhatap) ve lehtarın adlarının, düzenleme tarihi ve düzenleyenin imzasının bulunması zorunludur (TTK m. 671). Türk hukukunda bono ve emre yazılı senedin unsurları TTK m. 776, m. 777 'de, çekin unsurları ise TTK m. 780, m. 781'de düzenlenmektedir. Söz konusu kurallar da kambiyo senetlerinin şekline ilişkindir⁸³².

Kambiyo senetlerinin içermesi gereken zorunlu unsurların neler olduğu, ihtiyari olarak konulması mümkün kayıtların olup olmadığı, senedin dili ve ne şekilde yazılacağı, senedin birden çok nüsha halinde düzenlenmesinin mümkün olup olmadığı, ciro, kabul, aval gibi işlemlerin geçerli olması için gerekli kayıtların neler olduğu, beyaz cironun mümkün olup olmadığı gibi hususlar şekle ilişkindir⁸³³ ve şekil konusunda yetkili hukuka tabidir. Kambiyo senetleri, sadece senedin düzenlenmesinden ibaret basit bir işlem değil; kabul, ciro, aval gibi birbirine bağlı işlemler bütünü teşkil ettiğinden, bu işlemlerin herbirinin şekli de, kambiyo senetlerinin şekline uygulanacak hukukun kapsamındadır⁸³⁴. Buna karşılık, şekil görünümü altında esasa ilişkin sonuçlar doğuran, taahhütte bulunan kişinin sorumluluğunun kapsamını belirleyen, örneğin, "ciro edilemez" ya da "emre" gibi kayıtların geçerli olup olmadığı şekle değil, esasa uygulanacak hukuka göre belirlenmelidir⁸³⁵.

Hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuk konusunda, MÖHUK m. 7 hükmündeki genel düzenlemeden farklı olarak, kambiyo senetlerinin şekline uygulanacak hukuk

Tespiti, AÜHFD, Yıl: 2012, Cilt: 61, Sayı: 3, s. 933; AYGÜN Mesut, "Kambiyo Senetlerinden (Poliçe, Bono ve Çekten) Doğan Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukuk Sorunu", Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı, Ed. Ayfer UYANIK ÇAVUŞOĞLU/ Zeynep Derya TARMAN, İstanbul 2014, s. 106). Doktrindeki üçüncü görüş uyarınca ise, bir ülkede keşide edilmiş bir evrakın kıymetli evrak olarak kabul edilebilmesi, senede bağlanan hakkın tabi olduğu hukukta senedin kıymetli evrak olarak kabulüne bağlıdır (NOMER, s. 306; DOĞAN, s. 388; TEKİNALP/ UYANIK, s. 256-2016).

⁸³¹ ÜLGEN, Hüseyin/ HELVACI, Mehmet/ KENDİGELEN, Abuzer/ KAYA, Arslan, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2015, 10. Bası, s. 96; POROY, Reha/ TEKİNALP, Ünal, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları (6728 Sayılı Kanunla Değişik Çek Kanununun Yorumu ile, 22. Bası, İstanbul 2018, s. 45-46; ÖZDEMİR, Hatice, "Kambiyo Taahhütlerinin Şekil Bakımından Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk", Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul 1999, s. 275.

⁸³² Poliçe, bono ve çekin yasal şekil şartlarına ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. ÜLGEN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA, s. 104-109, 130-142, 237-243; POROY/ TEKİNALP, s. 150-169, 301-304, 313-319.

⁸³³ ÖZDEMİR, s. 275-276.

⁸³⁴ ÖZDEMİR, s. 262.

⁸³⁵ ÖZDEMİR, s. 276.

bakımından, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda⁸³⁶ (TTK), özel düzenlemelere yer verilmiştir. TTK m. 767 hükmünde poliçenin şekline uygulanacak hukuk düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm, TTK m. 778 atfı dolayısıyla bononun şekline uygulanacak hukuku da belirleyecektir. Çekin şekline uygulanacak hukuk ise, TTK m. 820 hükmünde belirtilmiştir. Kambiyo senetlerinin şekline uygulanacak hukuk belirlenirken, TTK'nın bu konuda özel kanun olması nedeniyle, TTK'daki söz konusu hükümler uygulama alanı bulacaktır⁸³⁷. TTK'da hüküm bulunmayan hallerde ise, genel kanun olan MÖHUK hükümlerine başvurulacaktır⁸³⁸.

TTK'da yer alan kanunlar ihtilafına ilişkin kuralların mehzazı, Cenevre'de kambiyo senetlerine ilişkin olarak imzalanan konvansiyonlardır. Cenevre'de 1930 yılında poliçe ve bonolar için⁸³⁹, 1931 yılında ise, çekler için⁸⁴⁰ kanunlar ihtilafı konusunda bir konvansiyon imzalanmıştır. Türkiye her iki konvansiyonu da imzalamış, ancak, onaylayarak yürürlüğe koymamıştır⁸⁴¹. Bu konvansiyonlar Türk hukukunda yürürlüğe girmemiş olmasına rağmen, konvansiyonlarda yer alan kurallar, mevzuatımıza, 1957 yılında İsviçre Borçlar Kanunu'ndan, bu kanunda 1936 yılında Cenevre konvansiyonlarına uygun olarak yapılan değişiklik sonucu kabul edilen hükümlerin alınmasıyla dahil edilmiştir⁸⁴².

Poliçe ile yapılan borçlanmaların şekli, bu borçlanmaların imzalandığı ülke hukukuna tabi olacaktır (TTK m. 767/1). Aynı kural, TTK m. 778 atfı gereği bonolar için de geçerlidir. Çeke ait borçlanmaların şekli ise, bu borçlanmaların imza edildiği ülke hukukuna göre belirlenecektir; bununla beraber, ödeme yeri hukukunun öngördüğü şekle uyulması da yeterli kabul edilecektir (TTK m. 820/1). Çeklerin şekli konusunda, imza yeri (*lex loci actus*) ve ödeme yeri hukukları birbirine alternatif olarak uygulanacaktır. Bu alternatif nitelikteki kural, çek ile yapılan taahhütlerin geçerliliğini sağlamayı amaçlamaktadır⁸⁴³. Çekler açısından ödeme yeri hukukuna tanınan bu alternatif yetkinin, çekin hukuki niteliğine uygun olduğu ve

⁸³⁶ RG. 14.02.2011, S. 27846.

⁸³⁷ ERKAN, Kambiyo Senetleri, s. 752-753.

⁸³⁸ YILMAZ, İlhan, "Türk Hukukunda Yabancılık Unsuru Bakımından Çek", Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir 2001, s. 269; AYGÜN, Çek, s. 928; ERKAN, Kambiyo Senetleri, s. 753.

⁸³⁹ Convention for Settlement of Certain Conflicts of Laws in Connection with Bills of Exchange and Promissory Notes, bkz. <https://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/09/9-03/exchange-notes.xml>.

⁸⁴⁰ Convention for Settlement of Certain Conflicts of Laws in Connection with Cheques, bkz. <https://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/09/9-03/laws-cheques.xml>.

⁸⁴¹ ÖZDEMİR, s. 261; ERKAN, Kambiyo Senetleri, s. 754.

⁸⁴² ÖZDEMİR, s. 261-262.

⁸⁴³ ÇELİKEL/ ERDEM, s. 192; YILMAZ, s. 279; ERKAN, Kambiyo Senetleri, s. 759.

çoğunlukla çekin geçerliliğini sağlayacağı doktrinde ifade edilmektedir⁸⁴⁴. Zira bankaların müşterilerine verdikleri çek karneleri, bu bankaların buldukları ülkenin mevzuatına uygun şekilde basılmaktadır; çeklerde ödeme, çekin muhatap bankaya ibrazı üzerine bankanın bulunduğu yerde yapılacak, dolayısıyla, çekin ödeme yeri, muhatap bankanın bulunduğu ve çek karnelerinin mevzuata uygun olarak basıldığı yer olacaktır⁸⁴⁵.

Görüldüğü üzere, kambiyo senetlerinin şekline uygulanacak hukuk konusunda, TTK'nın ilgili hükümlerinde, MÖHUK m. 7 hükmünde olduğu gibi, işlemin yapıldığı yer (*LRA*) hukukunun yetkisi (imza yeri hukuku) kabul edilmiştir; buna karşılık, MÖHUK m. 7 hükmünden farklı olarak, işlemin esasını yönetecek olan hukuk (*lex causae*) alternatif olarak yetkili kılınmamıştır⁸⁴⁶. Gerek kambiyo senetlerinin düzenlenmesi, gerekse kabul, ciro, aval gibi işlemlerin herbirinin şekli bakımından uygulama alanı bulacak olan *LRA* kuralı, emredici niteliktedir; bir kambiyo taahhüdünün tarafları, taahhüdün başka bir hukukun şekil şartlarına tabi olması konusunda anlaşamazlar⁸⁴⁷.

LRA'nın diğer bir ifadeyle imza yerinin nasıl tespit edileceği meselesi önem arz etmektedir. Örneğin, poliçe, Paris'te keşide veya ciro edilerek Londra'da bulunan ve muhatap olması teklif edilen şahsa gönderilirse, işlem yeri imzanın atıldığı yer olarak Paris mi yoksa muhatabın senedi kabul ettiği yer olarak Londra mı olacaktır⁸⁴⁸? Doktrinde, verilen örnekteki gibi durumlarda, imzanın atıldığı yerin esas alınması gerektiği, zira taahhütte bulunan şahsın imzasının taahhüdün varlığı için gerekli ve yeterli olduğu, taahhüdün geçerliliğinin muhatabın kabulüne bağlı olmadığı, kabulün yapıldığı yer hukukunun sadece kabul işleminin şekli geçerliliği bakımından dikkate alınabileceği ifade edilmektedir⁸⁴⁹.

Kambiyo senedi düzenleyen kişi, senet metninde senedin nerede düzenlendiğine ilişkin herhangi bir bilgiye yer vermemişse, imza yerinin, dolayısıyla kambiyo senedinin

⁸⁴⁴ ÖZDEMİR, s. 275; AYGÜN, Çek, s. 950; AYGÜN, Kambiyo Senetleri, s. 117.

⁸⁴⁵ HIRSCH, Ernst, Ticaret Hukuku Dersleri, Cilt 3, Kıymetli Evrak, İstanbul 1939, s. 100; ÖZDEMİR, s. 275; AYGÜN, Çek, s. 950-951; AYGÜN, Kambiyo Senetleri, s. 117.

⁸⁴⁶ Kambiyo senetlerine ilişkin olarak, ehliyet dışındaki tüm hususlarda, uygulanacak hukuk tespit edilirken, atf teorisi uygulama alanı bulmayacaktır; diğer bir ifadeyle, TTK'nın, ehliyet dışındaki tüm konularda, bir kambiyo senedine uygulanacak hukuku belirleyen kanunlar ihtilafı kurallarının işaret ettiği hukukun maddi hukuk hükümleri uygulama alanı bulacaktır. TTK'nın ehliyet dışındaki konularda atf prensibinden söz etmemiş olması ve bağlama kurallarında uygulanacak hukuk için "kanun" ifadesini kullanmış olmasının atfı reddettiğinin bir göstergesi olabileceği doktrinde ifade edilmektedir (bkz. AYGÜN, Çek, s. 936). Atfın kabulü halinde, bu hususun, MÖHUK m. 2/3 hükmünde olduğu gibi, genel bir hüküm ile ifade edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir (bkz. YILMAZ, s. 275).

⁸⁴⁷ ÖZDEMİR, s. 262-263.

⁸⁴⁸ Örnek için bkz. ÖZDEMİR, s. 263.

⁸⁴⁹ ÖZDEMİR, s. 263.

şekline uygulanacak hukukun nasıl belirleneceği sorusu gündeme gelecektir⁸⁵⁰. Doktrinde, böyle bir durumda, borçlunun yerleşim yeri veya meskeninin bulunduğu, tacirler için ise ticari işletmesinin bulunduğu yer lehine bir karinenin kabul edilebileceği ifade edilmektedir⁸⁵¹. Bu görüş uyarınca, bu yönde bir karinenin kabulüyle, hem imza yeri daha kolay belirlenebilecek, hem de tacirler genellikle işlemlerini ticari işletmelerinin buldukları yerde yaptıklarından, çoğunlukla gerçek durumla uyum sağlanmış olacaktır; ayrıca, söz konusu bir karine olduğundan, gerçek imza yerinin başka bir yer olması durumunda bunun ispatı suretiyle karinenin çürütülmesi mümkün olacaktır.

Kambiyo senedinin düzenlendiği yerin senet metninde belirtilmiş, buna karşılık, ciro, kabul, aval gibi işlemlerin yapıldıkları yerin senet metninde belirtilmemiş olduğu hallerde, söz konusu işlemler açısından imza yerinin nasıl belirleneceği konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Doktrindeki bir görüşe⁸⁵² göre, cirantaların imza yerini senette göstermemiş olmaları halinde, senedin düzenlendiği yerin cirantalar bakımından da işlem yeri olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Doktrinde bizim de katıldığımız bir diğer görüş⁸⁵³ uyarınca ise, imza yeri belirtilmeden yapılan ciro, kabul, aval gibi işlemlerde, imza yeri tespit edilirken, senedin düzenlendiği yerin belirlenmesinde olduğu gibi, işlemde yer alan unsurlardan hareket edilmesi ve taahhütte bulunan şahsın yerleşim yeri lehine bir karinenin kabul edilmesi gerekmektedir.

İmza yerinin tespitine ilişkin gündeme gelebilecek bir diğer soru, bir kambiyo senedinde, senet üzerinde, taahhütte bulunulan yer olarak gerçek imza yerinden farklı bir yer belirtilmişse, kambiyo senedinin şekline uygulanacak hukuk tespit edilirken, gerçek imza yeri hukukunun mu yoksa senet metninde belirtilen imza yeri hukukunun mu dikkate alınacağı meselesidir. Cenevre Konvansiyonu'nun hazırlanması esnasında bu husus tartışılmış ve farklı görüşler ileri sürülmüştür⁸⁵⁴. Doktrindeki bir görüş⁸⁵⁵ uyarınca, kambiyo senetlerinin tedavül

⁸⁵⁰ Türk hukukunda, kambiyo senetlerinde düzenleme yerinin belirtilmiş olması, senedinin şekli geçerliliği için öngörülmuş bir koşuldur (TTK m. 671, m. 776, 780). Düzenlenme yeri gösterilmeyen bir kambiyo senedi, düzenleyenin adı yanında gösterilen yerde düzenlenmiş sayılacaktır (TTK m. 672/2, 777/4, 781/3). Yargıtay, çeşitli kararlarında, senette düzenleme yerinin belirtilmemiş olması ve senedi düzenleyenin ad-soyadının yanında yazılı idari bir birimin de bulunmaması nedeniyle, senedin kambiyo vasfı taşımadığına hükmetmiştir. Bkz. Y. 12. HD., 14.1.2015, E. 2014/ 26690, K. 2015/ 560; Y. 12. HD, 10.2.2016, E. 2015/ 27145, K. 2016/ 3375; Y. 12. HD., 7.10.2015, E. 2015/ 11795, K. 2015/ 23448; Y. 12. HD., 9.5.2016, E. 2016/ 1189, K. 2016/ 13667 (www.lexpera.com.tr).

⁸⁵¹ ÖZDEMİR, s. 264.

⁸⁵² HIRSCH, s. 101; DOĞANAY, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, 2. Cilt Madde 480-815, 4. Bası, İstanbul 2004, s. 2073.

⁸⁵³ ÖZDEMİR, s. 264-265.

⁸⁵⁴ Bu konuda ileri sürülen görüşler ilişkin bkz. ÖZDEMİR, s. 265-266.

⁸⁵⁵ ÖZDEMİR, s. 267.

amacının gerçekleştirilebilmesi için hamilin, senette yer alan kayıtların gerçeğe uygun olduğuna güvenmesi ve senedin dışında kalan konularla ilgilenmemesi gerekir; buna bağlı olarak, şekle uygulanacak hukukun belirlenmesinde, gerçek imza yerinin değil, senet üzerinde gösterilen yerin esas alınması gerektiği kabul edilmelidir. Bu görüşe göre, senet üzerinde gösterilen yerin değil de gerçek imza yerinin esas alınması halinde, hamil, senet metninde gösterilen imza yeri ile gerçek imza yerinin birbirinden farklı olduğu itirazı ile karşılaşabilecek, bu itirazı engellemek için senedi devralırken gerçek imza yerini araştırması gerekecek, bu durum ise ispat güçlüğü ve uzun zaman alması nedeniyle senedin tedavül hızını yavaşlatacaktır⁸⁵⁶. Kanaatimizce de, kambiyo senedinin şekli geçerliliğine uygulanacak hukuk belirlenirken, senedin tedavül güvenliğinin sağlanması için senet üzerinde düzenleme yeri olarak gösterilen yer hukukunun esas alınması gerekmektedir.

b. Tamamlayıcı Kurallar

TTK'nın ilgili hükümlerinde, *LRA* kuralının mutlak olarak uygulanmasının doğuracağı muhtemel sorunların önlenmesi maksadıyla, bu kuralın istisnası olarak tamamlayıcı kurallara yer verilmiştir⁸⁵⁷. Tamamlayıcı kurallar ile, *LRA* kuralına göre şeklen geçerli olmayan kambiyo senetlerinin şeklen ayakta tutulması, tedavül güvenliği ve hızının artırılması amacıyla başka hukuk sistemlerine de yetki tanınmıştır⁸⁵⁸. Poliçenin şekline uygulanacak hukuk konusunda TTK m. 767/2,3 hükümlerinde öngörülen tamamlayıcı kurallar, TTK m. 778/1/j atfı dolayısıyla bononun şekli, TTK m. 820/2 atfı dolayısıyla da çekin şekli bakımından uygulama alanı bulacaktır.

Kambiyo senetlerinin şekil bakımından geçerliliğine uygulanacak hukuk konusunda *LRA* kuralının yanında öngörülen tamamlayıcı kurallardan ilki, taahhütlerin bağımsızlığı ilkesine⁸⁵⁹ dayanmaktadır⁸⁶⁰. TTK m. 767/2 uyarınca, poliçe taahhüdünün yapıldığı ülke

⁸⁵⁶ ÖZDEMİR, s. 267. Aynı yönde bkz. DOĞANAY, s. 2073.

⁸⁵⁷ ÖZDEMİR, s. 263; ERKAN, Kambiyo Senetleri, s. 753. Dolayısıyla, TTK'da yer alan tamamlayıcı kuralların kaynağı da Cenevre konvansiyonlarıdır (bkz. ÖZDEMİR, s. 261-262; ERKAN, Kambiyo Senetleri, s. 754).

⁸⁵⁸ ÖZDEMİR, s. 267; AYGÜN, Çek, s. 951; ERKAN, Kambiyo Senetleri, s. 755.

⁸⁵⁹ Türk hukukunda kambiyo senetlerinde soyutluk ilkesi geçerlidir (bkz. ÜLGEN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA, s. 92). Biçimsel soyutluk ilkesi gereği, kambiyo senedi, temel ilişkiye bağlı tutulamaz, temel ilişki ile ilintilendirilemez. Kambiyo senedinde hamil, talebini sadece senede dayandırabilir, senedin nedenini kanıtlamak zorunda değildir (bkz. ÜLGEN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA, s. 93). Maddi soyutluk ilkesi ise, kambiyo senedinin düzenlenmesine neden olan temel ilişkiden kaynaklanan kişisel defî'lerin, senedi iyiniyetle devralan üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesini engeller (bkz. ÜLGEN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA, s. 94; POROY/ TEKİNALP, s. 38). Taahhütlerin bağımsızlığı, diğer bir ifadeyle, imzaların bağımsızlığı ilkesi, kambiyo senetlerinde soyutluk ilkesinin bir sonucudur (bkz. ÜLGEN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA, s. 150). Maddi soyutluk, kambiyo taahhüdünün temel ilişkiden bağımsızlığı gibi her bir taahhüdün diğer taahhütlerden bağımsızlığı sonucunu da zorunlu olarak doğurur. Bono ya da poliçe üzerinde yer alan imzalardan birinin herhangi bir nedenle sahibini bağlamaması, diğer imzaların geçerliliğini etkilemez; her imza kendi sahibini diğer imzalardan bağımsız olarak bağlar (bkz.

hukukuna göre geçersiz olan bir poliçe, daha sonraki bir borçlanmanın yapıldığı ülke hukukuna göre geçerliyse, ilk borçlanmanın şekil bakımından geçersiz olması, sonraki borçlanmanın geçerliliğini etkilemeyecektir. Söz konusu hüküm, yapıldığı yer hukukunun şekil şartlarına aykırı olarak gerçekleştirilmiş bir kambiyo taahhüdüne dayanak yapılan sonraki taahhütlerin de geçersiz hale gelmesini önlemek için, şeklen geçersiz olan önceki taahhüdün sonraki taahhüdün yapıldığı yer hukukuna göre geçerli olması halinde, ikinci taahhüdün geçerli kabul edilmesi imkanını getirmektedir⁸⁶¹. O halde, bu kuralın uygulanabilmesi için, yapıldığı yer hukukuna göre şeklen geçersiz olan bir kambiyo taahhüdünün sonraki taahhüdün yapıldığı yer hukukuna göre geçerli olması ve bizzat sonraki taahhüdün, yapıldığı yer hukukunun şekil şartlarına uygun olması gerekmektedir⁸⁶².

Örneğin, bir Alman vatandaşının bir İngiliz vatandaşına, İsviçre’de, çek kelimesini içermeyen bir çeki imzalayıp verdiği varsayımında, İsviçre kanunlarına göre, “çek” kelimesinin senette bulunması zorunlu olduğundan, çek, *LRA* kuralı gereğince şeklen geçerli değildir. Senedin lehtarını olan İngiliz vatandaşı, bu çeki, İngiltere’de İngiliz hukukunun şekil şartlarına uygun olarak ciro ettiğinde, İngiliz hukukuna göre çekin şeklen geçerli olması için senet metninde “çek” kelimesinin bulunması zorunlu olmadığından, düzenleme yeri hukukuna (İsviçre hukuku) göre şeklen geçersiz olan çek, cironun yapıldığı yer (İngiliz hukukuna göre geçerli olacaktır; o halde, ciro taahhüdü de yapıldığı yer olan İngiliz hukukuna uygun olduğu için geçerli kabul edilecektir⁸⁶³. 1930 tarihli Cenevre Konvansiyonu m. 3/2 hükmünde yer alan ve TTK m. 767/2 düzenlemesine karşılık gelen söz konusu hüküm, hamilin senetten

ÜLGEN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA, s. 150; POROY/ TEKİNALP, s. 178). İmzaların bağımsızlığı ilkesinin işleyebilmesi için senedin kambiyo senedi olarak geçerli olması gerekir; kambiyo senedi herhangi bir nedenle geçersiz ise, hükümsüz senet üzerindeki tüm taahhütler geçersizdir (bkz. ÜLGEN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA, s. 151).

Yargıtay, çeşitli kararlarında, imzaların bağımsızlığı ilkesine vurgu yaparak, kambiyo senedi üzerindeki geçerli her imzanın sahibini bağlayacağı; geçersiz imzaların sahipleri sorumluluktan kurtulsalar dahi, geçerli imza sahiplerinin bu durumu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacakları sonucuna ulaşmıştır. Bkz. Y. 19. HD., 12.2.2018, E. 2016/ 15355, K. 2018/ 560; Y. 19. HD., 8.11.2018, E. 2016/ 20682, K. 2018/ 5621; Y. 19. HD., 23.1.2013, E. 2012/ 15030, K. 2013/ 1148 (www.lexpera.com.tr).

⁸⁶⁰ ÖZDEMİR, s. 267; ERKAN, Kambiyo Senetleri, s. 755. TTK m. 767/2 (6762 sayılı mülga TTK m. 679/2) hükmünün “taahhütlerin bağımsızlığı ilkesinin” tam bir uygulamasını teşkil etmediği doktrinde ifade edilmektedir (bkz. ÖZDEMİR, s. 269). Bu görüşe göre, taahhütlerin bağımsızlığı ilkesinin esası, senet üzerinden yer alan her bir taahhüdün geçerli olup olmadığının birbirinden bağımsız olarak değerlendirilmesine dayanmakta iken, TTK m. 767/2 (6762 sayılı mülga TTK m. 679/2) hükmünde, sonradan yapılan bir taahhüdün şeklen geçerliliği, önceki taahhüdün, sonrakinin yapıldığı yer hukukunun şekil şartlarına uygun olmasına bağlanmıştır; o halde, sonraki taahhüdün geçerliliğinin önceki taahhüdün geçerliliğine bağlanmış olması, taahhütlerin bağımsızlığı ilkesine aykırılık teşkil eder (bkz. ÖZDEMİR, s. 269).

⁸⁶¹ ÖZDEMİR, s. 268.

⁸⁶² ÖZDEMİR, s. 268; AYGÜN, Çek, s. 951; AYGÜN, Kambiyo Senetleri, s. 118; ERKAN, Kambiyo Senetleri, s. 755.

⁸⁶³ Örnek için bkz. AYGÜN, Çek, s. 951-952; AYGÜN, Kambiyo Senetleri, s. 118.

doğan haklarını yöneltebileceği kişilerin var olmasını sağlaması suretiyle onun haklarını gözetmesi, dolayısıyla, kambiyo senedinin tedavül imkanını ve güvenliğini artırması bakımından yerinde bir düzenleme olarak görölmektedir⁸⁶⁴.

Kambiyo senetlerinin şekil bakımından geçerliliğine uygulanacak hukuk konusunda ikinci tamamlayıcı kurala TTK m. 767/3 hükmünde yer verilmektedir. Söz konusu hüküm gereği, bir Türk vatandaşının, yabancı ülkede poliçeyle borçlanması, Türk hukukunun gösterdiği şekle uygun bulunduğu takdirde, Türkiye’de başka bir Türk vatandaşına karşı geçerli olacaktır⁸⁶⁵. Kuralın uygulanabilmesi için taahhüdün taraflarının Türk vatandaşı olması, yapılan taahhüdün imza yeri hukukunun şekil şartlarına göre geçersiz ve fakat Türk hukukunun şekil şartlarına uygun olması ve talebin Türkiye’de yapılması gerekmektedir⁸⁶⁶.

TTK m. 767/3 hükmü, Türk vatandaşları için getirilmiş tek taraflı bir kanunlar ihtilafı kuralıdır⁸⁶⁷. Bu hüküm emredici nitelik taşıdığı için dar yorumlanmalıdır; bu nedenle, doktrinde genel olarak kabul edilen, tek taraflı kuralların iki taraflı yorumlanması ilkesinin bu kural bakımından uygulanması mümkün değildir⁸⁶⁸. O halde, örneğin, iki Alman vatandaşının, İngiltere’de, Alman hukukunun şekil kurallarına uygun olarak düzenledikleri bir kambiyo senedinin şekli geçerliliği Türk mahkemelerinde inceleme konusu yapıldığında, TTK m. 767/1 gereği, senedin düzenlendiği yer olarak İngiliz hukukunun şekil kuralları dikkate alınacak, İngiliz hukukuna aykırılık halinde, tarafların ortak milli hukuku olan Alman

⁸⁶⁴ ÖZDEMİR, s. 269; AYGÜN, Çek, s. 952; AYGÜN, Kambiyo Senetleri, s. 118-119.

⁸⁶⁵ Doktrinde, TTK m. 767/3 hükmünde, tarafların (hamil, lehtar, keşideci veya ciranta) ortak Türk vatandaşlığı esas alınarak düzenlenen tamamlayıcı kuralın sınırlı bir tamamlayıcı kural teşkil ettiği doktrinde ifade edilmektedir (bkz. ERKAN, Kambiyo Senetleri, s. 761). Doktrindeki bu görüşe göre, yerleşim yeri veya mutad meskeni Türkiye’de olan yabancılar, Türkiye’de ticari hayatın içinde bulunmakta ve kambiyo senetlerinin tarafı olabilmektedir; Türkiye’de yaşayan bu kişilerin tamamlayıcı kuralların kapsamı dışında bırakılmaları hakkaniyete aykırıdır (bkz. ERKAN, Kambiyo Senetleri, s. 761). Bu görüş, söz konusu hükmün, Türk vatandaşı olmayıp da Türkiye’de yaşayan yani yerleşim yeri veya mutad meskeni Türkiye’de olan yabancıları (yabancı devlet vatandaşlarının yanı sıra vatansızlar ve mülteciler) da kapsamı gerektiğini ileri sürmektedir. Bu kişilerin kuralın kapsamına dahil edilmeleri, kambiyo senetlerinin tedavül kabiliyetini daha da artıracaktır; zira bu şekilde, Türk hukukunu bilerek kambiyo senedinin tarafı olan daha fazla kişi koruma altına alınmış olacak ve sonuç olarak ülkenin ekonomik kamu düzeninin tesisine katkı sağlanacaktır (bkz. ERKAN, Kambiyo Senetleri, s. 765). Söz konusu görüş, vatandaşlık, yerleşim yeri, mutad mesken gibi kavramların yeterince kapsayıcı olmamaları nedeniyle, bu bağlama noktaları kullanılarak bir tamamlayıcı kural düzenlemek yerine, Birleşik Krallık kanunlar ihtilafı hukuk sisteminde olduğu gibi, şu şekilde bir tamamlayıcı kurala yer verilmesini önermektedir: “*Türkiye dışında düzenlenen ve düzenleme yeri hukukuna göre şeklen geçerli olmayan bir poliçe, şekil açısından Türk hukukuna uygun ise, bu poliçe, ödemenin sağlanmasını gerçekleştirmek için Türkiye’de geçerli olarak kabul edilir*” (bkz. ERKAN, Kambiyo Senetleri, s. 765-768).

⁸⁶⁶ ÖZDEMİR, s. 271-274; ERKAN, Kambiyo Senetleri, s. 755.

⁸⁶⁷ ÇELİKEL/ ERDEM, s. 192; ÖZDEMİR, s. 272; AYGÜN, Çek, s. 953; AYGÜN, Kambiyo Senetleri, s. 120; ERKAN, Kambiyo Senetleri, s. 756.

⁸⁶⁸ ÖZDEMİR, s. 272.

hukukunun şekil kurallarının esas alınarak senedin şeklen geçerli kabul edilmesi söz konusu olmayacaktır⁸⁶⁹.

Taraflardan sadece birinin Türk vatandaşı olması durumunda hükmün uygulanması mümkün değildir; bu durumda, poliçenin şekline imza yeri hukuku (*LRA*) uygulanacaktır⁸⁷⁰. Her iki tarafın da Türk vatandaşı olması koşulunun, poliçe taahhüdünün yapıldığı anda mı gerçekleşmesi gerektiği yoksa poliçenin sonradan bir Türk vatandaşının eline geçmesi durumunda da bu koşulun gerçekleşmiş sayılacağı sorusunun cevaplandırılması gerekmektedir. Bu husus, Cenevre konferansında tartışılmış ve delegelerin çoğunluğu, kambiyo senedi ile belirli bir şahsa değil, tüm hamillere karşı borçlanıldığı, borçlanmanın doğrudan tarafı olan bir şahsın söz konusu olamayacağı gerekçeleriyle, ortak milli hukukun şekil kurallarının uygulanması için senedin sonradan ilgili devlet vatandaşının eline geçmesinin yeterli olacağı yönünde görüş bildirmiştir⁸⁷¹. Türk doktrininde de aynı görüş benimsenmektedir⁸⁷². Bu görüş uyarınca, TTK m. 767/3 hükmü, sadece poliçe taahhüdünün yapıldığı esnada keşideci ve lehtarın Türk vatandaşı olması durumunda değil, bir Türk vatandaşının keşide ettiği bir poliçenin başka bir Türk vatandaşına ciro edilmesi halinde de uygulanacaktır⁸⁷³. Diğer bir ifadeyle, sadece keşideci-lehtar veya ciranta-ciro edilen gibi ilişkinin doğrudan taraflarının Türk vatandaşı olması halinde değil, işlemin karşı tarafını teşkil eden yabancıların senedi sonradan bir Türk vatandaşına ciro etmesi halinde de hüküm uygulama alanı bulacaktır⁸⁷⁴.

TTK m. 767/3 hükmünün uygulanmasında, tarafların her ikisinin de Türk vatandaşı olması koşulu bakımından tartışılabilir bir diğer husus, tarafın veya tarafların birden çok vatandaşlığının bulunması ve vatandaşlığın sonradan değişmesi hususlarıdır. Tarafların birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olması ve bu vatandaşlıklardan birinin Türk vatandaşlığı olması durumunda, MÖHUK m. 4/b gereği, Türk vatandaşlığının esas alınarak işlem yapılması gerekecek; ilgilinin Türk vatandaşlığı ile bağının diğer vatandaşlığa nazaran zayıf olması, bu durumda bir değişiklik yaratmayacaktır⁸⁷⁵. Vatandaşlığın sonradan değişmesi, yani

⁸⁶⁹ ÖZDEMİR, s. 272; AYGÜN, Çek, s. 953-954.

⁸⁷⁰ ÇELİKEL/ ERDEM, s. 192; ERKAN, Kambiyo Senetleri, s. 756.

⁸⁷¹ ÖZDEMİR, s. 272; AYGÜN, Çek, s. 954.

⁸⁷² ÖZDEMİR, s. 272-273; ERKAN, Kambiyo Senetleri, s. 756.

⁸⁷³ ÖZDEMİR, s. 272; ERKAN, Kambiyo Senetleri, s. 756.

⁸⁷⁴ ÖZDEMİR, s. 272; AYGÜN, Çek, s. 954; ERKAN, Kambiyo Senetleri, s. 756-757.

⁸⁷⁵ ERKAN, Kambiyo Senetleri, s. 757. Doktrinde, MÖHUK m. 4 hükmünün sadece MÖHUK'ta öngörülen kanunlar ihtilafı kuralları bakımından uygulanabileceğine ilişkin bir görüş bulunmaktadır (bkz. ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci, Çifte Vatandaşlık Halinde MÖHUK'un 4. Maddesinin B ve C Bentlerinin Uygulama Alanı, MHB, Yıl: 1999, Cilt: 19, Sayı: 1-2, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, s. 113-114).

örneğin, keşidecinin kambiyo taahhüdünde bulunduğu esnada Türk vatandaşı olmayıp, sonradan Türk vatandaşlığını kazanması ya da keşidecinin Türk, lehtarın ise poliçeyi elde ettiği tarihte değil de sonradan Türk vatandaşı olması durumlarında, MÖHUK m. 3 hükmünden yola çıkılması gerektiği ileri sürülmektedir⁸⁷⁶. Bu görüşe göre, MÖHUK m. 3 gereği, yetkili hukukun vatandaşlık esasına göre tayin edildiği hallerde, aksine hüküm olmadıkça, dava tarihindeki vatandaşlık esas alınacağından, keşideci ya da lehtarın başlangıçta Türk vatandaşı olmayıp poliçe düzenlendikten sonra Türk vatandaşlığını kazanması durumunda, dava tarihinde diğer tarafın da Türk vatandaşı olması halinde her iki tarafın Türk vatandaşı olması koşulu gerçekleşmiş olacaktır⁸⁷⁷.

Kanaatimizce, söz konusu kuralın getiriliş amacı göz önünde bulundurulduğunda, işlem anındaki milli hukukun esas alınması, yani ilgilinin taahhütte bulunduğu andaki milli hukukunun Türk hukuku olması ihtimalinde bu istisna kuralına geçerlilik tanınması gerekmektedir. Zira ilgilinin milli hukukuna ilişkin düzenlenen istisna hükmünün amacı, kambiyo taahhüdünde bulunan kişinin Türk vatandaşı olması durumunda, bu taahhüdü Türk hukukunu göz önünde bulundurarak yapmış olması ihtimali çerçevesinde taahhüdün geçerliliğinin sağlanmasıdır. Bu kapsamda, dava tarihindeki vatandaşlığın esas alınması, taahhüdün geçerliliğinin sağlanması amacına hizmet etmeyeceğinden, milli hukukun belirlenmesinde, dava tarihi yerine işlem tarihinin esas alınması gerektiği kanaatindeyiz⁸⁷⁸.

B. Lex Causae Kuralının Zorunlu Olarak Uygulanacağı Haller

Hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuk konusunda, genel kuraldan ayrılarak sadece işlemin esasına uygulanacak hukukun yetkili olacağı bazı durumlar mevcuttur. Öncelikle, yapıldığı ülkede bilinmeyen ya da yapılması mümkün olmayan hukuki işlemlerin, halin icabı gereği, işlemin esasına uygulanacak hukukun öngördüğü şekilde yapılabilecekleri ifade edilmektedir⁸⁷⁹. Kanaatimizce, bu konuda, işlemin yapıldığı ülke hukukunda yasaklanmış olması ile bu ülkede hiç düzenlenmemiş olması durumları ayrı ayrı değerlendirilmelidir. İşlemin yapıldığı ülke hukukunun bu işlemi yasaklaması, işlemin bu ülke hukukuna göre yapılamayacağı anlamına gelecektir. Bu durumda, şekle zorunlu olarak *lex causae* uygulanır. Örneğin, bir ülkede miras sözleşmesi yapılması yasaklanmışsa, miras sözleşmesinin bu ülkede yapılmak istenmesi halinde, bu sözleşme miras statüsünün tabi

⁸⁷⁶ ERKAN, Kambiyo Senetleri, s. 757.

⁸⁷⁷ ERKAN, Kambiyo Senetleri, s. 757.

⁸⁷⁸ Şekle uygulanacak bağlama kuralının statü değişikliği bakımından değerlendirilmesine ilişkin olarak bkz. Üçüncü Bölüm/ II/ E/ 1.

⁸⁷⁹ TEKİNALP/ UYANIK, s. 96; DOĞAN, s. 308-309; NOMER, s. 209.

olduğu hukukun öngördüğü şekilde yapılacaktır⁸⁸⁰. Buna karşılık, söz konusu işlem, işlem yeri hukukunda hiç düzenlenmemişse, bunun anlamı, o konuya ilişkin şekil serbestisinin varlığıdır. Bir işlemin hiç düzenlenmemesi o işlem hakkında bir şekil zorunluluğunun da bulunmaması anlamına gelir. Bu durumda, *lex causae*'nin zorunlu olarak uygulanmasından bahsedilemez. Şekil serbestisi dolayısıyla, taraflar işlemi, resmi şekil haricinde diledikleri şekilde gerçekleştirebilirler.

Hukuki işlemin esasına uygulanacak hukukun Türk hukuku olduğu ve söz konusu hukuki işlem için Türk hukukunda resmi şekil şartı öngörüldüğü hallerde, şekil konusunda *lex causae*'nin uygulanması, böylece işlemin resmi şekilde yapılması gerektiği; resmi şeklin nasıl gerçekleştirileceği hususunun ise işlemin yapıldığı yer hukukuna yani *LRA* kuralına tabi olacağı ifade edilmektedir⁸⁸¹. Bu görüşe göre, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi⁸⁸² ve ölünceye kadar bakma sözleşmesinin⁸⁸³ esasına Türk hukukunun uygulandığı hallerde, şekil bakımından birinci derecede *lex causae* yani Türk hukuku uygulanacak; *LRA* kuralı ise, resmîyetin gerçekleştirilme şekli bakımından rol oynayacaktır⁸⁸⁴. Bu gibi durumlar haricinde, hukuki işlemlerin şekli konusunda, "*lex causae*" kuralının zorunlu olarak uygulanması bakımından iki konu ön plana çıkmaktadır. Bunlar, taşınmazlara ilişkin hukuki işlemler ve tüketici sözleşmeleridir. Çalışmamızda bu başlık altında, taşınmazlara ilişkin sözleşmeler ile tüketici sözleşmelerinin şekli sırasıyla ele alındıktan sonra, hukuki işlemin esasına uygulanacak hukukta resmi şekil şartı öngörülen hallerde esasa uygulanacak hukukun şekil konusunda tek başına yetkili olup olmayacağı meselesi incelenecektir.

1. Taşınmazlara İlişkin Hukuki İşlemler

a. Genel Olarak

Taşınmazlara ilişkin hukuki işlemlerin esası hakkında, çoğunlukla, taşınmazın bulunduğu ülke hukukunun yetkilendirildiği görülmektedir⁸⁸⁵. Latince "*lex rei sitae*" (*LRS*)

⁸⁸⁰ Miras sözleşmesinin esasına uygulanacak hukukta, bu işlem için resmi şekil şartı öngörüldüğü hallerde işlemin bu ülkede yapılması mümkün olmaz. Zira resmi şekil şartı için resmi bir makamın katılımı zorunludur ve resmi makamın kendisini yetkilendiren hukukun dışında bir hukuku esas alarak işlem yapması mümkün değildir. "*Auctor regit actum*" olarak ifade edilen bu prensibe ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Üçüncü Bölüm/ I/ B/ 3.

⁸⁸¹ ERDENER, *Locus Regit Actum*, s. 112-113.

⁸⁸² Taşınmaz satış vaadinin şekline uygulanacak hukuka ilişkin doktrin görüşleri ve değerlendirmemiz için bkz. Üçüncü Bölüm/ I/ B/ 1/ b/ bb, cc.

⁸⁸³ Türk hukukunda, ölünceye kadar bakma sözleşmesinin TBK m. 612 gereği, miras sözleşmesi şeklinde yapılması gerekmektedir. Miras sözleşmeleri ise, TMK m. 545 gereği, resmi vasiyetname şeklinde yapılmaktadır.

⁸⁸⁴ ERDENER, *Locus Regit Actum*, s. 114.

⁸⁸⁵ Taşınmazlara ilişkin sözleşmelerin esası hakkında çoğunlukla taşınmazın bulunduğu ülke hukuku yetkili olmakla beraber, bazı hukuk düzenlemelerinde, Türk hukukundan farklı olarak, bu sözleşmeler bakımından

olarak ifade edilen “taşınmazın bulunduğu ülke hukuku”, pek çok ülke hukukunda, aynı hak statüsünün yanı sıra, taşınmazlara ilişkin sözleşmelerin de esasına uygulanacak hukuk olarak düzenlenmektedir. Örneğin, Türk hukukunda MÖHUK m. 25’te⁸⁸⁶, İsviçre hukukunda İsviçre

da hukuk seçimi imkânı tanındığı, böylece, *LRS* kuralının bertaraf edilebildiği görülmektedir. Örneğin, İsviçre hukukunda, İsviçre MÖHK m. 119/2 uyarınca, gerek İsviçre gerekse başka bir ülkede bulunan taşınmazlara ya da onların kullanımına ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuk taraflarca seçilebilmektedir. Sözleşmeler alanında hukuk seçimine ilişkin genel hüküm olan İsv. MÖHK m. 116’ya uygun olarak, taraflar, taşınmaza ilişkin sözleşmenin esası hakkında, uyumsuzlukla hiçbir bağlantısı olmayan bir hukuku dahi seçebilirler (bkz. BONOMI, *Commentaire Romand*, s. 1028). Taşınmazlar konusunda, *LRS* kuralının hakimiyetine rağmen, tarafların başka bir ülke hukukunun, örneğin, yaptırımları daha hafif olan bir ülke hukukunun uygulanması konusunda menfaatleri olabilir (bkz. DUTOIT, *Commentaire*, s. 538). Hukuk seçimi, sözleşmenin sadece “borçlandırıcı” tarafı için mümkündür; sözleşmenin “aynı” tarafına ilişkin hukuk seçimi yapılamaz (bkz. DUTOIT, *Commentaire*, s. 538). Taşınmazların aynına ilişkin konularda, aynı hak statüsü hâkim olur ve İsv. MÖHK m. 99 gereği, emredici olarak, taşınmazın bulunduğu ülke hukuku uygulanır. Buna göre, sözleşmenin kurulmasına yönelik irade beyanları, sözleşmenin geçerliliği, hasarın kime ait olduğu gibi konular sözleşme statüsüne tabidir ve bu konuda hukuk seçilebilir; buna karşılık, aynı haklara ilişkin “*numerus clausus*” ilkesi uyarınca taşınmaz üzerinde bir aynı hakkın tesisinin mümkün olup olmadığı, taşınmaz mülkiyetinin sınırlanması, aynı hakkın içeriği, tapu sicilinin etkisi gibi konular aynı hak statüsüne tabidir ve bu konuda hukuk seçimi yapılamaz (bkz. DUTOIT, *Commentaire*, s. 538). Sözleşmeye konu taşınmazın İsviçre’de bulunması durumunda, İsviçre hukukunun kamu düzenine ilişkin hükümleri (İsv. MÖHK m. 18), örneğin, yurt dışında bulunan kişilerin taşınmaz edinimlerine ilişkin düzenlemeler, seçilen hukukun uygulanmasına engel olabilecektir (bkz. BONOMI, *Commentaire Romand*, s. 1028). Yabancı bir ülkede bulunan taşınmazlar bakımından ise, hâkim, hukuk seçiminin varlığına rağmen, taşınmazın bulunduğu ülke hukukunun kamu düzenine ilişkin düzenlemelerini, örneğin, kiracının korunmasına ilişkin emredici hükümleri, İsv. MÖHK m. 19 çerçevesinde göz önünde bulundurabilecektir (BONOMI, *Commentaire Romand*, s. 1028).

Türk hukukunda, taşınmazlara ve onların kullanımına ilişkin sözleşmeler bakımından, İsviçre hukukundakine benzer bir düzenlemeye yer verilmemiştir; MÖHUK m. 25 uyarınca, bu konuda tarafların hukuk seçimi yapma imkanları mevcut değildir. Söz konusu hüküm, her zaman tarafların menfaatine hizmet etmeyecek oluşu nedeniyle doktrinde eleştirilmektedir. Doktrindeki bu görüşe göre, örneğin, bir Türk vatandaşının, İspanya’daki yazlığını üç aylığına bir diğer Türk vatandaşına kiralaması durumunda, kira sözleşmesine konu taşınmazın kararlaştırılan nitelikte olmaması nedeniyle İstanbul mahkemelerinde açılan davada, hâkim, MÖHUK m. 25 uyarınca, taşınmazın bulunduğu yer hukuku olarak İspanyol hukukunu uygulanmak durumunda kalacaktır. Bu görüşe göre, İsviçre MÖHK m. 119/2 hükmüne benzer bir düzenleme Türk hukukunda yer alsaydı, kira sözleşmesinin taraflarının Türk hukukunun uygulanması hususunda anlaşmaları mümkün olabilirdi (bkz. TARMAN, *Hukuk Seçimi*, s. 155-156).

⁸⁸⁶ MÖHUK m. 25 gereği, taşınmazlara veya onların kullanımına ilişkin sözleşmeler, taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna tabi olacaktır. “Taşınmazlara ilişkin sözleşmeler” başlıklı söz konusu madde, iki konuyu kapsamaktadır: taşınmazların aynına ilişkin sözleşmeler ve taşınmazların kullanımına ilişkin sözleşmeler (bkz. ÖZEL, Sibel/ ÇINAR, Kazım, “*Taşınmazlara İlişkin Sözleşmelerin Esasına Uygulanacak Hukuka Dair MÖHUK m. 25’in Kapsamı*”, MÜHF-HAD, Yıl 2017, Cilt: 23, Sayı: 1, s. 329; ÇINAR, Kazım, *Milletlerarası Özel Hukukta Taşınmazlara İlişkin Sözleşmeler*, İstanbul 2016, s. 59). Taşınmazların aynına ilişkin sözleşmeler ile, taşınmazın devrine ilişkin sözleşmelerin yanı sıra, taşınmaz üzerinde bir irtifak ya da rehin hakkı gibi bir sınırlı aynı hak tesis eden sözleşmeler de kastedilmektedir. Taşınmazın aynına ilişkin sözleşme nitelendirilmesi yapılabilmesi için o sözleşme ile taşınmaz üzerindeki bir aynı hakka ilişkin bir borç doğmuş olması gerekmektedir. Örneğin, müvekkili adına taşınmaz mal edinme borcu yükleyen bir vekalet sözleşmesinde taşınmaz üzerindeki bir aynı hakka ilişkin bir borç doğmamaktadır, bu nedenle yabancılık unsuru içeren bu sözleşme MÖHUK m. 25 kapsamında değildir; buna karşılık, vekilin, bu vekalet sözleşmesinden elde ettiği yetkiye dayanarak bir başkasıyla yapacağı sözleşme, MÖHUK m. 25 kapsamında değerlendirilecektir (bkz. ÖZEL/ ÇINAR, s. 332; ÇINAR, s. 63-64). Doktrinde, aynı hak olarak nitelendirilemeseler de alım, geri alım ve önalım haklarına ilişkin sözleşmelerin de, sonuç olarak bu sözleşmelere dayanarak taşınmazın devri gerçekleştiğinden, MÖHUK m. 25 kapsamında taşınmazın aynına ilişkin sözleşmeler olarak değerlendirilmeleri gerektiği ifade edilmektedir (bkz. bkz. ÖZEL/ ÇINAR, s. 333-334; ÇINAR, s. 64-65). MÖHUK m. 25’in kapsamına giren diğer konu, taşınmazların kullanımına ilişkin sözleşmelerdir. Buna örnek olarak, taşınmaz kira sözleşmeleri ile taşınmaz kullanım ödencü sözleşmeleri gösterilebilir.

Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (İsv. MÖHK) m. 119/1'de⁸⁸⁷, taşınmazlara ya da onların kullanımına⁸⁸⁸ ilişkin sözleşmelerin taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna tabi olacağı öngörülmektedir.

Günümüzde, taşınmazlara ilişkin hukuki işlemlerde, "taşınmazın bulunduğu ülke hukukunun" (*LRS*) uygulanacağını öngören kural, bu işlemler bakımından en yaygın kullanılan kanunlar ihtilafı kuralı teşkil etmektedir⁸⁸⁹. Bu prensibin lehine ileri sürülen çeşitli gerekçeler bulunmaktadır. Öncelikle, modern milletlerarası özel hukuk teorisinde, bir hukuki işlemin esasına uygulanacak hukuk tespit edilirken, o hukuki işlem ile en yakın irtibatlı hukuk tespit edilmeye çalışılmaktadır; bu çerçevede, taşınmazlara ilişkin hukuki işlemlerde, işlemin ağırlık noktasını taşınmaz oluşturmaktadır ve böylece taşınmaza ilişkin hukuki işlemle en yakın irtibatlı hukuk taşınmazın bulunduğu yer hukuku olmaktadır⁸⁹⁰.

Taşınmazlara ilişkin hukuki işlemlerde taşınmazın bulunduğu ülke hukukunun yetkili kılınmasının bir diğer gerekçesi, taşınmaza ilişkin kayıt sisteminin bütünlüğünün ve etkinliğinin sağlanmak istenmesidir⁸⁹¹. Bununla bağlantılı olarak, söz konusu hukuki işlemler bakımından taşınmazın bulunduğu ülke hukukunun uygulanması, hukuki güvenliğe de hizmet

⁸⁸⁷ İsviçre MÖHK m. 119/1 gereği, taşınmazlara ya da onların kullanımına ilişkin sözleşmeler, taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna tabidir. Bu kuralın kabul edilmesinin en önemli gerekçelerinden biri, taşınmazın, bulunduğu ülkede yürürlükte olan emredici nitelikteki pek çok düzenlemeye konu olmasıdır (bkz. BONOMI, Commentaire Romand, s. 1026). Aynı gerekçeyle, taşınmazlar üzerindeki aynı hakların da taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna tabi olacağı, İsv. MÖHK m. 99'da hüküm altına alınmıştır. Özellikle, taşınmaz kira sözleşmeleri konusunda, pek çok ülkede, bu sözleşmeye uygulanacak hukuk hangisi olursa olsun uygulama alanı bulan ve kiracıyı koruyucu nitelikte olan emredici düzenlemelere yer verilmektedir. Bu çerçevede, konuya ilişkin olarak aynı anda farklı hukukların uygulanmasından doğacak zorlukların olabildiğince engellenebilmesi için, taşınmaza ilişkin sözleşmelerin, taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna tabi kılınması zorunluluğu doğmaktadır (bkz. BONOMI, Commentaire Romand, s. 1026-1027; BUCHER/BONOMI, Droit International Privé, s. 303). İsv. MÖHK m. 119 hükmü, taşınmazlara ilişkin satım, bağışlama gibi sözleşmelerin yanı sıra, taşınmaz üzerinde bir aynı hakkın devri ya da tesisine ilişkin sözleşmeleri ve kira ya da devre mülk sözleşmesi gibi taşınmazın kullanımına ilişkin sözleşmeleri de kapsamaktadır (bkz. BONOMI, Commentaire Romand, s. 1026). Taşınmaza ilişkin bir sözleşmenin, kişisel ya da ailevi bir kullanım için akdedilmiş olsa dahi, İsv. MÖHK m. 119'un kapsamına gireceği; tüketici sözleşmelerine ilişkin İsv. MÖHK m. 120'nin, taşınmazlara ilişkin sözleşmeler bakımından uygulanmasının mümkün olmadığı; yurt dışında taşınmaz satın alan bir kişinin *LRS* dışında bir hukukunun uygulanması yönünde bir beklentisinin olmayacağı doktrinde ifade edilmektedir (bkz. BONOMI, Commentaire Romand, s. 1026).

⁸⁸⁸ Taşınmazların kullanımına ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuk konusunda genel kabul gören kural, taşınmazın bulunduğu yer hukukunun uygulanması olmakla beraber, karşılaştırmalı hukukta, bazı taşınmaz kira sözleşmeleri bakımından, *LRS* kuralının uygulanmadığı görülmektedir. Örneğin, Roma I Tüzüğü m. 4/1/d uyarınca, aralıksız en fazla altı aylık bir süre ve kişisel kullanım için yapılan taşınmaz kira sözleşmeleri, kiraya verenin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukuna tabi olacaktır. Ancak bunun için, kiracının gerçek kişi olması ve mutad meskeninin kiraya verenin mutad meskeni ile aynı ülkede bulunması gerekmektedir.

⁸⁸⁹ ÇINAR, s. 71.

⁸⁹⁰ ÇINAR, s. 72.

⁸⁹¹ ÇINAR, s. 72-73.

etmektedir. Zira bu hukukun uygulanması ile hem taşınmaz üzerindeki haklar güvence altına alınacak hem de üçüncü kişilerin hakları korunacaktır⁸⁹².

Türk milletlerarası özel hukuk doktrinde taşınmazlara ilişkin sözleşmeler bakımından, taşınmazın bulunduğu ülke hukukunun yetkili kılınmasının gerekçesi olarak, taşınmaz üzerindeki aynı haklara ilişkin sözleşmelerin resmi şekle tabi olması ve taşınmaz üzerindeki aynı haklara ilişkin tasarruf işlemlerinin sebebe bağlı olması gösterilmektedir⁸⁹³. Türk hukukunda, Türk Medeni Kanunu m. 1022 uyarınca, taşınmazlar üzerindeki aynı hakların kazanılması, söz konusu aynı hakların tapu sicilinde taşınmaza ait sayfaya tescil edilmesine bağlıdır. Bununla birlikte, tescil, ancak, diğer bütün kurucu unsurlar mevcut ise aynı hakkı kazandırır; geçerli olmayan bir hukuki işleme dayanılarak veya tescil için gerekli bir hukuki sebep olmaksızın tescil yapılmış ise, böyle bir tescil yolsuz tescil teşkil eder ve bu yolla aynı hak kazanılmış olmaz⁸⁹⁴. Bu husus, tescilin sebebe bağlılığı olarak ifade edilmektedir.

Taşınmazlar konusunda aynı hak ve sözleşme statüsüne uygulanacak hukuku belirleyen *LRS* kuralının, taşınmazlara ilişkin hukuki işlemlerin şekli bakımından tek başına yetkili olacağı, çeşitli hukuk düzenlemelerinde kabul edilmektedir. O halde, bu hukuk düzenlemeleri çerçevesinde, taşınmazlara ilişkin hukuki işlemlerin şekli konusunda, hukuki işlemin esasına uygulanacak hukukun (*lex causae*) zorunlu olarak uygulanacağını ve işlemin yapıldığı yer hukukunun (*LRA*) yetkisinin ortadan kalktığını söyleyebiliriz. Aşağıda, bu konu ayrıntılarıyla incelenecektir.

b. Taşınmazlara İlişkin Hukuki İşlemlerin Şekli Konusunda *LRS*'nin Mutlak Olarak Uygulanması

aa. Karşılaştırmalı Hukukta

Roma I Tüzüğü m. 11/5'te, taşınmaz üzerindeki aynı haklara ilişkin sözleşmeler ile taşınmaz kira sözleşmelerinin şeklinin, taşınmazın bulunduğu yer hukukuna tabi olacağı düzenlenmektedir. Söz konusu hüküm, taşınmaz üzerindeki bir aynı hakka ilişkin sözleşmelerin (örneğin taşınmaz satış sözleşmesi ya da taşınmaz üzerinde irtifak hakkı tesis eden bir sözleşme) yanı sıra, özellikle kira sözleşmesi gibi taşınmazın kullanımına ilişkin

⁸⁹² ÇINAR, s. 73.

⁸⁹³ TEKİNALP/ UYANIK, s. 303; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 287.

⁸⁹⁴ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, s. 153; NOMER, Haluk Nami/ ERGÜNE, Serkan, Eşya Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2019, s. 121; SİRMEN, Lale, Eşya Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2018, s. 117-118.

sözleşmeleri de kapsamaktadır⁸⁹⁵. Buna karşılık, bir taşınmazın inşasına ya da onarımına ilişkin sözleşmeler söz konusu hükmün kapsamına dahil değildir⁸⁹⁶. Zira bu tür sözleşmeler, bir işin görülmesine ilişkin olup, taşınmaz üzerindeki aynı hakkı ya da taşınmazın kullanımını ilgilendiren sözleşmeler değildir. Roma I Tüzüğü m. 11/5 hükmünde, taşınmazlara ilişkin sözleşmelerin şeklinden bahsedilmekle birlikte, doktrinde, bu tür sözleşmelerle ilgili tek taraflı hukuki işlemlerin, örneğin bir taşınmaz kira sözleşmesinin feshinin şeklinin de hükmün kapsamında olduğu ifade edilmektedir⁸⁹⁷.

Roma I Tüzüğü m. 11/5 hükmü çerçevesinde, taşınmazın bulunduğu ülke hukukunun şekil kurallarının uygulama alanı bulabilmesi iki koşula bağlanmıştır. Buna göre, bu kuralların, sözleşmenin kurulduğu yer hukuku ya da sözleşmenin esasını yöneten hukuk dikkate alınmaksızın uygulanacak kurallar olması ve tarafların anlaşmasıyla bertaraf edilemeyecek nitelikte olmaları gerekmektedir⁸⁹⁸. Böylece, taşınmazın bulunduğu ülke hukukunun şekil kurallarının uygulanabilmesi için, bu kuralların "doğrudan uygulanan kural" niteliğinde olmaları gerekmektedir⁸⁹⁹. Tüzük m. 9/3'te, sözleşmenin ifa edileceği yerin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabileceği ayrıca düzenlenmiş olmakla birlikte, Tüzük m. 11/5 'te (Konvansiyon m. 9/6), m. 9/3'ten farklı olarak, bu kuralların uygulanması bakımından hâkime bir takdir yetkisi bırakılmamıştır.

İsviçre hukukunda, İsv. MÖHK m. 119/3 gereği, taşınmazlara ilişkin sözleşmelerin şekli konusunda, taşınmazın bulunduğu ülke hukuku başka bir hukukun uygulanmasını öngörmedikçe, bu hukukun uygulanacağı düzenlenmektedir. Yabancı bir ülkede bulunan taşınmazlara ilişkin olarak, taşınmazın bulunduğu yabancı ülke hukuku, taşınmaza ilişkin sözleşmenin şeklini emredici olarak *LRS*'ye tabi kılmadıkça, sadece sözleşmenin şekline yönelik olarak kısmi hukuk seçimi yapılabileceği kabul edilmektedir⁹⁰⁰. İsviçre'de bulunan

⁸⁹⁵ LEGIER, *Domaine de la Loi Applicable*, s. 5.

⁸⁹⁶ LEGIER, *Domaine de la Loi Applicable*, s. 5.

⁸⁹⁷ DORNIS, *Rome I Art. 11*, s. 402.

⁸⁹⁸ İngiliz hukukunda, bir taşınmaza ilişkin satış işleminin yazılı şekilde yapılması gerektiğini öngören kuralın, Roma I Tüzüğü m. 11/5 hükmü kapsamında değerlendirilebileceği ifade edilmektedir (bkz. STONE, s. 324).

⁸⁹⁹ LAGARDE, *E.E.C. Convention*, s. 53. Doktrindeki bir görüş, söz konusu hükmün, sözleşmenin kurulduğu yer hukuku ya da sözleşmenin esasını yöneten hukukun uygulanmasını tamamen bertaraf etmediğini; bununla birlikte, bu hukuklardaki şekil kurallarına uygunluğun yeterli olmadığını ve taşınmazın bulunduğu ülke hukukundaki doğrudan uygulanan kural niteliğindeki şekil kurallarının da gözetileceğini savunmaktadır (bkz. DICEY/ MORRIS/ COLLINS, s. 1910; LEGIER, *Domaine de la Loi Applicable*, s. 5). Doktrindeki aksi görüş uyarınca, Roma I Tüzüğü m. 11/5 hükmü, bu maddenin ilk üç fıkrasının uygulanmasını bertaraf etmektedir; hükmün kapsamında yer alan sözleşmelerin şekli, sadece, taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna tabi olacaktır (bkz. WILDERSPIN, s. 442-443).

⁹⁰⁰ DUTOIT, *Commentaire*, s. 538-539; BONOMI, *Commentaire Romand*, s. 1029.

taşınmazlara ilişkin sözleşmelerin şekli konusunda ise, mutlak olarak İsviçre hukuku yetkilidir (İsv. MÖHK m. 119/3).

Fransız hukukunda, Fransız Medeni Kanunu m. 2417’de, aksine bir kanun ya da sözleşme hükmü bulunmadıkça, Fransa’da bulunan mallar üzerinde ipotek hakkı tesisine ilişkin sözleşmelerin yabancı ülkelerde düzenlenemeyecekleri hükmü yer almaktadır. Söz konusu hüküm, ipotek sözleşmesinin Fransa’da bulunan bir noter huzurunda yapılması zorunluluğunu öngörmek ve böylece malın bulunduğu yer olarak Fransız şekil kurallarının uygulanmasını zorunlu kılmak suretiyle, konuya ilişkin kanunlar ihtilafi kuralını ortadan kaldırmaktadır⁹⁰¹. Bu nedenle, bu hüküm, milletlerarası özel hukuka ilişkin bir maddi hukuk kuralı teşkil etmektedir.

Fransız Medeni Kanunu m. 2417 hükmü, Fransız içtihadında, dar yorumlanmaktadır. Buna göre, madde hükmünde “Fransa’da bulunan mallar” üzerinde ipotek tesisinden bahsedilmekle birlikte, bu hüküm, sadece Fransa’da bulunan taşınmaz mallar bakımından uygulanmaktadır⁹⁰². Buna bağlı olarak, Fransız hukukunda üzerinde ipotek hakkı tesisinin mümkün olduğu taşınır, örneğin gemiler, bakımından bu hüküm uygulanmayacaktır. Ayrıca, söz konusu hükmün, ipotek hakkı tesisine ilişkin ön sözleşmeler ile vekalet sözleşmelerini kapsamadığı kabul edilmektedir⁹⁰³. Buna göre, örneğin, İngiltere’de düzenlenmiş bir vekaletnameye istinaden, Fransa’da bulunan bir taşınmaz üzerinde, Fransız noteri önünde ipotek hakkı tesis edilebilecektir. Son olarak, madde metninde de açıkça ifade edildiği üzere, yabancı bir ülkede bulunan taşınmazlar, söz konusunun hükmün kapsamı dışındadır.

bb. Türk Hukukunda

Taşınmazlara ilişkin hukuki işlemlerin şekli ile ifade edilen, hem iki taraflı hukuki işlemlerin, yani sözleşmelerin, örneğin bir taşınmaz satım sözleşmesinin, hem de tek taraflı hukuki işlemlerin, örneğin tapudaki bir tescil talebinin şeklidir. “Taşınmazlara ilişkin sözleşmeler” denildiğinde, bu kavramın Türk maddi hukukunda, kavramsal bir alt yapısı bulunmamaktadır⁹⁰⁴. Doktrinde, MÖHUK m. 25 çerçevesinde, bu kavramın, hem taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin borçlandırıcı işlem niteliğindeki sözleşmeleri hem de taşınmazların kullanımına ilişkin sözleşmeleri kapsadığı ifade edilmektedir⁹⁰⁵. Bu çerçevede,

⁹⁰¹ LEGIER, *Domaine de la Loi Applicable*, s. 6.

⁹⁰² LEGIER, *Domaine de la Loi Applicable*, s. 6.

⁹⁰³ LEGIER, *Domaine de la Loi Applicable*, s. 6.

⁹⁰⁴ ÖZEL/ ÇINAR, s. 326; ÇINAR, s. 61.

⁹⁰⁵ ÖZEL/ ÇINAR, s. 329; ÇINAR, s. 58-59.

taşınmazlara ilişkin sözleşmelerin şekline uygulanacak hukuk meselesi, iki başlık altında incelenebilir: taşınmazın aynına ilişkin sözleşmelerin şekli ve taşınmazın kullanımına ilişkin sözleşmelerin şekli.

aaa. Taşınmazların Aynına İlişkin Sözleşmelerin Şekline Uygulanacak Hukuk

Taşınmazın aynına ilişkin sözleşmelerin şekli meselesi, MÖHUK m. 21/4 hükmü ile birlikte değerlendirilmelidir. Türk hukukunda, taşınmazların aynına ilişkin hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuk konusunda, genel kuraldan ayrılarak, özel bir düzenleme getirilmiştir. MÖHUK m. 21/4 gereği, taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin hukuki işlemlere, şekil yönünden, bu malların buldukları ülke hukuku (*LRS*) uygulanacaktır⁹⁰⁶. Söz konusu hükümde yer alan "taşınmazların aynına ilişkin işlemler" ile taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin hem borçlandırıcı hem de tasarruf işlemlerinin mi kastedildiği yoksa borçlandırıcı işlemlerin kapsam dışı bırakılarak sadece tasarruf işlemlerinin mi hükme dahil olduğu hususunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. MÖHUK m. 21/4 hükmünün taşınmazlara ilişkin tasarruf işlemlerinin yanı sıra borçlandırıcı işlemlerin şeklini de kapsamaması durumunda, taşınmazın aynına ilişkin sözleşmelerin şekli, MÖHUK m. 7 hükmüne değil, MÖHUK m. 21/4 hükmüne tabi olacak; böylece bu konuda, taşınmazın bulunduğu ülke hukuku tek başına yetkili olacaktır.

Doktrinde, çoğunlukla, taşınmazlar üzerinde aynı hak doğuran ya da aynı hakka son veren işlemlerin şekli gibi borç doğuran işlemlerin, örneğin satım sözleşmesi ya da satış vaadinin şeklinin de söz konusu işlemlerin illi olması gerekçesi ile taşınmazın bulunduğu yer hukukuna (*lex rei sitae*) yani esasa uygulanacak hukuka (*lex causae*) göre yapılması gerektiği kabul edilmektedir⁹⁰⁷. MÖHUK m. 21/4 hükmünde yer alan ve taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin hukuki işlemlerin şekil bakımından taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna tabi olacağını öngören düzenleme, sadece taşınmazlar üzerindeki aynı haklara doğrudan etkili olan işlemleri değil, bunların yanında, taşınmaz üzerindeki aynı hak üzerinde doğrudan etkili bir hukuki işlemi yapma borcu doğuran işlemleri de kapsamaktadır. Buna göre, Türkiye'de bulunan bir taşınmaz hakkında satım sözleşmesi, Tapu Kanunu m. 26 uyarınca sadece Türk tapu memuru huzurunda yapılabilecektir. Aynı şekilde, Türkiye'deki taşınmazlar üzerinde

⁹⁰⁶ MÖHUK m. 25 gereği, taşınmazlara veya onların kullanımına ilişkin sözleşmeler, taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna (*LRS*) tabidir. MÖHUK m. 21/4'te, taşınmazların aynına ilişkin işlemlerin şekil yönünden taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna tabi olacağı düzenlenmek suretiyle, bu işlemlerin şekli bakımından esasa uygulanacak hukukun uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

⁹⁰⁷ ULUOCAK, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 171; TEKİNALP/ UYANIK, s. 96; NOMER, s. 213; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 254. Aynı doğrultuda bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice, Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, İstanbul 2001, s. 155-156; ÇINAR, s. 106.

sınırlı ayni hak tesis eden resmi senetler ya da kat mülkiyeti ya da kat irtifakı tesisine ilişkin sözleşmeler de ancak Türk tapu müdürü ya da memuru huzurunda yapılabilecektir. Buna karşılık, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, Türk hukukunda Noterlik Kanunu uyarına noter huzurunda yapıldığından ve kanunda Türk noteri diye bir açıklık bulunmadığından, Türkiye'deki bir taşınmaza ilişkin satış vaadi sözleşmesi, yetkili yabancı noter önünde ya da noter görevini yerine getiren makam tarafından onun hukukuna göre gerçekleştirilebilecektir⁹⁰⁸.

Doktrinadaki aksi görüş ise, taşınmaz mallar üzerinde ayni hak devri ile ilgili olmayan ancak bu konuda bir taahhüdü ifade eden sözleşmelerin şekli konusunda MÖHUK m. 21/4 hükmünün uygulanmayacağını ifade etmekle⁹⁰⁹ birlikte, Türkiye'deki taşınmazlar üzerindeki ayni haklara ilişkin tüm hukuki işlemlerin şeklinin Türk hukukuna tabi olacağını; bu çerçevede, Türkiye'deki bir taşınmaz üzerinde yabancı ülkede yapılan taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin, ancak Türk hukukunun aradığı resmi şekilde yapılabileceğini, *LRA* kuralının ise resmiyetin gerçekleştirilme biçimi olarak devreye gireceğini savunmaktadır⁹¹⁰.

MÖHUK m. 21/4 hükmünün, bir ayni hakka doğrudan doğruya etkili bir hukuki işlemi yapma borcu doğuran işlemleri de kapsadığını savunan bir görüş, finansal kiralama sözleşmelerinin taşınmazı konu edindiği hallerde, bu sözleşmenin sonunda kiralama konusu taşınmazın satın alma hakkının kiracıya tanınması durumunda, yabancılik unsuru taşıyan böyle bir finansal kiralama sözleşmesinin şeklinin malın bulunduğu ülke hukukuna (*LRS*) tabi olacağını ifade etmektedir⁹¹¹. Bu görüşe göre, bu durumda, taşınmaz üzerindeki ayni hakka ilişkin bir işlem söz konusudur; zira finansal kiralama sözleşmesinin sonunda, kiracıya, taşınmaz malın mülkiyetini satın alma hakkının tanınması, bir alım hakkı⁹¹² tanınması

⁹⁰⁸ ULUOCAK, *Milletlerarası Özel Hukuk*, s. 172; TEKİNALP/ UYANIK, s. 96; NOMER, s. 214; ÇINAR, s. 106. Türkiye'de bulunan bir taşınmaza ilişkin satış vaadi sözleşmesinin geçerli olabilmesi için resmi şekilde yapılması gerektiğine ilişkin olarak ayrıca bkz. ERDENER, *Locus Regit Actum*, s. 110; GÖĞER, *Kanunlar İhtilafı*, s. 27.

⁹⁰⁹ ÇELİKEL/ ERDEM, s. 353; DOĞAN, s. 308; ACUN MEKENGECİ, s. 243. ACUN MEKENGECİ'ye göre, MÖHUK m. 21/4 hükmü, sadece taşınmaz üzerindeki tasarruf işlemlerinin şeklini kapsamaktadır. Bununla birlikte, Türk hukukunda uygulamada, özellikle taşınmaz satımında borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemi iç içe geçmiş olduğundan MÖHUK m. 21/4 hükmünü sadece tasarruf işlemleri için uygulamak teorik bir tartışmadan ibaret kalacaktır; bu nedenle, MÖHUK m. 21/4 hükmü, taşınmazlar üzerindeki ayni haklara ilişkin hem borçlandırıcı hem de tasarruf işlemlerinin şekli bakımından uygulama alanı bulacaktır (bkz. ACUN MEKENGECİ, s. 243).

⁹¹⁰ ÇELİKEL/ ERDEM, s. 191; ACUN MEKENGECİ, s. 245-246.

⁹¹¹ ACUN MEKENGECİ, Merve, *Milletlerarası Özel Hukukta Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmeleri*, İstanbul 2014, s. 169.

⁹¹² Türk hukukunda, taşınmazlara ilişkin alım ve geri alım sözleşmeleri, satış vaadi sözleşmeleri bakımından söz konusu olduğu gibi, resmi şekil şartına bağlanmıştır (TBK m. 237/2). Alım ve geri alım sözleşmelerinin resmi şekil şartına bağlanmalarının nedeni, taşınmaz malikinin, bu sözleşmeler ile artık taşınmazın mülkiyetini devredip devretmeme konusundaki karar alma özgürlüğünün son bulmasıdır (bkz. ÖZBİLEN, s.

anlamına gelir ve kiracının tek taraflı irade açıklamasının kiralayana varması ile taraflar arasında bir satım ilişkisi kurulmuş olur⁹¹³.

bbb. Taşınmazların Kullanımına İlişkin Sözleşmelerin Şekline Uygulanacak Hukuk

Taşınmazların kullanımına ilişkin sözleşmelerin şekli konusunda, doktrinde herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. Bu sözleşmelerin şekline uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 21/4 değil, MÖHUK m. 7 hükmü çerçevesinde tespit edilecektir. Zira bu sözleşmeler, taşınmazların aynına ilişkin hukuki işlemler kapsamında değerlendirilemezler ve bu konuda başka bir düzenleme mevcut olmadığından hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuku düzenleyen genel hüküm olan MÖHUK m. 7 çerçevesinde şekle uygulanacak hukuk tespit edilecektir. Buna göre örneğin, Türkiye'deki bir taşınmazın kiralanmasına ilişkin bir sözleşme, MÖHUK m. 7 uyarınca, sözleşmenin yapıldığı yer hukukunun ya da taşınmazın bulunduğu yer hukukunun (MÖHUK m. 25) şekil kurallarına uygun olarak yapılabilecektir.

Türkiye'deki taşınmazlara ilişkin kira sözleşmelerinin şekli bakımından MÖHUK m. 7 hükmünün uygulanacağı konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamakla birlikte, bu sözleşmelere ilişkin tapuya şerh verilmek istenmesi durumunda, şerh işleminin gerçekleşebilmesi için bu sözleşmelerin Türk hukukunda öngörülen şekil şartlarını taşımaları gerekir gerekmediği sorusu gündeme gelir. Türk hukukunda, TMK m. 1009/1 hükmünde, arsa payı karşılığı inşaat, taşınmaz satış vaadi, kira, alım, ön alım, geri alım sözleşmelerinden doğan haklar ile şerh edilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer hakların tapu kütüğüne şerh edilebileceği öngörülmüştür. Bu çerçevede, adi kira ve ürün kirası sözleşmelerinden doğan alacaklar tapuya şerh edilebilecektir (TBK m. 312, 358).

Doktrinde, bizzat şerh işleminin şekli bakımından bir değerlendirme yapıldığı görülmektedir. Doktrindeki bir görüş, kiracılık hakkının tapu siciline şerh verilmesi işlemi bakımından, sözleşmenin yapıldığı yer olarak yabancı bir ülke hukukunun uygulanamayacağı, zira tapu siciline şerh müessesesinin ülkesel bir uygulama olduğu ve başka bir ülke hukukunun şerh sürecini yönetemeyeceği, dolayısıyla, Türkiye'deki taşınmaz kiralalarına

283). Zira bu sözleşmelerin kurulması ile, alım ya da geri alım hakkı sahibi, tek taraflı irade beyanıyla taşınmaz satış ilişkisini kurma hakkına sahip olmaktadır. Alım ve geri alım sözleşmelerine ilişkin olarak resmîyetin hangi makam tarafından sağlanacağı konusunda, mevzuatta açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konuda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmekle birlikte (bu görüşler için bkz. YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s. 250-251; ÖZBİLEN, s. 283-284), uygulamada, bu sözleşmelerin hem tapuda hem de noterde yapılabildiği görülmektedir (bkz. ÖZBİLEN, s. 284). Yargıtay, Noterlik Kanunu m. 60 hükmünden hareketle, kanunlarda resmi olarak yapılması emredilen ve mercileri belirtilmeyen bütün hukuki işlemlerin noterlerce düzenlenebileceği; bu nedenle, noterlerin alım sözleşmelerini de düzenleyebilmeleri gerektiği görüşündedir (bkz. YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s. 250-251).

⁹¹³ ACUN MEKENGEÇ, Finansal Kiralama Sözleşmesi, s. 169.

ilişkin şerh işlemlerinin ancak Türk hukukuna uygun şekilde yapılabileceği ifade edilmektedir⁹¹⁴. Benzer bir görüş, tapu siciline yapılacak şerh işleminin taşınmazın aynına ilişkin olması sebebiyle, bu işlemin, MÖHUK m. 21 uyarınca taşınmazın bulunduğu yer hukukuna uygun şekilde gerçekleştirileceğini savunmaktadır⁹¹⁵. Konuya ilişkin değerlendirme, bir alt başlıkta yapılacaktır.

cc. Değerlendirme

Taşınmazlara ilişkin hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuk tespit edilirken, alternatif nitelikli kuralın mı uygulanacağı yoksa, esasa uygulanacak hukuk olarak taşınmazın bulunduğu ülke hukukunun mu tek başına yetkili olacağı belirlenmelidir. Karşılaştırmalı hukukta, yukarıda yer verildiği üzere, taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin sözleşmelerin yanı sıra taşınmaz kira sözleşmelerinin şekli konusunda da, taşınmazın bulunduğu ülke hukukunu (LRS) yetkilendiren düzenlemelere rastlanmaktadır. Türk hukukunu bakımından ise, taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin sözleşmeler ile taşınmazların kullanımına ilişkin sözleşmelerin şekline uygulanacak hukuk ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Öncelikle, taşınmazların kullanımına ilişkin sözleşmelerin şekline uygulanacak hukuk konusunda MÖHUK'ta özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, bu konuda, MÖHUK m. 7 uyarınca, sözleşmenin yapıldığı yer ya da sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk olarak taşınmazın bulunduğu yer hukukunun şekil kurallarının gözetilmesi yeterli olacaktır. Buna karşılık, taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin hukuki işlemlerin şekli konusunda, MÖHUK m. 21/4'te özel bir düzenleme yer almaktadır. Söz konusu hüküm uyarınca, taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin hukuki işlemlerin şekli konusunda, taşınmazın bulunduğu ülke hukuku tek başına yetkili olacaktır. Taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin tasarruf işlemlerinin şekli konusunda bu hükmün uygulanacağı tartışmasız olmakla birlikte, borçlandırıcı işlemler bakımından da söz konusu hükmün uygulanıp uygulanmayacağı tereddüt uyandırmaktadır.

Kanaatimizce, taşınmazlara ilişkin hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukukun tespiti amacıyla MÖHUK m. 21/4 hükmünün kapsamı belirlenirken, Türk maddi hukukundaki borçlandırıcı işlem – tasarruf işlemi ayrımından yola çıkılması gerekmektedir. Söz konusu işlemler, Türk maddi hukukunda, birbirinden bağımsız işlemlerdir. Tasarruf işlemi, genellikle, borçlandırıcı işlemlerden doğan borcu yerine getiren, ifa eden bir işlemdir⁹¹⁶. Borçlandırıcı

⁹¹⁴ ÇINAR, s. 107.

⁹¹⁵ GİRAY, Faruk Kerem, "Aile Konutu Kavramının Kanunlar İhtilafı Hukukunca Değerlendirilmesi", MHB, Yıl: 23, Sayı: 1-2, 2003, s. 443.

⁹¹⁶ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 46; EREN, s. 178.

işlem ise, tasarruf işlemine atılmış ilk adımdır; borçlandırıcı işlem, tasarruf işleminden önce yapılır⁹¹⁷. Türk hukuk sistemi, borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemi birbirinden ayırmıştır⁹¹⁸. Bazı durumlarda, her iki işlemin geçerlilik ve özellikle şekil şartları birbirinden farklıdır. Örneğin, TBK m. 184 gereği, bir tasarruf işlemi olan alacağın devri, yazılı şekle tabi olduğu halde, borçlandırıcı bir işlem olan alacağın devri vaadi, herhangi bir şekil şartına bağlı değildir⁹¹⁹. Borçlandırıcı işlemler ile tasarruf işlemlerinin birbirinden bağımsızlığı prensibi, Türk kanunlar ihtilafı kurallarında da benimsenmiştir. Kanunlar ihtilafı hukukunda, borçlar hukuku alanında, örneğin, borçlandırıcı bir işlem olan taşınmaz satış sözleşmesinin esası MÖHUK m. 25 hükmüne tabi iken, bu sözleşmeye ilişkin tescil talepleri, mülkiyet uyuşmazlıkları bakımından aynı hak statüsü yani MÖHUK m. 21 hükmü uygulanacaktır.

Borçlandırıcı işlem – tasarruf işlemi ayırımının, taşınmazlara ilişkin hukuki işlemlerin esası bakımından olduğu gibi şekli konusunda da kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Buna göre, taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin tasarruf işlemlerinin, örneğin tescil talebinin şekli konusunda, MÖHUK m. 21/4 hükmü; buna karşılık, borçlandırıcı işlemlerin, örneğin bir satış vaadi ya da satış sözleşmesinin şekli konusunda ise, şekle ilişkin genel kanunlar ihtilafı kuralı olan MÖHUK m. 7 hükmü uygulanmalıdır. O halde, Türkiye’deki bir taşınmaza ilişkin olarak yabancı bir ülkede adi yazılı şekilde yapılmış bir satış sözleşmesine istinaden Türk mahkemelerinde tescile zorlama davası açıldığında, sözleşmenin şeklen geçersizliği iddiası söz konusu olursa, bu iddia bakımından MÖHUK m. 7 gereği işlem yeri hukuku ya da işlemin esasını yöneten hukuk (taşınmazın bulunduğu ülke olarak Türk hukuku) birbirine alternatif olarak yetkili olacak, böylece yapıldığı yer hukukunda bu sözleşmenin adi yazılı şekilde yapılmasına imkan tanınıyor olması halinde, Türk hukukunda bu sözleşmenin Türk tapu müdürü ya da memuru huzurunda yapılması zorunluluğuna rağmen, sözleşme şeklen geçerli kabul edilecektir. Ancak, bu noktada, kanaatimizce, Türk hukukunda taşınmazların aynına ilişkin sözleşmelerin şekli konusunda öngörülen düzenlemelerin MÖHUK m. 6 çerçevesinde ‘doğrudan uygulanan kural’ olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin tespiti gerekmektedir. Zira bu kurallar, doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilirse, uygulanacak yabancı hukuk dikkate alınmaksızın Türk hukukundaki şekil kuralları uygulama alanı bulacaktır. Bu hususun tespiti için Türk maddi hukukunda

⁹¹⁷ TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 46; EREN, s. 178.

⁹¹⁸ EREN, s. 178. Bazı hukuk sistemlerinde ise, Türk hukukunun aksine, borçlandırıcı işlem ile birlikte hak, karşı tarafa geçmektedir. Örneğin, Fransız hukukunda, Fransız Medeni Kanunu m. 1138 uyarınca, borçlandırıcı sözleşmenin kurulmasıyla birlikte mülkiyet karşı tarafa geçmektedir.

⁹¹⁹ EREN, s. 178.

taşınmazların aynına ilişkin sözleşmeler için öngörülen şekil kurallarının neler olduğu ve bunların amacı üzerinde durulmalıdır.

Türk hukukunda, TMK m. 706/1 gereği, taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması için bunların resmi şekilde düzenlenmesi gerekmektedir⁹²⁰. Söz konusu hüküm, sadece taşınmaz satış sözleşmelerinin değil, taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan bağışlama vaadi, trampa gibi tüm sözleşmelerin şekli geçerliliğini resmi şekil şartına tabi kılmaktadır. Doğrudan taşınmaz satış sözleşmelerini konu alan TBK m. 237/1 hükmü ise, TMK m. 706/1 hükmüne paralel olarak, taşınmaz satışının geçerli olabilmesi için sözleşmenin resmi şekilde düzenlenmesi gerektiğini öngörmektedir. Söz konusu düzenlemelerde bahsedilen "resmiyet", Tapu Kanunu m. 26/1 gereği, tapu sicil memurları tarafından yerine getirilecektir. Tapu Kanunu m. 26/1 gereği, taşınmazlar ile ilgili olarak mülkiyeti devir borcu doğuran sözleşmeler ile bu mallar üzerinde sınırlı ayni hakların kurulması⁹²¹ borcunu yükleyen sözleşmelerin tapu sicil müdürü veya görevlileri tarafından düzenlenmesi gerekmektedir. Bu düzenlemelerin amacı, malvarlıklarına yaptıkları etki dikkate alındığında, sözleşmenin her iki tarafı açısından da önem arz eden bir konu hakkında tarafların düşünmeden karar almalarının önüne geçmek⁹²² ve yapılacak sözleşme ve taşınmazın durumu ile ilgili olarak resmi makamlardan doğru bilgilerin alınmasını sağlamak ve tapu kütüğüne yapılacak olan tescilin hukuki dayanağını oluşturan sözleşmenin eksiksiz ve sağlıklı olmasını sağlayarak⁹²³ aynı zamanda üçüncü kişilerin korunmasına hizmet etmektedir⁹²⁴.

⁹²⁰ Bu kuralın istisnaları mevcuttur. Örneğin, TMK m. 676/3 gereği, mirasçılar arasında yapılacak paylaşma sözleşmesinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır. Mirasın paylaşılması için yapılan sözleşme taşınmazlara ilgili olsa dahi, bu sözleşmenin TMK m. 676 uyarınca yazılı şekilde yapılmasının yeterli olduğu ve Tapu Kanunu m. 26'da öngörülen resmi şeklin gerçekleştirilmesinin zorunlu olmadığı, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 10.12.1952 tarih ve 2/4 sayılı kararında belirtilmiştir (karar için bkz. www.kazanci.com). Bir diğer örnek, miras payının devri sözleşmesine ilişkin olarak verilebilir. TMK m. 677 gereği, terekenin tamamı veya bir kısmı üzerinde miras payının devri konusunda mirasçılar arasında yapılan sözleşmelerin geçerliliği, yazılı şekle bağlıdır. Bu şekilde yapılan bir sözleşme, terekede bulunan taşınmazlar hakkında mülkiyeti geçirme borcu doğurmaya yeterli olacaktır (bkz. OĞUZMAN/ SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, s. 363).

⁹²¹ Taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin yanı sıra taşınmaz üzerindeki sınırlı ayni hakların kurulmasına yönelik sözleşmelerin de resmi şekilde düzenlenmeleri gerekmektedir. Bu husus, Türk Medeni Kanunu'nun sınırlı ayni haklara ilişkin ilgili maddelerinde belirtilmektedir. Örneğin, TMK m. 781 gereği, taşınmaz lehine irtifak hakkının kurulmasına ilişkin sözleşmelerin geçerliliği, resmi şekilde yapılmasına bağlıdır. Ayrıca, TMK m. 856/2 gereği, taşınmaz rehni kurulmasına ilişkin sözleşmelerin geçerli olabilmeleri için resmi şekilde yapılmış olmaları gerekmektedir.

⁹²² TANDOĞAN, Cilt I/1, s. 218; KILIÇOĞLU, Taşınmaz Satımında Şekil, s. 210; OĞUZMAN/ SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, s. 359; SİRMEN, Eşya Hukuku, s. 317; YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s. 232; ÖZDEMİR KOCASAKAL, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 155; ÖZBİLEN, s. 251.

⁹²³ TANDOĞAN, Cilt I/1, s. 218; KILIÇOĞLU, Taşınmaz Satımında Şekil, s. 210; SİRMEN, Eşya Hukuku, s. 317; YAVUZ/ ACAR/ ÖZEN, s. 232. Sözleşmenin resmi şekilde yapılması, tescilin hukuki sebebinin teşkil edecek hukuki işleme mümkün olduğu kadar güvenilirlik ve açıklık sağlamaktadır; gerçekten, resmi şekilde

Tapuda gerçekleşen borçlandırıcı işlem bakımından aleniyetin olduğunu söylemek mümkün değildir; Türk tapu sisteminde aleniyet, hak sahipliği bakımından mevcuttur. Diğer bir ifadeyle, tapu sicili, taşınmaz üzerindeki aynı hak sahipliğini yansıtma hususunda ilgisini ispat eden herkese açıktır, alenidir; ancak, borçlandırıcı işlem için aynı husus geçerli değildir. Buna bağlı olarak, taşınmazın aynına ilişkin borçlandırıcı işlemin tapuda gerçekleşmesinin üçüncü kişileri doğrudan koruyucu bir etkisi olduğu aslında söylenemez. Bununla birlikte, kanaatimizce, Türk hukukunda, taşınmazlar üzerindeki mülkiyet ve sınırlı aynı hakların devrine ilişkin sözleşmelerin tapuda yapılmasını öngören resmi şekil kuralının, doktrinde de ifade edildiği üzere⁹²⁵, doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmesi gerekmektedir.

Tapuda yapılması öngörülen işlemlerin doğrudan uygulanan kural olarak kabulünde, “Devletin tapu sicilinin tutulmasından sorumluluğunu” öngören TMK m. 1007 hükmünün önem arz ettiği kanaatindeyiz. Söz konusu hüküm, kusur aramayan bir sorumluluk halini düzenlemektedir⁹²⁶. Şekil bakımından geçerli olmayan bir sözleşmeye dayanarak tapuda tescil işlemi yapılırsa, bu yolsuz tescile dayanarak TMK m. 1023 çerçevesinde iyi niyetli üçüncü kişilerin aynı hak kazanımları korunacak, böylece gerçek malikin uğradığı zarardan dolayı Devletin sorumluluğu gündeme gelecektir. Tapudaki resmi şeklin doğrudan uygulanan kural olarak kabulünde önem teşkil eden bir diğer konu ise, tapu sicilinde gerçekleşecek olan tescil işleminin sebebe bağlılığı hususudur. Tescil işleminin, taşınmaz üzerinde aynı hak kazandırabilmesi için geçerli bir hukuki işleme dayanması gerekmektedir⁹²⁷. O halde, Türkiye’deki taşınmaza ilişkin olarak yabancı bir ülkede o yer hukukuna uygun şekilde yapılmış bir satış sözleşmesine istinaden tapuda tescil talebi söz konusu olduğunda, Türk tapu

yapılan bir sözleşmeye karşı ehliyetsizlik ve irade bozuklukları bakımından itiraz zorlaşmaktadır (bkz. OĞUZMAN/ SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, s. 359).

⁹²⁴ ÖZDEMİR KOCASAKAL, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 156; ÖZBİLEN, s. 251. Doktrindeki bir görüş, taşınmaz mülkiyetinin devri borcu doğuran sözleşmeler bakımından öngörülen resmi şekil şartının, taraf menfaatlerine hizmet ettiğini; buna karşılık, bu şekil kuralının, evlenmenin resmi şekil şartına bağlı kılınmasında olduğu gibi, kamu düzeni ve yararı amacıyla düzenlenmediğini savunmaktadır (bkz. KILIÇOĞLU, Taşınmaz Satımında Şekil, s. 210).

⁹²⁵ ÖZDEMİR KOCASAKAL, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 156. Doktrindeki bu görüş uyarınca, taşınmazların aynına ilişkin Türk hukukunda öngörülen resmi şekil, devletin taşınmaz hukuku alanında kurduğu yapılanmanın düzgün bir şekilde işleyebilmesi için getirilmiş olup kamuya ait çıkarları korumaktadır; bu nedenle, Türkiye’de bulunan taşınmazların aynına ilişkin hukuki işlemlerin Türk hukukundaki bu şekil kuralı uyarınca yapılması zorunludur, bu işlemlerin yabancı bir ülkede o ülkenin yetkili makamları tarafından yapılması mümkün değildir (bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 156).

⁹²⁶ OĞUZMAN/ SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, s. 144; NOMER/ ERGÜNE, s. 119; SİRMEN, Eşya Hukuku, s. 127. Devletin sorumluluğu için gereken şartlara ilişkin açıklamalar konusunda bkz. OĞUZMAN/ SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, s. 144-152; NOMER/ ERGÜNE, s. 118-119; SİRMEN, Eşya Hukuku, s. 127-133.

⁹²⁷ OĞUZMAN/ SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, s. 153.

memurunun bu sözleşmeye istinaden tescil işlemini gerçekleştirmesi söz konusu değildir. Bu nedenle bu sözleşmenin şekli konusunda Türk hukuku uygulanarak işlemin Türkiye’de tapuda gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Türk hukukunda, taşınmazlar üzerindeki mülkiyet ve sınırlı ayni hakların devrine, kurulmasına ilişkin sözleşmelerin tapuda yapılmasını öngören resmi şekil kurallarının doğrudan uygulanan kural olarak kabulü halinde, Türkiye’deki taşınmazlara ilişkin akdedilen bu sözleşmelerin şekli bakımından MÖHUK m. 7 uyarınca yabancı bir hukukun uygulanması gündeme gelse dahi, bu hukuk dikkate alınmaksızın Türk hukukundaki şekil kuralları uygulama alanı bulacaktır. O halde, Türkiye’deki bir taşınmazı konu alan satış sözleşmesinin ya da bağışlama vadinin Türkiye’de tapu müdürlüklerinde yapılması gerekecektir. Aynı sonuca, taşınmaz üzerinde ipotek, irtifaklar ve taşınmaz yükü tesisini öngören sözleşmeler bakımından da ulaşılmaması gerekecektir.

Doktrinde, Türkiye’deki taşınmazlara ilişkin olarak satış, bağışlama, ipotek gibi tapuda işlem yapılmasını gerektiren sözleşmelerin yabancı bir ülkede gerçekleştirilemeyecekleri ifade edilmektedir⁹²⁸. Ancak, Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü’nün 20.05.2014 tarih ve 02/27695 sayılı genelgesi⁹²⁹ ile tapu işlemlerinin yurt dışında oluşturulacak Tapu ve Kadastro Ataşelikleri’nde yapılabileceği öngörülmüştür. Buna göre, taraflar buldukları ülkedeki Tapu ve Kadastro Ataşeliği’ne başvurduklarında, ilgili ataşelik, taşınmazın bulunduğu il/ilçedeki tapu müdürlüğünden elektronik ortamda bilgi, belge ve yetki talep edecek; Türkiye’deki müdürlük, taşınmazın durumunu inceledikten sonra talebin yerine getirilmesine engel bir durumun olmadığı sonucuna ulaşırsa bu yetki ilgili ataşeliğe verilecek ve taraflarca yapılmak istenen işlem ilgili ataşelik tarafından düzenlenerek tarafların imzası alınacaktır. Düzenlenen bu belge ise, renkli olarak taranarak taşınmazın bulunduğu il/ilçe müdürlüğüne gönderilecektir. Görüldüğü üzere, Türk hukuku uyarınca tapuda yapılması gereken hukuki işlemlerin Türkiye’de yapılması zorunluluğu, bahsetmiş olduğumuz genelge çerçevesinde ortadan kalkmaktadır. Bununla birlikte, bu imkân, Türk hukukunda tapuda işlem yapılmasını öngören şekil kurallarının doğrudan uygulanan kural niteliği bakımından ulaştığımız sonucu değiştirmeyecektir.

Türkiye’deki taşınmazlara ilişkin satış vaadi sözleşmelerinin şekli bakımından ise, Türk hukukunda bu sözleşmelerin noterde düzenlenebilecekleri öngörüldüğünden ve bu sözleşmeye istinaden tapuda doğrudan tescil işlemi gerçekleştirilemediğinden, tapuda

⁹²⁸ NOMER, s. 214; TEKİNALP/ UYANIK, s. 254; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 352-353.

⁹²⁹ Bkz. https://www.tkgm.gov.tr/sites/default/files/icerik/ekleri/yurtdisi_tapu_islemleri_0.pdf.

yapılacak işlemlerin doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmesine neden olan gerekçeler bu sözleşmeler bakımından söz konusu olmayabilecektir. Bu nedenle, bu sözleşmelerin şekli konusunda, mülkiyet ve sınırlı aynı hakların devri ve kurulmasına ilişkin sözleşmelerin şekli konusunda yukarıda ulaşılmış olduğumuz sonuçtan farklı bir değerlendirme yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

Taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin şekli konusunda da, yukarıda belirttiğimiz üzere MÖHUK m. 7 uyarınca sözleşmenin akdedildiği yer ya da sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun (taşınmazın bulunduğu yer hukuku) şekil kuralları dikkate alınacaktır. Ancak, satış ya da bağışlama vaadi sözleşmesinden farklı olarak, bu sözleşmelerin Türk hukukunda tapuda yapılma zorunluluğu yoktur; noterde re'sen düzenleme şeklinde yapılmaları gerekmektedir⁹³⁰. Türkiye'deki bir taşınmaza ilişkin olarak adi yazılı şekilde yapılmış bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin taraflarından birinin ön sözleşme niteliğindeki bu sözleşmeye aykırı davranarak satış sözleşmesi akdetmemesi halinde, diğer taraf, bundan dolayı bir zarara uğramışsa, sözleşme şeklen geçersiz olsa dahi, sözleşmeye aykırı davranan taraftan TBK m. 112 çerçevesinde tazminat talebinde bulunabilecektir.

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesine istinaden tapuda doğrudan tescil işlemi gerçekleştirilmesi söz konusu değildir; tapuda taşınmaz mülkiyetinin tescili için bir satış sözleşmesinin varlığı gerekir. Bununla birlikte, satıcı, tapuda satış sözleşmesini yapmaya yanaşmadığında, diğer bir ifadeyle, taşınmaz satış vaadi sözleşmesini ifadan kaçındığında, alıcının açacağı davanın ve mahkemece verilecek hükmün konusu ve niteliği doktrinde tartışmalıdır⁹³¹. Bu davada, hâkimin satış sözleşmesinin kurulmasının yanı sıra, tescile de hükmedebileceği kabul edildiğinde, satış vaadi sözleşmesi, tescilin doğrudan hukuki dayanağını oluşturmuş olacaktır. Ancak, bu durumda tescilin dayanağını teşkil eden hukuki işlem (taşınmaz satış sözleşmesi) doğrudan tapu memuru huzurunda gerçekleştirilmediği ve hukuki işlem hâkimin hükmü sonucu kurulmak suretiyle hâkimin denetimi söz konusu olduğu

⁹³⁰ Doktrindeki bir görüşe göre, taşınmaz satış vadinin resmi şekle tabi tutulması oldukça isabetlidir; resmi şeklin, tarafları koruma, yüklenilen borçları açık ve emin bir şekilde belirleme fonksiyonları, burada da kendilerini göstermektedir (bkz. KOCA YUSUF PAŞAOĞLU, Gayrimenkul Satış Vaadi, s. 115). Bu görüşe göre, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile borç altına giren tarafın satışa ve mülkiyetin devrine zorlanabileceği göz önünde bulundurulduğunda, bu sözleşmeler bakımından resmi şeklin önemi ortaya çıkmaktadır.

⁹³¹ Bu konudaki görüşler için bkz. OĞUZMAN/ SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, s. 397-398. Yargıtay ise, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan borcunu yerine getirmeyen satıcıya karşı, TMK m. 716 çerçevesinde bir tescil davası açılarak borcun hükmen yerine getirilmesinin istenebileceği görüşündedir. Y. 14. HD., 24.09.2018, E. 2016/ 2731, K. 2018/ 5889; Y. 14. HD., 13.3.2018, E. 2017/ 5812, K. 2018/ 1889; Y. 14. HD., 12.12.2018, E. 2016/ 3267, K. 2018/ 8926; 14. HD., 8.6.2018, E. 2015/ 16526, K. 2018/ 4499; (bkz. www.lexpera.com.tr). Y. 14. HD., 7.2.2019, E. 2016/ 11330, K. 2019/ 1029; Y. 14. HD., 6.2.2019, E. 2016/ 11262, K. 2019/ 936; Y. 14. HD., 16.1.2012, E. 2011/ 15524, K. 2012/ 278; Y. 14. HD., 8.6.2011, E. 2011/ 6312, K. 2011/ 7489 (bkz. www.kazanci.com).

için, tescilin sebebe bağılılığı ya da TMK m. 1007 çerçevesinde Devletin sorumluluğuna ilişkin gerekçeler bu durumda söz konusu olmayacaktır.

Sonuç olarak, taşınmaz satış vaadinin şekli için öngörülen kuralın amacı ve bu kurala aykırı davranışın yaptırımını, tapuda yapılması zorunlu işlemler için öngörülen şekil kurallarının amaç ve yaptırımlarından farklıdır. Bu çerçevede, taşınmaz satış vaadinin şekline ilişkin kuralın doğrudan uygulanan kural olarak kabulü kanaatimizce mümkün değildir. Buna göre, Türkiye'deki bir taşınmaza ilişkin olarak bir satış vaadi sözleşmesi yapılmak istendiğinde, bu sözleşmenin şekli bakımından MÖHUK m. 7 uygulama alanı bulacak; sözleşmenin akdedildiği yer ya da sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk olarak taşınmazın bulunduğu yer hukuku (MÖHUK m. 25) yani Türk hukukunun şekil kurallarına uygun bir sözleşme akdedilebilecektir. Türk hukukunda satış vaadi sözleşmeleri resmi şekle tabi olup, bu sözleşmeler noterde re'sen düzenleme şeklinde yapıldıklarından ve bu sözleşmelerin Türk noteri huzurunda gerçekleştirilmeleri zorunlu olmadığından, yabancı bir ülkede noter ya da o ülke hukukuna göre söz konusu sözleşmeye resmiyet vermeye yetkili resmi memur huzurunda sözleşmenin yapılması mümkün olacaktır. Sonuç olarak, işlem yeri hukuku ve sözleşmenin esasını yöneten hukuk birbirine alternatif olarak yetkili olacağından, Türkiye'deki bir taşınmaza ilişkin olarak resmi şeklin öngörülmediği bir ülkede akdedilen taşınmaz satış vaadi sözleşmesi de akdedildiği yer hukukunun şekil kurallarını taşıması şartıyla şekil bakımından geçerli kabul edilecektir.

Son olarak, TMK m. 1009/1 hükmünde öngörülen hallerde, tapuya şerh verilmek suretiyle etkisi kuvvetlendirilen şahsi haklara ilişkin sözleşmelerin şekline uygulanacak hukuk üzerinde durulmalıdır. TMK m. 1009/1 gereği, arsa payı karşılığı inşaat, taşınmaz satış vaadi, kira, alım, ön alım, geri alım sözleşmelerinden doğan haklar ile şerh edilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklar tapu kütüğüne şerh edilebilecektir. Söz konusu sözleşmelerin şekline uygulanacak hukuka ilişkin açıklamalara yer vermiş bulunmaktayız. Ancak, bu noktada, bu sözleşmelerin tapu kütüğüne şerh edilmek istenmesi durumunda, bu sözleşmeler bakımından Türk hukukunda öngörülen şekil kurallarının gözetilmesi gerekip gerekmediği değerlendirilmelidir. Bunun yanı sıra, şerh anlaşmasının şekline uygulanacak hukuk üzerinde durulmalıdır.

Şerh anlaşması, tapuya verilecek şerhin dayanağını teşkil eder. Türk hukukunda TMK ve TBK'da öngörülenlerin şerh verilebilmesi için, taşınmaz malikinin tasarruf yetkisini ve şerh anlaşmasını ispat ederek talepte bulunması gerekmektedir⁹³². Şerhin hukuki sebebini

⁹³² OĞUZMAN/ SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, s. 215; NOMER/ ERGÜNE, s. 152; SİRMEN, Eşya Hukuku, s. 209.

teşkil eden şerh anlaşmasının, TBK m. 13 hükmünden hareketle, şerh verilecek şahsi hakkın doğumunu sağlayan borç sözleşmesinin tabi olduğu şekilde yapılması gerektiği kabul edilmektedir⁹³³. TMK m. 1009/2 gereği, şerhedilen şahsi haklar taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilecektir.

Üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilme, aynı haklara ilişkin bir özellik olmakla birlikte, şerh verilen şahsi hakların aynı hak haline gelmedikleri kabul edilmektedir⁹³⁴. Şerhin iki etkisi bulunmaktadır: eşyaya bağlı borç etkisi ve munzam etki⁹³⁵. Şerh ile etkisi kuvvetlendirilen şahsi hak, aynı hakka dönüşmeyeceğinden, şerh anlaşmasının taşınmazın aynına ilişkin bir sözleşme olduğu söylenemez. Buna bağlı olarak, bu anlaşmanın şekli bakımından MÖHUK m. 21/4 hükmünün uygulanması mümkün değildir. O halde, şerh anlaşması, MÖHUK m. 7 çerçevesinde, yapıldığı ülke hukuku (*LRA*) ya da taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna (*LRS*) uygun şekilde yapılabilecektir. Ancak, bu noktada, Türk hukukunda şerh anlaşması için öngörülen şekil kurallarının, Türkiye’de gerçekleştirilecek şerh işlemleri bakımından doğrudan uygulanan kural teşkil edip etmediklerinin tespiti gerekir. Zira, yukarıda incelemiş olduğumuz Türk tapu siciline hâkim olan prensipler, tescilin yanı sıra şerh işlemi bakımından da geçerlidir. Tapu memurunun şerh işlemi gerçekleştirirken, şerh anlaşmasının yabancı bir hukuka uygunluğunu incelemek zorunda kalması düşünülemez. Buna bağlı olarak, Türk hukukunda, şerh anlaşması için öngörülen şekil kurallarının, Türkiye’de bulunan taşınmazlar üzerindeki şahsi haklara ilişkin verilecek şerhler bakımından doğrudan uygulanan kural teşkil ettikleri kanaatindeyiz.

Şerhe konu teşkil eden sözleşmelerin şekline uygulanacak hukuk konusunda ise, şerh anlaşması bakımından ulaştığımız sonucun benimsenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Türk tapu sicilinde şerh işleminin gerçekleşebilmesi için TMK m. 1009 hükmünde şerh edilebileceği öngörülmüş ve geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmenin varlığı gerekir. İlgili tapu memuru bu sözleşmenin şekli geçerliliğini incelerken, kendisinden yabancı bir ülke hukukuna göre inceleme yapması beklenemez. Bu çerçevede, tapu siciline şerh edilecek bir sözleşmenin şekli

⁹³³ OĞUZMAN/ SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, s. 215; NOMER/ ERGÜNE, s. 152; SİRMEN, Eşya Hukuku, s. 209. Bununla birlikte, kira sözleşmesi kanunen şekle tabi olmasa dahi, Tapu Sicil Tüzüğü m. 47/ç hükmünde, kişisel hakkın şerhi için aranacak belgeler arasında, taşınmaz kiralaları için yazılı bir sözleşmeye yer verilmiştir. O halde, kiracılık hakkının şerhi bakımından, ispat şartı olarak kira sözleşmesinin adi yazılı senet ile belgelenmesi gerekmektedir (bkz. NOMER/ ERGÜNE, s. 152; SİRMEN, Eşya Hukuku, s. 209-210).

⁹³⁴ OĞUZMAN/ SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, s. 249; NOMER/ ERGÜNE, s. 154; SİRMEN, Eşya Hukuku, s. 211-213.

⁹³⁵ Şerhin iki etkisine ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. OĞUZMAN/ SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, s. 249-251; NOMER/ ERGÜNE, s. 154-155; SİRMEN, Eşya Hukuku, s. 211-213.

geçerliliği konusunda MÖHUK m. 7 hükmü uygulanmaksızın, Türk hukukunun o sözleşmeye ilişkin şekil kuralları doğrudan uygulama alanı bulur.

2. Tüketici Sözleşmeleri

a. Genel olarak

Tüketicinin korunması gerekliliği hem maddi hukuk hem milletlerarası özel hukuk düzenlemelerinde karşımıza çıkan bir prensiptir. Tüketici sözleşmesinin diğer tarafına nazaran daha tecrübesiz ve zayıf olan tüketicinin korunması, ekonomik ve sosyal dengenin oluşturulması bakımından önemli unsurlardan birini teşkil eder⁹³⁶.

Milletlerarası özel hukukta tüketiciyi koruma amacı bulunan haller, tüketicinin sözleşmeye girdiği şartlar itibariyle ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede, ilk olarak, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede yapılan bir öneri ya da öneriye davet üzerine akdedilen sözleşmeler ile tüketicinin siparişinin tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede alındığı sözleşmeler karşımıza çıkar⁹³⁷.

Milletlerarası özel hukukta tüketiciyi koruma amacı bulunan ikinci hal ise, tüketicinin taşınır bir malın satımı amacıyla sözleşmenin karşı tarafının düzenlediği geziye katılarak yabancı bir ülkeye gittiği ve siparişini orada verdiği durumdur⁹³⁸. Bahsetmiş olduğumuz iki durumdan birinin varlığı, tek başına, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukuna göre korunması için yeterli kabul edilmektedir⁹³⁹. Buna göre, söz konusu hallerde, tüketicinin pazarlık gücünün zayıf olup olmadığı ayrıca araştırılmaksızın, tüketicinin ancak kendi mutad meskeni hukukunun uygulanması suretiyle korunabileceği öngörülmektedir⁹⁴⁰.

Milletlerarası özel hukukun tüketiciyi koruma amacı bulunan tüketici sözleşmelerinde, taraf menfaatlerinden tüketicinin menfaati ön plana çıkarken, işlem menfaati gerilemekte, işlem güvenliği, hukuki kesinlik ve öngörülebilirlik ihtiyacı geri planda kalmaktadır⁹⁴¹.

⁹³⁶ WILDERSPIN, Michael, Rome I Regulation-Commentary (European Commentaries on Private International Law, Edited by Ulrich Magnus/ Peter Mankowski, 2016, s. 455; RAGNO, s. 210; ÇALIŞKAN Zeynep, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 26. Maddesine Göre Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, MHB, Yıl: 28, Sayı: 1-2, 2008, s. 30.

⁹³⁷ KAYE, Private International Law, s. 215-216; WILDERSPIN, Rome I Art. 6, s. 456; WILDERSPIN, s. 234; RAGNO, s. 225-226; GÜNGÖR, Gülin, Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, Ankara 2000, s. 96; GÜNGÖR Gülin, “Tüketicinin Mutad Meskeni Hukuku – Düşünsel Temeller”, AÜHFD, Cilt: 57, Sayı: 2, 2008, s. 119.

⁹³⁸ KAYE, Private International Law, s. 215-216; WILDERSPIN, Rome I Art. 6, s. 456; WILDERSPIN, s. 234; RAGNO, s. 225-226; GÜNGÖR, Tüketicinin Korunması, s. 96-97; GÜNGÖR, Mutad Mesken, s. 119.

⁹³⁹ GÜNGÖR, Tüketicinin Korunması, s. 97.

⁹⁴⁰ GÜNGÖR, Tüketicinin Korunması, s. 97.

⁹⁴¹ GÜNGÖR, Mutad Mesken, s. 118. Tüketici sözleşmelerinin yanı sıra, taraflarından birinin zayıf konumda olduğu sözleşmelerde, devletler özel hukukunun dikkat aldığı menfaat, taraf menfaattir (bkz. ÇALIŞKAN, Tüketici Sözleşmeleri, s. 29).

Milletlerarası özel hukukun koruma amacı, yukarıda yer verdiğimiz iki şekilde akdedilen tüketici sözleşmeleriyle sınırlı olarak, tüketicinin yaşadığı yerin standartları ile korunmasına yöneliktir; bu amacı gerçekleştirmeye en uygun bağlama noktasının tüketicinin mutad meskeni olduğu kabul edilmektedir⁹⁴². Tüketicinin mutad meskeni hukukunun tercih edilmesinin nedeni, bu hukukun maddi hukuk sonucu itibarıyla tüketicinin en lehine hukuk olması değildir⁹⁴³. Bu hukukun tercih edilmesinin nedeni, tüketicinin en iyi bildiği, dolayısıyla tüketiciyi en iyi şekilde koruyan hukukun kendi mutad meskeni hukuku olduğu düşüncesidir; diğer bir ifadeyle, tüketicinin mutad meskeni hukuku, milletlerarası özel hukuk adaletini sağlamaya hizmet edecek en uygun hukuk olması nedeniyle tercih edilmektedir⁹⁴⁴. Milletlerarası özel hukuk, maddi hukuk adaletinin değil, milletlerarası özel hukuk adaletinin sağlanmasını hedefler⁹⁴⁵.

Milletlerarası özel hukukta tüketiciyi kendi mutad meskenine göre koruma amacı, tüketici sözleşmesinin esasını yöneten hukukun yanı sıra, tüketici sözleşmesinin şeklini yöneten hukuk üzerinde de etkisini göstermektedir. Bu çerçevede, karşılaştırmalı hukukta Roma I Tüzüğü m. 6'da, Türk hukukunda m. 26/3'te milletlerarası özel hukukun koruma alanına dahil olan tüketici sözleşmelerinin şeklinin tüketicinin mutad meskeni hukukuna tabi olacağı düzenlenmiştir; milletlerarası özel hukukun koruma alanına dahil olmayan tüketici sözleşmelerinin şekli ise, şekle uygulanacak hukuku belirleyen alternatif nitelikli genel hükme tabi olacaktır (Roma I Tüzüğü m. 11, MÖHUK m. 7).

b. Karşılaştırmalı Hukukta Yer Alan Düzenlemeler

Roma I Tüzüğü'nde, tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuk, 6. maddede düzenlenmektedir. Bu maddede tanımlanan sözleşmelerin şekline uygulanacak hukuk, Tüzük m. 11/4 gereği, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu yer hukukudur. Buna göre, Tüzük m. 11'in 1, 2 ve 3. paragraflarında yer alan bağlama kuralları, tüketici sözleşmelerinin şekli

⁹⁴² KAYE, *Private International Law*, s. 215-216; GÜNGÖR, *Mutad Mesken*, s. 121.

⁹⁴³ Maddi hukuk sonucu itibarıyla tüketicinin en lehine olan hukukun uygulanmasını ifade eden "kayıрма ilkesi", tüketiciyi koruma amaçlı objektif bağlama kurallarının oluşturulmasında başvurulan bir yöntem değildir; bu yöntem, sadece, sübjektif bağlama kuralının, diğer bir ifadeyle hukuk seçimi imkanının sınırlandırılmasında karşımıza çıkmaktadır (bkz. GÜNGÖR, *Mutad Mesken*, s. 124).

⁹⁴⁴ RAGNO, s. 239; TARMAN, Zeynep Derya, "*Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma I Tüzüğü (AT 593/ 2008)*", Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku, Editörler: Işıl Özkan/ Ceyda Süral/ Uğur Tütüncübaşı, Ankara 2016, s. 390; GÜNGÖR, *Mutad Mesken*, s. 123.

⁹⁴⁵ GÜNGÖR, *Tüketicinin Korunması*, s. 100; GİRAY, *Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyeti*, s. 556. Milletlerarası özel hukuk adaletinin gerçekleşebilmesi için; kanunlar ihtilafı kuralları düzenlenirken, ilgili hayat ilişkisiyle en yakın irtibatı tesis eden bağlama noktasının seçilmesi ve hayat ilişkisine uygulanacak yabancı hukuk hükümlerinin, kamu düzeni müdahalesi saklı kalmak kaydıyla, söz konusu yabancı hukuktaki uygulanma şekliyle olaya tatbik edilmesi gerekir (bkz. GİRAY, *Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyeti*, s. 556-557).

bakımından uygulanmayacaktır. Söz konusu hüküm, tüketici sözleşmelerinin yanı sıra tüketici sözleşmelerine ilişkin hukuk seçimi sözleşmeleri ile tüketici sözleşmeleriyle ilgili tek taraflı hukuki işlemlerin şekli bakımından da uygulama alanı bulacaktır⁹⁴⁶. Bu hükümle, Roma I Tüzüğü m. 11 hükmünün genel amacı olan “sözleşmenin şekli geçerliliğini sağlama” (*favor negotii*) prensibi bertaraf edilmiştir. Bunun gerekçesi, emredici şekil kuralları ile tüketiciyi koruyucu nitelikteki esasa ilişkin kurallar arasındaki sıkı ilişkidir⁹⁴⁷. Böylece, tüketicinin mutad meskeni hukukunun tüketiciyi koruma amaçlı emredici şekil kurallarının dolanılması da engellenmektedir⁹⁴⁸.

Tüketici sözleşmelerinin şekli bakımından sadece tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun yetkili kılınmasının nedeni, tüketicinin korunması amacıdır; bu düzenleme ile tüketicinin diğer herhangi bir hukuka nazaran daha kolay bilebileceği bir hukukun, kendi mutad meskeni hukukunun hükümlerinden mahrum kalması engellenmek istenmiştir⁹⁴⁹. Bununla birlikte, söz konusu hükmün, tüketicinin aleyhine sonuçlar da doğurabileceği ifade edilmektedir⁹⁵⁰. Zira tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku, sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka ya da işlemin yapıldığı yer hukukuna nazaran tüketiciyi daha az koruyucu hükümler içeriyor olabilir⁹⁵¹. Halbuki, Roma I Tüzüğü m. 11/4 gereği, tüketici sözleşmesinin esasına uygulanmak üzere seçilen hukuk ya da sözleşmenin kurulduğu ülke hukuku, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukuna nazaran tüketiciyi daha az koruyucu hükümler içerse dahi, tüketici sözleşmesinin şekli, tüketicinin mutad meskeni hukukuna tabi olacaktır.

Roma I Tüzüğü çerçevesinde, tüketicinin korunmasına ilişkin hükümler, her durumda uygulama alanı bulmamaktadır. Ne tüketicinin ne de diğer tarafın, tüketicinin mutad mesken

⁹⁴⁶ VERSCHRAEGEN, Rome I Art. 11, s. 705.

⁹⁴⁷ GIULIANO/ LAGARDE Report, s. 32; MCPARLAND, Rome I Regulation, s. 734; LOACKER, Rome I Article 11, s. 300; DORNIS, Rome I Art. 11, s. 401; VERSCHRAEGEN, Rome I Art. 11, s. 705; GÜNGÖR, Mutad Mesken, s. 122.

⁹⁴⁸ GÜNGÖR, Mutad Mesken, s. 122.

⁹⁴⁹ LEGIER, Loi Applicable A La Forme, s. 13; LEGIER, Domaine de la Loi Applicable, s. 7.

⁹⁵⁰ LEGIER, Loi Applicable A La Forme, s. 13; MAYER/ HEUZE, s. 568; VIGNAL, s. 282; AUDIT/ D'AVOUT, s. 836; DICEY/ MORRIS/ COLLINS, s. 1961-1962.

⁹⁵¹ İngiliz hukukunda, doktrinde, tüketici sözleşmesine uygulanmak üzere taraflarca seçilen hukukun, tüketicinin mutad meskeni hukukuna nazaran tüketiciye daha çok koruma sağlaması durumunda seçilen hukukun uygulanması gerektiği ifade edilmektedir (bkz. DICEY/ MORRIS/ COLLINS, s. 1962) Bu görüşe göre, tüketici, kendi mutad meskeni hukukuna göre şeklen geçersiz ancak taraflarca seçilen hukuka göre geçerli bir tüketici sözleşmesinin hüküm ifade etmesini istiyorsa, Roma I Tüzüğü m. 11/4 hükmünün uygulanmaması; buna karşılık, tüketicinin karşı tarafı seçilen hukuk uyarınca koruma talep ediyorsa, bu durumda seçilen hukukun uygulanması tüketicinin aleyhine olacağından, söz konusu hükmün uygulanması gerekmektedir (bkz. DICEY/ MORRIS/ COLLINS, s. 1962). Doktrindeki benzer bir görüş, tüketici sözleşmelerinin şeklinin, ancak taraflarca hukuk seçimi yapılmayan hallerde tüketicinin mutad mesken hukukuna tabi olacağı savunmaktadır (bkz. CHESHIRE, NORTH & FAWCETT, s. 760).

hukukunun uygulanması konusunda haklı bir beklentisinden bahsedilebileceği hallerde, tüketicinin korunması amacı çerçevesinde tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanması söz konusu olmayacaktır⁹⁵². Buna göre, örneğin, Fransa’da ikamet eden bir kişinin, turistik bir seyahat amacıyla yurt dışında bulunduğu esnada, yabancı bir kişi ile bir tüketici sözleşmesi akdetmesi durumunda, tüketicinin Fransa’da ikamet ediyor oluşu, Fransız hukukunun korumasından faydalanması bakımından yeterli olmayacaktır. Tüketicinin korunması prensibi çerçevesinde, tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanabilmesi için, Tüzük m. 6/1 gereği, tüketicinin karşısında yer alan tarafın mesleki ya da ticari faaliyetini, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede icra ediyor olması ya da herhangi bir şekilde tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkeye yöneltmesi gerekmektedir. Bu koşullar, tüketici sözleşmesinin şekli konusunda tüketicinin mutad mesken hukukunun uygulanması bakımından da geçerlidir⁹⁵³. Bu koşulların mevcut olmaması halinde, tüketici sözleşmelerinin şekline uygulanacak hukuk, Tüzük m. 11’in ilk üç fıkrasına göre belirlenecektir. Buna göre, tüketici sözleşmesinin şekli, sözleşmenin kurulduğu yer hukuku ya da sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka tabi olacaktır.

İsviçre hukukunda, sözleşmelerin şekline uygulanacak hukuku düzenleyen İsv. MÖHK m. 124/3 hükmünde, sözleşmenin şekli konusunda, sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun zorunlu olarak yetkili olacağı halleri belirten genel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca, sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun, sözleşmenin taraflarından birini korumak için bir şekil zorunluluğu öngördüğü hallerde, bu hukuk sözleşmenin şekli konusunda başka bir hukukun uygulanmasını öngörmedikçe, sözleşmenin şekli, münhasıran bu hukuka tabi olacaktır.

Doktrinde, söz konusu hükmün uygulama alanının, sözleşmenin zayıf tarafını koruyucu nitelikteki kurallarla sınırlı olduğu ifade edilmektedir⁹⁵⁴. Buna göre, tüketici, işçi ya da sözleşmenin karşı tarafına nazaran zayıf konumda olan diğer kişileri koruyucu nitelikteki şekil kuralları, bu hüküm kapsamında değerlendirilecektir. O halde, tüketicinin mutad meskeni hukuku tüketiciyi koruma amacıyla tüketici sözleşmesinin belirli bir şekilde yapılmasını öngörüyorsa ve bu konuda yabancı bir hukukun uygulanmasına izin vermiyorsa,

⁹⁵² LEGIER, *Domaine de la Loi Applicable*, s. 8.

⁹⁵³ LEGIER, *Domaine de la Loi Applicable*, s. 8; LOACKER, *Rome I Article 11*, s. 300; CHESHIRE, NORTH & FAWCETT, s. 760, dn. 759. Roma Konvansiyonu’ndan farklı olarak, Roma I Tüzüğü’nde, tüketici sözleşmesinin şekli bakımından tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun uygulanabilmesi için, Tüzük m. 6/1/a,b’de öngörülen koşulların varlığı açıkça aranmamıştır. Bununla birlikte, bu koşulların mevcut olması gerektiği doktrinde ifade edilmektedir (bkz. LOACKER, *Rome I Article 11*, s. 300).

⁹⁵⁴ BONOMI, *Commentaire Romand*, s. 1072-1073; BUCHER/ BONOMI, *Droit International Privé*, s. 311.

tüketici sözleşmesinin şekli, tüketicinin mutad meskeni hukukuna tabi olacak, sözleşmenin yapıldığı yer hukukunun şekil kuralları dikkate alınmayacaktır.

c. Türk Hukukunda Yer Alan Düzenlemeler

Türk hukukunda, tüketici sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 26'da düzenlenmektedir. MÖHUK m. 26 hükmünde düzenlenen şartları taşıyan tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukukun, diğer sözleşmelerden farklı olarak düzenlenmesinin nedeni, sosyo-ekonomik açıdan zayıf taraf olduğu kabul edilen tüketicinin korunması prensibidir⁹⁵⁵. MÖHUK m. 26/2 gereği, taraflarca bir hukuk seçiminin yapılmadığı hallerde, tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanabilmesi için madde metninde belirtilen durumlardan birinin gerçekleşmesi gerekmektedir⁹⁵⁶. MÖHUK m. 26/3 hükmünde ise, tüketici sözleşmelerinin şekli konusunda, diğer sözleşme türlerinden farklı olarak, özel bir düzenleme getirilmiştir⁹⁵⁷. Buna göre, tüketici sözleşmelerinin şekli, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukuna tabi olacaktır. Söz konusu düzenlemenin amacı, tüketici sözleşmesinin zayıf tarafı olan tüketicinin en iyi bildiği hukukun uygulanması suretiyle koruma altına alınması, böylece aşına olmadığı hukuklara tabi kılınarak istismar

⁹⁵⁵ ÖZTEKİN GELGEL, Günseli, "5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Bünyesinde Tüketici Sözleşmeleri", Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, İstanbul 2010, s. 198; ÇALIŞKAN, Tüketici Sözleşmeleri, s. 30.

⁹⁵⁶ MÖHUK m. 26/2 gereği, taraflarca hukuk seçimi yapılmamış olması halinde, tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanabilmesi, pazarlama faaliyetlerinin tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede gerçekleştirilmesi ve sözleşmenin kurulması için tüketici tarafından yapılması gereken hukuki fiillerin bu ülkede yapılması ya da tüketicinin siparişinin kendi mutad meskeninde alınmış olması veya tüketicinin satıcı tarafından düzenlenen bir yurtdışı gezisi çerçevesinde mutad meskeninin bulunduğu ülke dışında satım sözleşmesi yapmış olması gerekmektedir. Yurtdışına giderek mallar satın alan ya da hizmet kabul eden bir tüketicinin, kendi hukukunun bu işlemlere uygulanmasını beklemesi mümkün değildir, zira kendi iradesiyle yabancı bir pazarda işlem yapan kişinin o pazarın koşullarını kabul etmesi gerekir; buna karşılık, daha edilgen konumda olan ve kendi ulusal pazarında yabancı üretici ile karşılaşan tüketici, kendi hukukunun korumasına güvenmekte haklıdır (bkz. ATAMER, Yeşim, "Devletler Özel Hukukunda Tüketicinin Korunması", İÜHFİM, Cilt: LV, 1995-1996, s. 429). MÖHUK m. 26/2 hükmünde öngörülen koşullara ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. ÇALIŞKAN, Tüketici Sözleşmeleri, s. 36-39.

⁹⁵⁷ 2675 sayılı mülga MÖHUK döneminde, tüketici sözleşmeleri bakımından özel bir kanunlar ihtilafı kuralı mevcut değildi. Bu nedenle, tüketici sözleşmelerinin şekli bakımından şekle ilişkin genel hüküm olan MÖHUK m. 6 düzenlemesi uygulanmaktaydı. Buna göre, tüketici sözleşmeleri, tüketici sözleşmesinin esasına uygulanacak hukukun ya da sözleşmenin yapıldığı yer hukukunun şekil kurallarına uygun olarak akdedilebilmekteydi. Doktrinde, alternatif nitelikli bu kuralın, tüketici sözleşmelerinin şekli bakımından uygun olmadığı ifade edilmiştir (bkz. GÜNGÖR, Tüketicinin Korunması, s. 227). Bu görüşe göre, MÖHUK m. 6 hükmünün işlem güvenliği prensibine dayanan yapısı, milletlerarası özel hukukun tüketiciyi koruma amacı ile çatışmaktadır; milletlerarası özel hukukun tüketiciyi koruma amacı ancak, tüketiciyi koruma amacı bulunan şartlar altında akdedilmiş tüketici sözleşmelerinin esasının tüketicinin mutad meskeni hukukuna tabi olması ve şekil bakımından da münhasıran bu hukukun uygulanması halinde gerçekleşebilecektir (bkz. GÜNGÖR, Tüketicinin Korunması, s. 227). Bu çerçevede, milletlerarası özel hukukun koruma amacına dahil olan tüketici sözleşmelerinin şekli bakımından, tüketicinin mutad meskeni hukukunun milletlerarası emredici nitelik taşıyan şekil kurallarının uygulanması gerekmektedir (GÜNGÖR, Tüketicinin Korunması, s. 227).

edilmesinin engellenmesidir⁹⁵⁸. MÖHUK m. 26/2 düzenlemesi, Roma Konvansiyonu m. 5/2 hükmüne paraleldir⁹⁵⁹.

Tüketicinin mutad meskeni hukukunun tüketicinin çıkarlarını genellikle en iyi gözeten hukuk olmasının nedeni, tüketici sözleşmesinin burada kurulmuş olması ve buna ilişkin hazırlıkların da burada başlamış olmasıdır; bu nedenle, tüketicinin mutad meskeni hukukunu tüketici sözleşmesinin şekli konusunda da uygulamak, tüketiciyi genellikle en iyi bildiği hukukun şekil kurallarına tabi kılmak anlamına gelecektir⁹⁶⁰. Zayıf konumda olan tüketiciyi koruma amacıyla getirilen söz konusu düzenleme ile, tüketici sözleşmelerinde objektif bağlama kuralı uyarınca tespit edilen esasa uygulanacak hukuk ile şekle uygulanacak hukukta birlik sağlanmasının tüketici için yararlı olduğu kabul edilmektedir⁹⁶¹.

Şekle uygulanacak hukuku belirleyen genel hüküm niteliğindeki MÖHUK m. 7 düzenlemesinde, işlem yeri ile esasa uygulanacak hukuk birbirine alternatif olarak yetkilendirilmek suretiyle, işlem güvenliği ilkesi üstün tutulmakta ve işlemin şeklen geçerliliğinin sağlanması hedeflenmektedir. Buna karşılık, MÖHUK m. 26/3 hükmünde ise, tüketicinin mutad meskeni hukuku tek başına yetkili kılınarak, hukuki işlemin ayakta tutulması değil, tüketicinin etkili bir şekilde milletlerarası korunmasının sağlanması amaçlanmaktadır⁹⁶². Yukarıda vurgulandığı üzere, milletlerarası özel hukukun tüketiciyi koruma amacı bulunan tüketici sözleşmelerinde, taraf menfaatlerinden tüketicinin menfaati ön plana çıkmakta ve işlem menfaati geri planda kalmaktadır.

MÖHUK m. 26/3 hükmü, yabancılik unsuru taşıyan bütün tüketici sözleşmeleri bakımından değil, sadece MÖHUK m. 26/2 hükmünde öngörülen koşulları sağlayan tüketici

⁹⁵⁸ ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 290; ÇALIŞKAN, Tüketici Sözleşmeleri, s. 36.

⁹⁵⁹ Roma Konvansiyonu'nun ilgili hükmü, Roma I Tüzüğü'nün tüketici sözleşmelerini düzenleyen 6. maddesinde tekrar ele alınarak bazı değişikliklere uğramıştır. Konvansiyon m. 5/2 hükmünde yer alan koşullara, Tüzük m. 6'da yer verilmemektedir. Roma I Tüzüğü m. 6 gereği, tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanabilmesi için, tüketicinin karşı tarafının ticari veya mesleki faaliyetlerini tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede yapması veya bu faaliyetleri doğrudan tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkeye yöneltmesi ve sözleşmenin de bu faaliyetler kapsamında yapılması gerekmektedir. Roma I Tüzüğü'nün aranan bu şartlar bakımından Roma Konvansiyonu'na nazaran tüketiciyi daha kapsamlı korumayı hedeflediği doktrinde ifade edilmektedir (bkz. TARMAN, Roma I Tüzüğü, s. 390; ÇALIŞKAN, Tüketici Sözleşmeleri, s. 37). Roma Konvansiyonu'nda tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanması için öngörülen koşullara ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. KAYE, Private International Law, s. 216-218; MCPARLAND, Rome I Regulation, s. 501-503; ATAMER, s. 429-431. Roma I Tüzüğü m. 6'da tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanması için öngörülen koşullara ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. WILDERSPIN, Rome I Art. 6, s. 473-481; WILDERSPIN, s. 247-257; RAGNO, s. 227-233; STONE, s. 346-348.

⁹⁶⁰ ÖZTEKİN GELGEL Günseli, Türk Devletler Özel Hukukunda Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar, İstanbul 2000, s. 90-91; ÖZTEKİN GELGEL, Tüketici Sözleşmeleri, s. 206-207.

⁹⁶¹ ÖZTEKİN GELGEL, Tüketici Sözleşmeleri, s. 207; ÇALIŞKAN, Tüketici Sözleşmeleri, s. 44.

⁹⁶² GÜNGÖR, Tüketicinin Korunması, s. 229-230; ÖZTEKİN GELGEL, s. 91.

sözleşmeleri bakımından geçerli olacaktır⁹⁶³. Söz konusu koşulları sağlamayan tüketici sözleşmelerinin şekline MÖHUK m. 7 hükmü uygulanacaktır. Buna göre, satıcının tüketiciye yönelmesi sonucunda tüketicinin kendi mutad meskeninde akdedilen tüketici sözleşmeleri ile tüketicinin sözleşmenin karşı tarafının düzenlediği bir geziyle ve sözleşme yapmak amacıyla başka bir ülkede akdettiği sözleşmelerin şekli bakımından tüketicinin mutad meskeni hukuku tek başına yetkili olurken, diğer tüketici sözleşmelerinin şekli, MÖHUK m. 7 hükmündeki alternatif nitelikli kural gereği, sözleşmenin esasını yöneten hukuka ya da sözleşmenin akdedildiği yer hukukuna uygun olabilecektir. Örneğin, bir fuar çerçevesinde Almanya’da bulunan Türk bir firmanın burada bulunan tüketicilerden aldığı siparişler sonucu kurulan sözleşmelerin şekli ile ilgili Türk mahkemeleri önünde bir uyuşmazlık söz konusu olursa, uygulanacak hukuk, tüketicinin mutad meskeni hukuku olarak Alman hukuku olacaktır. Buna karşılık, Alman bir turistin seyahat esnasında Türk satıcıyla Türkiye’de yaptığı tüketici sözleşmesinin şekli geçerliliği sorgulandığında, MÖHUK m. 7 uyarınca, işlem yeri hukuku ya da esasa uygulanacak hukuk⁹⁶⁴ olarak Türk hukuku uygulama alanı bulacaktır. Tüketici sözleşmesinin esasına tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun uygulanmadığı hallerde, milletlerarası özel hukukun tüketiciyi herhangi bir hukuka göre koruma amacı bulunmamaktadır⁹⁶⁵. Bu nedenle, bu sözleşmelerin şekli bakımından münhasıran tüketicinin mutad meskeni hukukunun şekil kurallarının dikkate alınması ihtiyacı da doğmamaktadır.

MÖHUK m. 26/3 hükmünde, ikinci fıkradaki şartlar altında yapılan tüketici sözleşmelerinin şeklinin tüketicinin mutad meskeni hukukuna tabi olacağı düzenlenmektedir. Esasa uygulanacak hukukun MÖHUK m. 26/2 uyarınca belirlendiği hallerde tüketici sözleşmesinin şeklinin tüketicinin mutad meskeni hukukuna tabi olacağı şüphesiz olmakla birlikte, esasa uygulanacak hukukun sübjektif bağlama kuralı uyarınca tespit edildiği, diğer bir ifadeyle, taraflarca hukuk seçimi yapıldığı hallerde, tüketici sözleşmesinin şeklinin hangi hukuka tabi olacağı sorusu karşımıza çıkmaktadır.

MÖHUK m. 26/3 hükmünde, tüketicinin mutad meskeni hukukunun şekil konusunda da uygulanması, ikinci fıkradaki koşulların varlığına bağlanmış ve tüketici sözleşmesi için bir hukuk seçimi yapıp yapılmamasına göre bir ayrıma gidilmemiştir. Kanaatimizce, bu durumda, söz konusu koşulların varlığı durumunda, tüketici sözleşmesinin esasını için ister

⁹⁶³ ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 290.

⁹⁶⁴ Bu sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 26 değil, MÖHUK m. 24 uyarınca tespit edilecektir. MÖHUK m. 24 uyarınca, bu sözleşme için hukuk seçimi yapılmamış olması halinde, uygulanacak hukuk, karakteristik edim borçlusu olan satıcının işyeri hukuku yani Türk hukuku olacaktır.

⁹⁶⁵ GÜNGÖR, Tüketicinin Korunması, s. 228.

hukuk seçimi yapılmış isterse yapılmamış olsun, bu sözleşmenin şekli tüketicinin mutad meskeni hukukuna tabi olacaktır. Söz konusu koşulları taşımayan bir tüketici sözleşmesinin şekli bakımından ise, MÖHUK m. 7 hükmü uygulanacaktır. Bu çerçevede, işlem yeri hukuku ile işlemin esasına uygulanacak hukuk alternatif uygulama alanına sahip olacaktır. İşlemin esasına uygulanacak hukuk, hukuk seçiminin varlığı halinde MÖHUK m. 26/1 uyarınca belirlenecek, hukuk seçiminin mevcut olmadığı durumlarda ise, MÖHUK m. 24/4, esasa uygulanacak hukuku belirleyecektir.

3. *Lex Causae*'nin Resmi Şekil Şartı Öngördüğü Haller

Resmi şekil şartının öngörüldüğü hallerde, hukuki işlem, resmi bir memurun katılımıyla gerçekleşmektedir⁹⁶⁶. Resmi memur, kendisini yetkili kılan devletin hukukunun öngördüğü sınırlar içinde ve bu hukukta kabul edilen şekil kurallarına göre işlemi gerçekleştirmek zorundadır. Diğer bir ifadeyle, resmi bir memurun, kendisini yetkilendiren devletin hukuku dışında bir hukuku uygulama imkânı mevcut değildir. Bu noktada, resmi şekil şartının öngörüldüğü hallerde, şekle uygulanacak hukuku belirleyen alternatif nitelikli kuralın uygulanıp uygulanmayacağı, resmi şekil şartı öngören hukukun hukuki işlemin şekli konusunda tek başına yetkili olup olmayacağı sorusu gündeme gelmektedir.

Hukuki işlemin gerçekleşebilmesi için noter, nüfus hizmetleri memuru, hâkim, konsolos gibi bir kamu otoritesinin katılımının gerekli olduğu hallerde, diğer şekil kurallarında olduğu gibi, kural olarak, alternatif nitelikli kural uygulama alanı bulur⁹⁶⁷. Ancak, pratikte, kamu otoritesinin, tarafların tercih ettiği hukuku uygulaması söz konusu değildir. Zira bu kişi, kendisini yetkilendiren devletin hukuku dışında bir hukuka göre hareket etme imkanına sahip değildir⁹⁶⁸. Bu prensip, Latince "*auctor regit actum*" olarak ifade edilir⁹⁶⁹. "*Auctor regit actum*" kuralı gereği, resmi şekil şartının gerçekleşmesi için kamu görevlisinin müdahalesinin gerektiği hallerde, hangi kamu görevlisinin yetkili olacağını ve bu kamu görevlisinin hangi işlemleri yapabileceğini her devlet kendi ülkesi bakımından belirler⁹⁷⁰.

⁹⁶⁶ Resmi şekle ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Birinci Bölüm/ II/ C/ 3.

⁹⁶⁷ MAYER/ HEUZE, s. 568; RIGAUX/ FALLON, s. 104.

⁹⁶⁸ İşlemi gerçekleştirecek olan resmi memuru yetkili kılan devlet hukukunda bu işlemin şekli bakımından öngörülen düzenlemelerin doğrudan uygulanan kural olarak değerlendirilebileceği ifade edilmektedir (bkz. BARNICH, s. 217). Bu görüş, "*auctor regit actum*" kuralının, hukuki işlemin geçerliliğine etki etmeyeceği; sadece resmi memurun sorumluluğunu doğuracağını savunmaktadır (BARNICH, s. 217).

⁹⁶⁹ BATIFFOL/ LAGARDE, Tome II, s. 324; BARNICH, s. 217; MAYER/ HEUZE, s. 568; LABORDE/ SANA-CHALLE de NERE, s. 197; SAYMAN, Evlenmenin Kuruluşu, s. 139; SAYMAN, Evlenmenin Şekli, s. 14; VIGNAL, s. 167.

⁹⁷⁰ SAYMAN, Evlenmenin Kuruluşu, s. 139; SAYMAN, Evlenmenin Şekli, s. 14.

Lex auctoris, yani kamu otoritesini yetkili kılan hukuk, bu otoritenin kendisini yetkilendiren devlet topraklarında hareket ettiği durumlarda (örneğin noter, hâkim), işlem yeri hukuku ile; kamu otoritesinin başka bir devlet topraklarında hareket ettiği ve bağlı olduğu devletin vatandaşlarının şahsi statüleriyle ilgili işlem yaptığı durumlarda (örneğin konsolos) ise tarafların milli hukukuyla örtüşür⁹⁷¹. Dolayısıyla, “*auctor regit actum*” prensibi, konsolosların yaptıkları işlemler bakımından işlemin esasına uygulanan hukukun (*lex causae*), noter, hâkim gibi diğer kamu otoriteleri bakımından ise, işlemin yapıldığı yer hukukunun (*LRA*) şekil konusunda tek başına yetkili olmasını gündeme getirir.

Auctor regit actum prensibinin, *LRA* kuralının alternatif niteliğini ortadan kaldırıp kaldırmayacağı konusunda doktrinde fikir birliği mevcut değildir. Doktrindeki bir görüş⁹⁷² uyarınca, hukuki işlemin taraflarının işlemi gerçekleştirmek için resmi bir memura başvurdukları hallerde, bu kişi kendisini yetkili kılan devletin hukukunda öngörülen şekil kurallarına başvurmakla yükümlü olduğundan ve başka bir ülke hukukuna göre işlem yapma imkanına sahip olmadığından, bu durumda, kanunlar ihtilafı ortaya çıkmayacaktır. Diğer bir ifadeyle, bu gibi hallerde, kendisine başvuru resmi makamı yetkilendiren devlet hukukunun konuya ilişkin şekil kuralları tek başına yetkili olacaktır. Türk doktrininde de benzer bir görüş savunulmaktadır. Söz konusu görüş, hukuki işlemin esasına uygulanacak hukukunun Türk hukuku olduğu ve Türk hukukunda bu işlem için resmi şekil şartının öngörüldüğü hallerde, örneğin, taşınmaz satış vaadi ve ölünceye kadar bakma sözleşmelerinde olduğu gibi, işlemin yapıldığı yer hukukunda bu zorunluluk bulunmasa dahi, işlemin resmi şekilde yapılması gerektiğini, resmi şeklin nasıl gerçekleştirileceği konusunda ise işlemin yapıldığı yer hukukunun dikkate alınacağını ileri sürmektedir⁹⁷³.

Auctor regit actum prensibinin, *LRA* kuralının alternatif niteliğini ortadan kaldırmayacağını savunan görüşe⁹⁷⁴ göre ise, hukuki işlemin yapıldığı yer hukukunun bu işlemin geçerliliği için resmi şekil şartı öngörmesi halinde, resmi memur onu yetkilendiren hukukun şekil kurallarını uygulamalıdır; bununla birlikte, taraflar, her zaman kararlaştırdıkları başka bir hukuk uyarınca resmi olmayan şekilde bu işlemi akdedebilirler. Böylece, örneğin, Fransa’da evlenen yabancılar, Fransa’daki şekil kurallarına aykırı olarak, kendi milli hukuklarının öngördüğü şekilde bir evlilik sözleşmesi akdedebilirler⁹⁷⁵. Diğer taraftan, kamu otoritesinin iç hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerinin, bu otoritenin yabancı resmi şekil

⁹⁷¹ MAYER/ HEUZE, s. 568.

⁹⁷² LEGIER, *Loi Applicable A La Forme*, s. 10.

⁹⁷³ ERDENER, *Locus Regit Actum*, s. 114.

⁹⁷⁴ LOUSSOUARN/ BOUREL/ VAREILLES-SOMMIERES, s. 496-497.

⁹⁷⁵ LOUSSOUARN/ BOUREL/ VAREILLES-SOMMIERES, s. 497.

kurallarını takip etmesini engellemeyeceği de doktrinde ifade edilmektedir⁹⁷⁶. Örneğin, Fransız noteri, yabancı hukuk uyarınca Fransız hukukundakinden farklı unsurlar ihtiva eden ya da tanık huzurunda yapılması gereken bir vasiyetname düzenleyebilir; bununla birlikte, işleme resmiyet katılması için Fransız hukukunda öngörülen bütün formaliteleri gerçekleştirmek zorundadır⁹⁷⁷. Başvurulan otoritenin, *lex auctoris* dışında bir hukuku uygulayıp uygulayamayacağı sorusuna verilecek cevap, bu otoritenin görevinin kapsamına göre değişecektir. Bazı otoriteler, belirli işlemler haricindeki işlemleri akdetmeye yetkili olmadıkları gibi, bunların, kendilerini yetkilendiren hukuk dışında bir hukukun şekil kurallarına göre işlem yapmaları da mümkün değildir. Örneğin, Fransa'da gerçekleşecek bir evlilik için, evlendirmeye yetkili resmi memurun, Fransız hukukunda öngörülen evlilik merasimini dışında bir merasimle evliliği gerçekleştirmesi mümkün değildir.

Bir hukuki işlemin gerçekleştirilebilmesi için resmi bir makamın katılımının gerekli olduğu hallerde⁹⁷⁸, "*auctor regit actum*" prensibi gereğince, başvuru resmi makamın kendisini yetkili kılan hukuk (*lex auctoris*) dışında bir hukuku uygulayamayacağı konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır⁹⁷⁹. Dolayısıyla, şekle uygulanacak hukuk konusunda prensipte *lex loci actus* ile *lex causae* arasında alternatif yetki söz konusu olsa dahi, tarafların işlemi resmi bir makam önünde yapmaları durumunda, şekle uygulanacak hukuk bakımından alternatif yetki ortadan kalkacaktır. Bununla birlikte, şekle uygulanacak hukuklardan biri, işlemin resmi makamın katılımıyla gerçekleştirilmesini zorunlu kılmıyorsa, resmi şekil şartı öngörmeyen hukukun şekil kurallarına göre işlemin gerçekleştirilmesine kanaatimizce bir engel yoktur. Örneğin, işlemin yapıldığı yer hukukunda, işlemin sadece noter önünde yapılabileceğinin düzenlenmiş olmasına karşılık, işlemin esasına uygulanacak hukukta adi yazılı şekil yeterli görülmüşse, taraflar notere başvurmaları ihtimalinde, noter kendi hukukunu uygulayacak ve böylece kanunlar ihtilafı gündeme gelmeyecektir. Bununla birlikte, tarafların, söz konusu işlemi, söz konusu ülkede, notere başvurmaksızın adi yazılı şekilde yapmaları da

⁹⁷⁶ MAYER/ HEUZE, s. 568-569.

⁹⁷⁷ MAYER/ HEUZE, s. 568-569.

⁹⁷⁸ Resmi makamın müdahalesinin gerekliliği, bazı durumlarda, hukuki işlemin esasına ilişkin olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, bir evlat edinme ilişkisinde ya da boşanmada mahkeme kararının gerekliliği, şekil değil, esasa ilişkin bir mesele olarak vasıflandırılmalıdır. (Konuya ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. İkinci Bölüm/ II/ A.) Bu gibi hallerde, resmi makamın müdahalesinin gerekliliğinin *LRA* kuralının alternatif niteliğinin ortadan kaldırıp kaldırmayacağı sorusu gündeme gelmeyecektir.

⁹⁷⁹ Bu hukuk, noter ve mahkeme önünde yapılan işlemler bakımından işlemin yapıldığı yer hukuku olacaktır. Konsolosluklarda gerçekleştirilen hukuki işlemler bakımından ise, hukuki işlemi gerçekleştirirken konsoloslar bağlı oldukları devletin kurallarını uyguladıklarından, *lex auctoris*, esasa uygulanacak hukuk olarak karşımıza çıkacaktır. Örneğin, bir konsüler evlilikte, evliliğin gerçekleştiği konsolosluk, kendisini gönderen devletin evlilik merasimine ilişkin kurallarını uygulayarak bu evliliği gerçekleştirecektir.

işlemin geçerliliğini sağlayacaktır. Dolayısıyla, *LRA* kuralının alternatif niteliği ortadan kalkmamış olacaktır.

Hukuki işlemin esasına uygulanacak hukukta bu işlem için resmi şeklin öngörüldüğü hallerde ise, kanaatimizce, esasa uygulanan hukukun şekil kurallarının tek başına yetkili olabilmeleri, ancak bu kuralların doğrudan uygulanan kural olarak kabulü halinde mümkündür. Bu çerçevede, resmiyetin tapuda ya da noterde gerçekleştirilmesine göre bir ayrım gözetilmelidir. Tapuda gerçekleştirilecek işlemler için öngörülen şekil kuralları, diğer bir ifadeyle Türkiye'deki bir taşınmaz üzerindeki mülkiyet ya da sınırlı ayni hakların devri ya da kurulmasına ilişkin borçlandırıcı işlemlerin şekli konusunda, Türk hukukunda öngörülen kurallar, çalışmamızın ilgili kısmında yer verildiği üzere, doğrudan uygulanan kural olarak değerlendirilmeli ve taşınmazın bulunduğu yer hukuku olarak (*LRS*) Türk hukuku, şekil konusunda tek başına yetkili olmalıdır.

Söz konusu kuralların doğrudan uygulanan kural olarak kabulünde, daha önce vurgulandığı üzere, Türk hukukunda, tapu sicilinin tutulmasından doğan zararlardan Devlet'in sorumlu olması, tapuda gerçekleşen tasarruf işlemlerinin sebebe bağlı olmaları gibi tapu sicilinin işleyişine ilişkin kuralların yanı sıra, tapuda gerçekleşen işlemlerin ekonomik olarak yüksek bir değeri haiz olmaları dolayısıyla bu işlemlerin geçerliliği konusunda getirilen düzenlemelerin aynı zamanda Devlet'in ekonomik politikalarını da yansıtmaları etkilidir. Kanaatimizce, söz konusu gerekçeler noterde yapılacak işlemler bakımından söz konusu olamayacağından, aynı sonuca noterde yapılacak işlemler bakımından ulaşmak mümkün değildir⁹⁸⁰.

C. *LRA* ve *Lex Causae* Kurallarına İlaveten Bağlama Kuralı Öngörülen Haller

1. Miras Sözleşmeleri

Alternatif nitelikli kuralı genişleten, diğer bir ifadeyle, *LRA* ve *lex causae* kurallarına ek bağlama kuralları öngörülen haller, ölüme bağlı tasarrufların şekli konusunda karşımıza çıkmaktadır. Ölüme bağlı tasarrufların şekli, genel olarak, bu tasarrufların yazılı veya sözlü olarak ya da resmi bir makamın katılımıyla yapılıp yapılamayacakları, tanık gerekip gerekmediği ya da tanıklar bakımından aranan şartların neler olduğu, mirasbırakanın

⁹⁸⁰ Taşınmazlara ilişkin sözleşmeler bakımından konunun değerlendirmesi için bkz. Üçüncü Bölüm/ I/ B/ 1/ b/ cc.

imzasının ya da tasarrufun düzenlendiği tarihin tasarruf metninde belirtiliş şekli gibi hususları kapsamaktadır⁹⁸¹.

Türk hukukunda, ölüme bağlı tasarrufların şekline uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 20/4 hükmünde düzenlenmektedir. Türkiye, Vasiyet Tasarruflarının Biçimine İlişkin Kanun Uyuşmazlıkları Konusunda 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi'ne⁹⁸² taraftır ve *loi uniforme* nitelik taşıyan bu sözleşme, vasiyetnamelerin şekli bakımından, MÖHUK m. 1/2 gereği öncelikli olarak uygulanacaktır⁹⁸³. Bu durumda, MÖHUK m. 20/4 hükmü, Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden önceki vasiyetnameler, Türkiye'nin Sözleşme'ye çekince koyduğu haller⁹⁸⁴ ile Sözleşme'nin düzenleme alanı dışında kalan ölüme bağlı tasarrufların şekli bakımından uygulama alanı bulacaktır⁹⁸⁵. Türk hukukunda, iki tür ölüme bağlı tasarruf düzenlenmiştir: miras sözleşmesi ve vasiyetname⁹⁸⁶. O halde, Sözleşme'nin düzenleme alanı dışında kalan ölüme bağlı tasarruflar ile anlaşılması gereken, öncelikle, miras sözleşmeleridir.

MÖHUK m. 20/4 uyarınca, ölüme bağlı tasarrufların şekline MÖHUK m. 7 uygulanacak, ölenin milli hukukuna uygun şekilde yapılan ölüme bağlı tasarruflar da geçerli kabul edilecektir. Görüldüğü üzere, söz konusu hükümde, üç farklı hukuk birbirine alternatif olarak yetkili kılınmıştır. Bunlar; ölüme bağlı tasarrufun yapıldığı ülke hukuku, ölüme bağlı tasarrufun esasına uygulanan hukuk ve ölenin milli hukukudur. Bu üç hukuk birbirine alternatif olacak şekilde yetkilendirilmiştir; buna göre, bu hukuklardan birinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılan bir miras sözleşmesi şeklen geçerli olacaktır⁹⁸⁷. Bu üç hukukun birbirine alternatif olarak yetkilendirilmesinin amacı, ölenin son arzularının sonucu olan işlemin geçerliliğini sağlamaktır (*favor testamenti*)⁹⁸⁸. Ölüme bağlı tasarrufun konusu ister taşınır ister taşınmaz olsun, bu tasarrufun, MÖHUK m. 20/4 hükmünde belirtilen hukuklardan birinin şekil kurallarına göre yapılmış olması şekli geçerlilik için yeterlidir; bu nedenle,

⁹⁸¹ EKŞİ, Nuray, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, İstanbul 2013, s. 50; BARAN ÇELİK, s. 140. Türk hukukunda ölüme bağlı tasarrufların şekline ilişkin düzenlemeler için ayrıca bkz. İMRE/ ERMAN, s. 69-101, 189-190; ÖZTAN, Miras Hukuku, s. 189-208, 243-245; DURAL/ ÖZ, s. 62-106.

⁹⁸² Bkz. Vasiyet Tasarruflarının Biçimine İlişkin Kanun Uyuşmazlıkları Konusunda Sözleşmeye Katılmamızın Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun, RG. 24.4.1982, S. 17674. Sözleşme'nin Fransızca metni için bkz. <https://assets.hcch.net/docs/0d37bc27-79bf-486b-9c58-94799a089bf9.pdf>.

⁹⁸³ BARAN ÇELİK, s. 140. Sözleşme'nin vasiyetnamelerin şekli konusunda öncelikli olarak uygulanacağı hususu, Yargıtay'ın 10.7.2001 tarihli bir kararında (Y. 2. HD., 10.7.2001, E. 2001/3841, K. 2001/10889) da vurgulanmıştır. Karar için bkz. www.kazanci.com.

⁹⁸⁴ Bkz. Üçüncü Bölüm/ I/ C/ 2.

⁹⁸⁵ TEKİNALP/ UYANIK, s. 244; DOĞANGÜN, s. 128; BARAN ÇELİK, s. 148.

⁹⁸⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Miras Hukuku, s. 127; İMRE/ ERMAN, s. 55; ÖZTAN, Miras Hukuku, s. 175.

⁹⁸⁷ Bu husus, Yargıtay'ın 6.11.2008 tarihli bir kararında (Y. 2. HD., 6.11.2008, E. 2008/13740, K. 2008/14696) vurgulanmıştır. Karar için bkz. www.kazanci.com.

⁹⁸⁸ ÇELİKEL/ ERDEM, s. 342; EKŞİ, Miras Hukuku, s. 50; DOĞANGÜN, s. 125; BARAN ÇELİK, s. 150.

Türkiye’de bulunan taşınmazlara ilişkin ölüme bağlı tasarruf, Türk hukukuna göre şeklen geçerli olmasa bile, tasarrufun yapıldığı yer hukukunun şekil kurallarına riayet edilmiş olması, tasarrufun şeklen geçerli sayılması için yeterli olacaktır⁹⁸⁹.

Ölüme bağlı tasarrufların esasına, MÖHUK m. 20/1 gereği, ölenin milli hukuku uygulanacaktır. MÖHUK m. 20/4 hükmünde birbirine alternatif olarak yetkilendirilen hukuklar arasında ölüme bağlı tasarrufun esasına uygulanacak hukuk ve ölenin milli hukuku yer aldığından, ilk bakışta, MÖHUK m. 20/4 hükmünün, aynı hukuku iki defa yetkilendirdiği düşünülebilir. Ancak, MÖHUK m. 20/1 gereği, Türkiye’de bulunan taşınmaz tereke hakkında ölenin milli hukuku değil, Türk hukuku uygulanacağından, MÖHUK m. 20/4 hükmünün Türkiye’de bulunan taşınmaz tereke hakkında, ölenin milli hukukunun öngördüğü şekil kuralları uyarınca ölüme bağlı tasarruf yapabilme imkanını getirdiği görülmektedir⁹⁹⁰.

Ölüme bağlı tasarrufların şekli konusunda, MÖHUK m. 20/4 hükmünde birbirine alternatif olarak yetkilendirilen hukukların maddi hukuk hükümleri dikkate alınacak, diğer bir ifadeyle, bu konuda atıf uygulanmayacaktır. Doktrinde, ölüme bağlı tasarrufların şekline ilişkin düzenlemelerin, ölüme bağlı tasarrufları mümkün olduğunca geçerli kılmak amacıyla yönelik oldukları, bu nedenle, söz konusu düzenlemelerde birbirine alternatif olarak yetkili kılınan hukukların maddi hukuk hükümleri uyarınca ölüme bağlı tasarrufun geçerliliği sonucuna ulaşılması halinde, artık atfın dikkate alınmaması gerektiği, zira bu noktada atfın uygulanmasının söz konusu düzenlemelerin amacıyla uyumlayacağı ifade edilmektedir⁹⁹¹. Bu görüş uyarınca, atfın ölüme bağlı tasarrufları geçerli kılmak için uygun bir araç teşkil edeceği ileri sürülebilirse de gerek MÖHUK m. 20/4 hükmünde gerekse 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi’nde, konuyla ilgili dikkate alınabilecek bütün bağlama noktalarına yer verilmiş olduğundan, atfın kabulü gereksiz hale gelmektedir⁹⁹².

⁹⁸⁹ EKŞİ, Miras Hukuku, s. 51. Bununla birlikte, Yargıtay’ın 29.3.2011 tarihli bir kararında (Y. 3. HD., 29.3.2011, E. 2010/14495, K. 2011/5129; karar için bkz. www.kazanci.com) aksi yönde karar verilerek, Türkiye’deki taşınmaz malları da ihtiva eden bir vasiyetnamenin şeklen geçerli olabilmesi için, Türk Medeni Kanunu hükümlerine uygun olarak yapılması gerektiği; bu nedenle, somut olayda, yapıldığı yer hukukunun (Maryland Eyaleti hukuku) şekil şartlarına uygun olarak düzenlenmiş olan vasiyetnamenin Türk hukukunda aranan şekil şartlarını taşıması nedeniyle geçersiz olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Söz konusu karar, doktrinde eleştirilmiştir. Doktrinde, Yargıtay’ın, vasiyetnamenin yapıldığı yer hukuku olarak Amerikan hukukunun da şekil kurallarını dikkate alması gerektiği, Amerikan hukukuna göre vasiyetnamenin geçerli olması halinde Türk hukukundaki şekil kurallarının bir öneminin kalmayacağı ifade edilmiştir (bkz. EKŞİ, Miras Hukuku, s. 53).

⁹⁹⁰ TEKİNALP/ UYANIK, s. 244; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 232-233, dn. 313; TANRIBİLİR, Feriha Bilge, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Genel Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler Üzerine”, TBB Dergisi, Sayı 87, 2010, s. 225, dn. 78; DOĞANGÜN, s. 125; BARAN ÇELİK, s. 150.

⁹⁹¹ BARAN ÇELİK, s. 150-151.

⁹⁹² BARAN ÇELİK, s. 151. Miras meselelerinde atfın uygulanmayacağına ilişkin olarak bkz. GİRAY, Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyeti, s. 562. Türk hukukunda vasiyetnamelerin şekli geçerliliği konusunda

Ölüme bağlı tasarrufların şekline uygulanacak hukuk konusunda, Türk hukukunda yürürlükte olan hükümlerin içeriği ve amacı çerçevesinde, atfın uygulanmasına yer olmadığına ilişkin bu görüşe katılmaktayız. Bununla birlikte, MÖHUK m. 2/3 hükmünün atfın sadece kişi ve aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda dikkate alınacağını öngören açık düzenlemesi karşısında, miras hukukuna ilişkin olan ölüme bağlı tasarrufların şekliyle ilgili meselelerde atfın dikkate alınmasının zaten söz konusu olamayacağı kanaatindeyiz⁹⁹³.

Ölüme bağlı tasarrufların şekli konusunda, sübjektif yönetime başvurularda, MÖHUK m. 20/4 hükmünde öngörülen alternatif hukuklar arasında mirasbırakanın seçtiği hukukun uygulanmasının mümkün olup olmayacağı hususu doktrinde tartışılmıştır. Doktrindeki bir görüş⁹⁹⁴, mirasbırakanın yaptığı ölüme bağlı tasarruf ile yetkili kıldığı hukukun bu tasarrufun şekli konusunda uygulanmasının, statü değişikliği ile ilgili problemleri ortadan kaldıracağını, hukuki kesinlik ve öngörülebilirlik sağlayacağını; bu nedenlerle, mirasbırakan tarafından seçilen hukukun uygulanmasının yerinde olacağını savunmaktadır.

MÖHUK m. 20/4 hükmünde, *favor testamenti* prensibi ışığında, alternatif nitelikte bir bağlama kuralı öngörülerek, hükümde yer verilen hukuklardan birinin şekil kurallarına uygun bir ölüme bağlı tasarruf yapma imkânı düzenlenmiştir. Dolayısıyla, mirasbırakanın bu hukuklardan birini seçerek buna uygun bir ölüme bağlı tasarruf yapması mümkündür. Ancak, kanaatimizce, bunun anlamı, mirasbırakanın hükümde öngörülen hukuklarla sınırlı bir "hukuk seçimi" imkanına sahip olması değildir.

Çalışmamızın ilgili kısmında ayrıntılarıyla açıklandığı üzere⁹⁹⁵, hukuk seçimine, kanunda, sınırlı hallerde izin verilmiştir. Kanunda, hukuk seçimine açıkça yer verilmediği hallerde, uyuşmazlığa uygulanacak hukuk, objektif yöntem uyarınca tespit edilecektir. Gerek şekle ilişkin genel düzenleme niteliğindeki MÖHUK m. 7 hükmü gerekse ölüme bağlı tasarrufların şekline ilişkin özel düzenleme niteliğindeki MÖHUK m. 20/4 hükmü, *favor testamenti* prensibi esas alınarak düzenlenmiştir. Buna göre, söz konusu düzenlemelerde, belirtilen hukuklar arasında işlemi şeklen ayakta tutacak, geçerli kılacak olan hukukun uygulanması öngörülmüştür.

Alternatif niteliğin, mirasbırakana, bu alternatiflerden birini "hukuk seçimi" teşkil edecek şekilde tercih etmesine imkân tanıdığını kabul etmek, MÖHUK m. 20/4 hükmünün

1961 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin uygulanacak olması nedeniyle, MÖHUK'ta bu konuda atfa yer verilmemiş olmasının önemli bir eksiklik teşkil etmeyeceği yönünde bkz. BALKAR BOZKURT, Atıf, s. 849. Miras hukukunda atfa yer verilmemesinin yerinde olduğu yönünde ayrıca bkz. TANRIBİLİR, s. 207.

⁹⁹³ Aynı yönde bkz. EKŞİ, Miras Hukuku, s. 84.

⁹⁹⁴ BARAN ÇELİK, s. 151.

⁹⁹⁵ Bkz. İkinci Bölüm/ IV/ B/ 1/ a/ aa.

amacıyla çelişecektir. Zira alternatif niteliğin hukuk seçimine izin verdiğinin kabulü, seçilen hukuka uygun bir ölüme bağlı tasarruf yapılması halinde bir problem doğurmayacak; bununla birlikte, seçilen hukuka değil ve fakat alternatif olarak yetkili olan hukuklardan bir diğerine uygun olarak yapılan bir ölüme bağlı tasarrufun, hükmün amacına aykırı olarak geçersiz kılınmasına neden olabilecektir. Bu nedenlerle, fiilen, hükümde öngörülen hukuklardan birinin seçilerek buna uygun bir ölüme bağlı tasarruf yapılması mümkün olmakla birlikte, bu hukuklardan birinin hukuk seçimi teşkil edecek şekilde belirlenmesi kanaatimizce mümkün değildir.

MÖHUK m. 20/4 hükmünde, ölenin milli hukukunun yetkilendirilmiş olmasının bazı sorunlar doğurabileceği doktrinde ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, ölüme bağlı tasarrufu düzenlemiş olan kişi, bu tasarrufu düzenledikten sonra vatandaşlığını değiştirmiş olabilir. Bu durumda, ölüm anındaki vatandaşlığı ile tasarrufun düzenlendiği andaki vatandaşlığı farklı olacak, MÖHUK m. 20/4'te ölenin milli hukukuna atıf yapıldığından, ölüm anındaki vatandaşlığın esas alınması gerekecektir. Bu noktada, ölenin ölüme bağlı tasarrufu yaptığı esnadaki milli hukukunun öngördüğü şekilde yaptığı ölüme bağlı tasarrufun, ölenin ölüm anındaki milli hukuku uyarınca şeklen geçersiz sayılması tehlikesi doğacaktır⁹⁹⁶. Kanaatimizce, bu durumda, *favor testamenti* prensibi çerçevesinde, eğer ölüme bağlı tasarruf, söz konusu hükümde milli hukuka alternatif olarak yetkilendirilen hukuklardan hiçbirine göre şeklen geçerli değilse, ölenin tasarrufu yaptığı andaki milli hukuku esas alınarak, bu hukuka uygun olarak yapılmış olan ölüme bağlı tasarruf şeklen geçerli kabul edilmeli, tasarrufun yapıldığı anda öngörülemez olan bir statü değişikliğinin tasarrufu geçersiz kılmasına izin verilmemelidir.

2. Vasiyetnameler

Günümüzde, ölüme bağlı tasarrufların şekle aykırılık nedeniyle geçersiz hale gelmelerini engellemek amacıyla, çeşitli milletlerarası sözleşmelerin düzenlendiği görülmektedir⁹⁹⁷. Bu sözleşmeler, 1961 tarihli "Vasiyet Tasarruflarının Şekline Dair Kanun Uyuşmazlıkları Hakkındaki La Haye Sözleşmesi" ile 1973 tarihli "Washington Sözleşmesi'dir". 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi, vasiyetnamelerin şekline ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları içerirken, UNIDROIT tarafından hazırlanan 1973 tarihli Washington Sözleşmesi, "milletlerarası vasiyetname" olarak adlandırılan yeni bir vasiyetname şekli

⁹⁹⁶ ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 233, dn. 314.

⁹⁹⁷ BARAN ÇELİK, s. 144.

oluşturarak, bu konuda yeknesak bir hukuk belirleme amacını taşımaktadır⁹⁹⁸. Türkiye bu iki sözleşmeden sadece 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi'ne taraftır.

Türk hukukunda, vasiyetnamelerin şekli bakımından, MÖHUK m. 20/4 hükmü yerine, Türkiye'nin de taraf olduğu ve *loi uniforme* nitelik taşıyan Vasiyet Tasarruflarının⁹⁹⁹ Biçimine İlişkin Kanun Uyuşmazlıkları Konusunda 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi uygulanır¹⁰⁰⁰. Sözleşme, vasiyetnamelerin, sırf gerekli şekil kurallarına uyulmamış olması nedeniyle hükümsüz sayılmalarına engel olmak ve vasiyetnameleri mümkün olduğunca ayakta tutmak (*favor testamenti*) amacıyla düzenlenmiştir¹⁰⁰¹. Sözleşme'nin 3. maddesinde, Sözleşme'de yer verilen hukuklar dışında bir hukuku yetkili kılan milli kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasının mümkün olduğu ifade edilmek suretiyle *favor testamenti* prensibine vurgu yapılmıştır.

1961 tarihli La Haye Sözleşmesi, *loi uniforme* niteliktedir. Buna göre, Sözleşme, mirasbırakanın ya da mirasçılarının vatandaşlığı ya da hangi ülkede ikamet ettikleri veya vasiyetnamenin hangi ülkede düzenlendiğine bakılmaksızın yabancılık unsuru taşıyan tüm vasiyetnameler hakkında uygulama alanı bulacaktır¹⁰⁰². Diğer bir ifadeyle, Sözleşme, karşılıklılık şartına bağlı olmaksızın, Sözleşme hükümleri gereği uygulanması gereken hukukun akit devletlerden birinin hukuku olmaması halinde de uygulanacaktır¹⁰⁰³. Sözleşme, üç temel prensip ihtiva etmektedir. Bunlar, vasiyetnameyi şekil bakımından olabildiğince ayakta tutmak (*favor testamenti*), taşınır ve taşınmazlar arasında ayırım yapılmaksızın bütün tereke için aynı şekil kurallarını uygulamak, Sözleşme'deki kanunlar ihtilafı kurallarının taraf

⁹⁹⁸ BARAN ÇELİK, s. 144-145.

⁹⁹⁹ Sözleşme'de, "vasiyetname" ibaresi yerine "vasiyet tasarrufu" ibaresi tercih edilmiştir. Vasiyet tasarrufu, vasiyetnameye nazaran daha geniş kapsamlı bir kavramdır. Zira vasiyet tasarrufu, vasiyetçinin son arzularını belirtmek üzere hazırladığı vasiyetnamelerin yanı sıra, bu arzuları içeren ve tesadüfi olabilen herhangi bir yazıyı da içermektedir (bkz. RIGAUX/ FALLON, s. 748). Bu çerçevede, vasiyetnamenin içinde yer alan ve mirasla ilgili olmayan tasarruflar, örneğin bir çocuğun vasiyetname ile tanınması da Sözleşme kapsamında kabul edilir (bkz. VIGNAL, s. 316).

¹⁰⁰⁰ Bununla birlikte, yabancı unsurlu vasiyetnamelerin şekli geçersizlik iddiasıyla iptali istemine ilişkin uyuşmazlıklarda, Yargıtay'ın, Sözleşme hükümlerine gitmeksizin MÖHUK m. 7 ve MÖHUK m. 20/4 hükümlerini esas aldığı kararlar mevcuttur. Bkz. Y. 3. HD., 27.12.2010, E. 15856/ K. 21791; Y. 3. HD., 13.06.2013, E. 6447/ K. 10116; Y. 3. HD., 03.02.2014, E. 2013/17015, K. 2014/ 1384. Kararlar için bkz. LALE, s. 39-44. Ayrıca bkz. Y. 3. HD., 26.2.2018, E. 2016/ 9575, K. 2018/1629 (www.lexpera.com.tr); Y. 3. HD., 24.12.2014, E. 2014/ 17844, K. 2014/ 17199 (www.lexpera.com). Yargıtay'ın, vasiyetnamenin şekli geçerliliğine uygulanacak hukuk konusunda Sözleşme hükümlerini göz önünde bulundurduğu kararlar için bkz. Y. 3. HD., 17.11.2016, E. 2015/ 14723, K. 2016/ 12905 (www.lexpera.com.tr); Y. 3. HD., 12.3.2015, E. 2015/ 2397, K. 2015/ 4054 (www.lexpera.com).

¹⁰⁰¹ NOMER, s. 299; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 234; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 342; EKŞİ, Miras Hukuku, s. 56; DOĞANGÜN, s. 128; VIGNAL, s. 316; AUDIT/ D'AVOUT, s. 886.

¹⁰⁰² RIGAUX/ FALLON, s. 748; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 342; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 235; EKŞİ, Miras Hukuku, s. 55; DOĞANGÜN, s. 128; BARAN ÇELİK, s. 145.

¹⁰⁰³ AUDIT/ D'AVOUT, s. 886; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 342; EKŞİ, Miras Hukuku, s. 55; DOĞANGÜN, s. 128.

devletlerce aynı şekilde uygulanması sonucu taraf devlet mahkeme kararları arasında yeknesaklığı sağlamaktır¹⁰⁰⁴.

Sözleşme'nin 5. maddesi, vasiyetnamelerin şekliyle ilgili ortaya çıkabilecek vasıflandırma problemlerini engellemek amacıyla düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca, belirli bir tür vasiyetnamenin düzenlenebilmesi için öngörülen vasiyetçinin yaşı, vatandaşlığı veya kişisel özelliklerine ilişkin şartlar, şekle ilişkin sayılacaktır. Bu hüküm, her ne kadar vasiyetname düzenleme ehliyetiyle ilgiliymiş gibi görünse de ehliyete ilişkin değildir; vasiyetname düzenleme ehliyeti bakımından yine MÖHUK m. 20/5 hükmü gereği vasiyetçinin milli hukuku uygulanacaktır¹⁰⁰⁵. Ayrıca, Sözleşme'nin aynı maddesi uyarınca, vasiyet tasarruflarının geçerliliği için tanıklar bakımından aranan özellikler de Sözleşme kapsamında değerlendirilecektir.

Sözleşme uyarınca vasiyetnamenin şekli hakkında yetkili olan hukuk, belirli bir tür vasiyetnamenin düzenlenebilmesini belirli bir yaşa ulaşmış olmak ya da görme engelli olmamak gibi bazı özel sınırlamalara tabi kılmışsa, bu sınırlamalar şekle ilişkin sayılarak uygulama alanı bulacak; bununla birlikte, bu sınırlamalar, vasiyetçinin milli hukukunun ehliyet için aradığı koşulların hafifletilmesini sağlamayacaktır. Buna göre, vasiyetçinin milli hukukunun ehliyet için öngördüğü koşullara ek olarak, vasiyetnamenin şekli bakımından uygulanacak hukukun ilgili vasiyetname türüne hasrettiği özel ek şartların da yerine getirilmiş olması gerekecektir¹⁰⁰⁶.

Konuya ilişkin olarak, doktrinde¹⁰⁰⁷ verilen bir örneğe göre, Alman hukuku uyarınca vasiyetname düzenleme ehliyetine 16. yaşın doldurulması ile ulaşılmakta; el yazılı vasiyetname düzenleyebilmek için ise, 16. yaşın doldurulması yetmeyerek, kişinin ergin olması yani 18 yaşını doldurmuş olması gerekmektedir. 15 yaşındaki bir Türk vatandaşının düzenlediği el yazılı vasiyetnamenin şekli geçerliliği incelendiğinde, Sözleşme gereği Alman hukuku uygulanacaksa, Sözleşme'nin 5. maddesi uyarınca, el yazılı vasiyetname hakkında Alman hukukunun öngördüğü özel sınırlamalar dikkate alınacaktır. Böylece, ilgili Türk vatandaşı, vasiyetname düzenleme ehliyetine uygulanacak hukuk¹⁰⁰⁸ uyarınca vasiyetname düzenleme ehliyetine sahip olmakla beraber, bu yeterli gelmeyecek ve şeklen geçerli bir el

¹⁰⁰⁴ EKŞİ, Miras Hukuku, s. 56.

¹⁰⁰⁵ ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 235-236.

¹⁰⁰⁶ ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 236.

¹⁰⁰⁷ ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 236, dn. 323.

¹⁰⁰⁸ MÖHUK m. 20/5 gereği, ölüme bağlı tasarrufta bulunma ehliyeti, tasarrufta bulunanın tasarrufun yapıldığı andaki milli hukukuna tabidir. Buna göre, söz konusu örnekte, tasarrufta bulunma ehliyeti bakımından Türk hukuku uygulanacaktır.

yazılı vasiyetname düzenleyebilmek için vasiyetnamenin şekline uygulanacak hukuk olan Alman hukukuna göre ergin olması gerekecektir¹⁰⁰⁹.

Kanaatimizce, Sözleşme m. 1 uyarınca, uygulanabilecek hukuklardan birisi, tasarrufta bulunanın milli hukuku olduğundan, söz konusu örnekte, vasiyet tasarrufunda bulunanın yaşına ilişkin sınırlamalar bakımından Alman hukukunun tek başına uygulanması söz konusu olmayacaktır. Sözleşme’de, *favor testamenti* prensibi çerçevesinde, birden çok bağlama noktasına yer verilerek, vasiyetnamenin, bu hukuklardan birinde öngörülen şekil kurallarına uygun olması yeterli görülmüştür. Vasiyet tasarrufunda bulunanın yaşına ilişkin sınırlamalar da Sözleşme kapsamında yer aldığından, bu sınırlamalar bakımından uygulanacak hukuk konusunda *favor testamenti* prensibi geçerli olacaktır. Buna göre, verilen örnekte vasiyetname Almanya’da düzenlense ya da tasarrufta bulunanın yerleşim yeri ya da mutad meskeni Almanya’da bulursa dahi, uygulanabilecek hukuklardan biri tasarrufta bulunanın milli hukuku olduğundan, 15 yaşındaki Türk vatandaşının düzenlediği vasiyetname bakımından, Türk hukukunda el yazılı vasiyetname düzenleyebilmek için 18 yaşının doldurulması şartına yer verilmediğinden, Alman hukukundaki bu sınırlama kanaatimizce dikkate alınmayacaktır.

Sözleşme’nin 5. maddesinde belirtilmeyen hususlara ilişkin bir vasıflandırma problemi doğduğunda, vasıflandırmanın *lex fori*’ye göre yapılması gerekecektir. Uyuşmazlığa uygulanması muhtemel hukukların uyumsuzluk konusu hukuki ilişkiyi farklı şekillerde vasıflandırması, diğer bir ifadeyle, vasıflandırma ihtilafının bulunması durumunda ise, bu ihtilaf, doktrinde önerilen yöntemler esas alınmak suretiyle çözümlenecektir¹⁰¹⁰. Bir vasiyetnamenin hangi türde yapılabileceği şekle değil, esasa ilişkin bir konudur¹⁰¹¹. Örneğin, Türk hukukunda, vasiyetnameler, resmi şekilde veya mirasbırakanın el yazısı ile ya da sözlü olarak yapılabilir (TMK m. 531)¹⁰¹². O halde, yabancı unsurlu bir vasiyet uyuşmazlığında, mirasbırakanın örneğin sözlü olarak vasiyetname yapmasının mümkün olup olmadığı, MÖHUK m. 20/1 uyarınca, bu kişinin milli hukukuna göre belirlenecektir. Türk hukukunda, sözlü vasiyetname yapılabilmesi için, yakın ölüm tehlikesi, ulaşımın kesilmesi, hastalık, savaş

¹⁰⁰⁹ ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 236, dn. 323.

¹⁰¹⁰ Vasıflandırma ihtilafının çözümüne yönelik önerilen yöntemlere ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. İkinci Bölüm/ II/ B.

¹⁰¹¹ ERDENER, Application de *LRA*, s. 174; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 342.

¹⁰¹² Hollanda Medeni Kanunu m. 992 hükmünde, Hollanda vatandaşlarının, işlem yeri neresi olursa olsun, el yazılı vasiyetname yapmaları yasaklanmıştır. Fransız hukukunda bu yönde bir yasak bulunmamasından hareketle, Fransız mahkemeleri, Hollanda vatandaşlarının Fransa’da yaptıkları el yazılı vasiyetnameleri geçerli kabul etmiştir (bkz. MAYER/ HEUZE, s. 566. Aynı husus, Belçika mahkemelerinde de inceleme konusu olmuştur. Belçika mahkemeleri, Fransız içtihadında olduğu gibi, bir Hollandalı tarafından, yabancı bir ülkede bu ülke hukukuna uygun olarak yapılan el yazılı vasiyetnameleri geçerli kabul etmiştir (bkz. RIGAUX/ FALLON, s. 749). Görüldüğü üzere, Fransız ve Hollanda hukuklarında, el yazılı vasiyetname yapılıp yapılamayacağı hususu, ölüme bağlı tasarrufun şekline ilişkin olarak vasıflandırılmaktadır.

gibi olağanüstü durumların varlığı gereklidir (TMK m. 539/1). Sözlü vasiyetnamenin yapılabilmesi için gereken olağanüstü durumun varlığı, vasiyetnamenin şekli değil, maddi şartları arasındadır; bu nedenle ölenin milli hukukuna tabidir¹⁰¹³. Buna karşılık, sözlü vasiyetnamede vasiyetçinin son arzularını iki tanığa anlatması, tanıkların vasiyetçinin son arzularını yazmaları ve imzalamaları veya mahkemede tutanağa geçirtmeleri, resmi vasiyetnamenin hangi makam önünde yapılabileceği ya da el yazılı vasiyetnamede hangi hususların vasiyetçinin el yazısı ile yazılması gerektiği gibi konular, şekle ilişkindir ve vasiyetnamenin şekline uygulanacak hukuka tabidir.

Vasıflandırma konusunda irdelenmesi gereken bir diğer husus, Türk hukukunda düzenlenmeyen, bu nedenle nasıl vasıflandırılacağı konusunda belirsizlik taşıyan "ortak vasiyetnamelerdir". Ortak vasiyetname, iki veya daha fazla kişinin aynı ya da ayrı belgelerde ölüme bağlı arzularını ifade etmesi olarak tanımlanmaktadır¹⁰¹⁴. Ortak vasiyetname yapılabilmesi için iki ya da daha fazla kişinin ölüme bağlı son arzularını aynı belgede belirtmeleri şart değildir¹⁰¹⁵. Doktrinde, ortak vasiyetnamelerin üç şekilde yapılabileceği kabul edilmektedir¹⁰¹⁶. Bunlar, birlikte vasiyetname, karşılıklı vasiyetname ve birbirine bağlı vasiyetnamedir. 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi'nde, ortak vasiyetnamenin tek türü kabul edilerek, iki veya daha fazla kişinin aynı belgede vasiyet tasarrufunda bulunmaları öngörülmüş ve bu tür vasiyet tasarruflarının şeklinin Sözleşme kapsamında olduğu belirtilmiştir (m. 4).

Ortak vasiyetname yapılıp yapılamayacağı meselesinin, esasa mı yoksa şekle mi ilişkin olduğu konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Vasiyetçilerin ortak vasiyetname yapıp yapamayacakları hususu esasa ilişkin kabul edilirse, miras statüsü yani MÖHUK m. 20/1 hükmü, şekle ilişkin kabul edilirse, 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi uygulama alanı bulacaktır.

Doktrindeki bir görüş¹⁰¹⁷, Türk hukukunda, yapılan bir ortak vasiyetnamenin, Medeni Kanun'daki şekil şartlarından birine uymadığı için geçersiz olacağına çoğunlukla kabul edildiğini belirterek, konunun bir şekil meselesi olarak vasıflandırılması ve şekil statüsüne dahil olması gerektiğini savunmaktadır. Ortak vasiyetnamenin geçerliliğinin tartışıldığı Yargıtay kararları incelendiğinde, kararlarda bu görüş ile aynı sonuca ulaşıldığı

¹⁰¹³ Aynı yönde bkz. BARAN ÇELİK, s. 149, dn. 209.

¹⁰¹⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Miras Hukuku, s. 129-130; EKŞİ, Miras Hukuku, s. 59; ERDENER, Application de LRA, s. 173; NASRALLAH, s. 123.

¹⁰¹⁵ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Miras Hukuku, s. 130; EKŞİ, Miras Hukuku, s. 60.

¹⁰¹⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Miras Hukuku, s. 130-131.

¹⁰¹⁷ NOMER, s. 298.

görülmektedir. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 16.1.2019 tarihli bir kararında¹⁰¹⁸, aynı işlemle yapılan birbiriyle iç içe geçmiş ve biri diğerine bağımlı vasiyetnamelerin ortak vasiyetname olarak adlandırıldığı; bir el yazılı vasiyetnamenin vasiyetçilerden biri tarafından her iki mirasbırakanın arzularını açıklayacak şekilde el yazısı ile yazıldıktan sonra her iki vasiyetçi tarafından da imzalanması durumunda, bu ortak vasiyetnamenin kanundaki şekil şartlarına aykırılık gerekçesiyle geçersiz olacağı hüküm altına alınmıştır¹⁰¹⁹. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, 13.6.2013 tarihli bir kararında¹⁰²⁰ ise, yabancı unsurlu bir ortak vasiyetnamenin geçerliliğini incelerken, ölüme bağlı tasarrufların şeklinde uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK m. 20/4 hükmünü esas alarak, işlem yeri hukukunun ölenin milli hukukuna alternatif olarak yetkili olduğunu belirtmiş ve ortak vasiyetnamenin ölenin milli hukuku olan Türk hukukuna uygun şekilde yapılmamış olmasına karşılık, vasiyetnamenin yapıldığı ülke hukukunun öngördüğü şekle uygun olarak yapılmasının mümkün olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Doktrinde bizim de katıldığımız bir diğer görüş¹⁰²¹ ise, ortak vasiyetnamenin, maddi anlamda bir ölüme bağlı tasarruf¹⁰²² türü olduğunu, diğer bir ifadeyle, ölüme bağlı tasarrufun maddi içeriğiyle ilgisi olduğunu, bu nedenle, ortak vasiyetnamenin Türk hukuku bakımından bir sonuç doğurup doğurmayacağına MÖHUK m. 20/1 hükmü çerçevesinde (*lex successionis*) belirleneceğini savunmaktadır. Ortak vasiyetname yapılmasının bazı hukuklarda yasaklanmasının ya da düzenlenmemesinin nedeni, ortak vasiyet yoluyla kişinin iradesine yönelebilecek dış etkenlerin engellenmesi, böylece, kişinin son arzularını özgürce, baskı

¹⁰¹⁸ Y. 3. HD., 16.1.2019, E. 2017/ 12298, K. 2019/ 146. Karar için bkz. www.lexpera.com.tr. Aynı yönde bkz. Y. 3. HD., 17.2.2014, E. 2013/ 18224, K. 2014/ 2251 (www.lexpera.com.tr); Y. 2. HD., 30.5.1996, E. 1996/ 4422, K. 1996/ 5810 (www.kazanci.com).

¹⁰¹⁹ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 2.3.1990 tarihli bir kararında ise, resmi şekilde yapılmış bir ortak tasarrufta tarafların açıkladıkları işlemlerin birbirine bağımlı olması durumunda, murisin son arzularını mümkün oldukça ayakta tutmak amacıyla, bu ortak tasarrufun miras sözleşmesi niteliğinde kabul edilebileceğine hükmedilmiştir. Bkz. Y. 2. HD., 2.3.1990, E. 1989/ 9067, K. 1990/ 2434 (www.kazanci.com).

¹⁰²⁰ Y. 3. HD., 13.6.2013, E. 2013/ 6447, K. 2013/ 10116. Karar için bkz. www.lexpera.com.tr.

¹⁰²¹ ERDENER, Application de LRA, s. 173; EKŞİ, Miras Hukuku, s. 63; BARAN ÇELİK, s. 152-153. Aynı yönde bkz. AUDIT/ D'AVOUT, s. 886; RIGAUX/ FALLON, s. 748; NASRALLAH, s. 124. Bu görüşe göre, ortak vasiyetnamenin şekli, 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi'nin kapsamı dahilindedir; buna karşılık, ortak vasiyetname yapılıp yapılamayacağı hususu, Sözleşme'nin uygulama alanı dışındadır (bkz. RIGAUX/ FALLON, s. 748).

¹⁰²² Türk hukukunda, şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar iki tanedir: miras sözleşmesi ve vasiyetname. Şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflarda, aynı haklarda olduğu gibi, *numerus clausus* (sınırlı sayı) prensibi geçerlidir; kanunda düzenlenmiş olanların dışında bir ölüme bağlı tasarruf şekli oluşturulamaz (bkz. İMRE/ ERMAN, s. 55; ÖZTAN, Miras Hukuku, s. 175; DURAL/ ÖZ, s. 61). Maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf ile ifade edilmek istenen, vasiyetname ve miras sözleşmesinin içinde bulunan işlem veya tasarruflardır (bkz. KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, Miras Hukuku, s. 134; İMRE/ ERMAN, s. 57; ÖZTAN, Miras Hukuku, s. 175). TMK m. 515-530 hükümleri arasında, maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufların nelerden oluşabileceği belirtilmiştir. Kanundaki sayım, şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflardan farklı olarak, sınırlayıcı değildir (bkz. ÖZTAN, Miras Hukuku, s. 176-177). Maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflara örnek olarak, mirasçı atama, belirli mal bırakma, yedek mirasçı veya artmirasçı atama, vakıf kurma gibi hususlar gösterilebilir.

altında kalmadan açıklayabilmesidir¹⁰²³. O halde, ortak vasiyetname yapılıp yapılamayacağı hususu, kişinin son arzularına ilişkin iradesini dış dünyaya hangi araçlar vasıtasıyla açıklayacağına değil, bu iradenin içeriğine ilişkindir.

Alman Medeni Kanunu m. 2265 hükmünde, sadece karı koca arasında ortak vasiyetname yapılabileceği düzenlenmişken, Fransız Medeni Kanunu m. 968’de ortak vasiyetname yapılmasının mümkün olmadığı hükmüne yer verilmiştir. Buna göre, Fransız bir çiftin, Almanya’da ortak vasiyetname düzenlemesi durumunda, bu vasiyetname, Türk hukuku bakımından geçersiz kabul edilecektir. O halde, ortak vasiyetnamenin yapılmasının mümkün olup olmadığı esasa ilişkin bir mesele olduğundan, miras statüsüne uygulanacak hukuka tabi olacak; buna karşılık, ortak vasiyetnamenin bürünmesi gereken şekil (resmi, yazılı, sözlü gibi) ise, ölüme bağlı tasarrufun şekline uygulanacak hukuka göre belirlenecektir¹⁰²⁴.

Türkiye, 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi’ne bazı çekince koyarak taraf olmuştur. Türkiye’nin, Sözleşme’nin 9. maddesine koyduğu çekince gereği, vasiyeti yapanın yerleşim yeri, mahkemenin hukukuna (*lex fori*) göre belirlenecektir. Sözleşme’nin 12. maddesine koyulan çekince gereği, mirasla ilgili olmayan, örneğin tanıma hükmü içeren vasiyetnamelerin¹⁰²⁵ şekli konusunda Sözleşme uygulama alanı bulmayacaktır. Türkiye’nin Sözleşme’ye koyduğu son çekince (m. 10) ise, Türk vatandaşlarının olağanüstü durumlar haricinde sözlü olarak yaptıkları vasiyetnamelerin tanınmayacağına ilişkindir¹⁰²⁶. Vasiyetnameyi düzenleyen kişinin Türk vatandaşlığının yanı sıra başka bir vatandaşlığa da sahip olması durumunda söz konusu çekince hüküm doğurmayacaktır. Zira çekincenin uygulama alanı, aynı zamanda başka bir devlet vatandaşlığına sahip olmayan Türk vatandaşları ile sınırlıdır. Türkiye’nin Sözleşme’ye çekince koyduğu hallerde, MÖHUK m. 20/4 hükmü uygulanacaktır¹⁰²⁷.

Sözleşme’de, bağlama kuralları belirlenirken, statü değişikliği halinde hangi anın esas alınacağına ilişkin yaşanabilecek tereddütleri engellemek amacıyla, hem ölüme bağlı tasarrufun yapıldığı an hem de ölüm anı esas alınmış ve *favor testamenti* ilkesi benimsenerek, şekil bakımından vasiyeti mümkün olduğunca geçerli kılma ihtimalini arttıracak şekilde bir

¹⁰²³ NASRALLAH, s. 124.

¹⁰²⁴ BARAN ÇELİK, s. 153. 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi’nin 4. maddesinde, iki veya daha çok kişinin tek bir belgeyle yaptıkları vasiyet tasarruflarının şeklinin Sözleşme kapsamında olduğu belirtilmiştir. O halde, ortak vasiyetnamenin şekline uygulanacak hukuk, Sözleşme’nin 1. maddesine göre belirlenecektir.

¹⁰²⁵ TEKİNALP/ UYANIK, s. 249.

¹⁰²⁶ Y. 2. HD., 29.9.1992, E. 7372/ K. 8705. Bkz. www.kazanci.com.

¹⁰²⁷ TEKİNALP/ UYANIK, s. 244.

düzenlemeye (Sözleşme m. 1) yer verilmiştir¹⁰²⁸. Buna göre, vasiyetnamenin şekli, aşağıda belirtilen hukuklardan birinin maddi hükümlerine uygunsa, vasiyetname şeklen geçerli kabul edilecektir:

- i. Vasiyette bulunanın vasiyeti yaptığı yer hukuku
- ii. Vasiyette bulunanın vasiyeti yaptığı ya da ölümü anındaki milli hukuku
- iii. Vasiyette bulunanın vasiyeti yaptığı ya da ölümü anındaki ikametgahının bulunduğu yer hukuku
- iv. Vasiyette bulunanın vasiyeti yaptığı ya da ölümü anındaki mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku
- v. Vasiyet tasarrufu taşınmazlarla ilgiliyse, taşınmazların bulunduğu yer hukuku.

D. *Lex Fori*'nin Uygulanması Gereken Haller

1. Genel olarak

Milletlerarası usul hukukunda, usul hukukuna ilişkin konuların hangi hukuka tabi olacağı konusunda genellikle bir hüküm sevk edilmemiş olması, diğer bir ifadeyle bu alanda kanunlar ihtilafı kurallarının mevcut olmamasından hareketle, usule ilişkin konularda yabancı bir hukukun uygulanmasına yer olmadığı, dolayısıyla mahkemenin sadece kendi usul hukuku kurallarını uygulamasının olağan olduğu kabul edilmektedir¹⁰²⁹. Bu husus, “milletlerarası usul hukukunda *lex fori*'nin hakimiyeti” olarak adlandırılmaktadır. Türk milletlerarası usul hukukunda da *lex fori*'nin hakimiyeti prensibi doktrinde kabul edilmektedir¹⁰³⁰. Buna göre, Türk mahkemeleri önüne gelen yabancı unsurlu özel hukuk uyuşmazlıklarında, hâkim, usule ilişkin konularda, kendi usul hukuku kurallarını uygulayacaktır.

Usul hukukunda *lex fori*'nin yani mahkemenin hukukunun tek başına uygulanması gerekliliği, doktrinde çeşitli gerekçelerle açıklanmaktadır. Bir görüşe göre, yargılama faaliyetini düzenlemek amacıyla getirilen kurallar, mahkemenin işleyişine ve davaların görülmesine ilişkin olmaları itibariyle kamusal niteliktedir; bu nedenle, söz konusu kurallar, tarafların vatandaşlığı dikkate alınmaksızın tüm davalarda doğrudan uygulama alanı bulacaktır¹⁰³¹. Doktrinde, milletlerarası usul hukukunun *lex fori*'ye tabi olması, ayrıca, *LRA*

¹⁰²⁸ BARAN ÇELİK, s. 145-146.

¹⁰²⁹ TAN DEHMEN, s. 37.

¹⁰³⁰ NOMER, Ergin, Milletlerarası Usul Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2018, s. 17; NOMER, s. 392; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 338-339; ŞANLI, Uluslararası Ticari Akitler, s. 174; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 477-478; PEKCANİTEZ, Hakan, Medeni Usul Hukuku, Cilt I, Ed. Hakan Pekcanitez/ Muhammet Özeks/ Mine Akkan/ Hülya Taş Korkmaz, İstanbul 2017, s. 39; TAN DEHMEN, s. 41.

¹⁰³¹ ŞANLI, Uluslararası Ticari Akitler, s. 174; NOMER, Usul, s. 18.

kuralına, eşit muamele ilkesine, kamu düzenine, ülkesellik prensibine ya da pratik zaruretlere de dayandırılmaktadır¹⁰³².

Doktrindeki bir görüş, *lex fori* lehine ileri sürülen görüşlerin her birinde haklılık payı olduğunu, bununla birlikte, hiçbirinin bütün olarak yabancı hukukun dışlanması bir gerekçesi olamayacağını savunmaktadır¹⁰³³. Bu görüşe göre, belirsizlikleri gidermek adına olması gereken usul hukuku meselelerine ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarını açıkça düzenlemektir; var olan hukuk bakımından yapılması gereken ise, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar bakımından usul hukuku meselelerine uygulanacak hukuku belirleyen açık bir düzenlemenin bulunması halinde bu düzenlemenin esas alınması, bulunmaması halinde ise, pratik kaygılar ve usul ekonomisi ile tarafların meşru beklentilerinin karşılanması ve karar ahenginin sağlanması arasında bir değerlendirme yapılmasıdır¹⁰³⁴. Buna göre, somut uyuşmazlıkta, tarafların meşru beklentileri ve milletlerarası karar ahengine nazaran pratik kaygılar ya da usul ekonomisi ağır basıyorsa, örneğin, davanın açılması, cevap dilekçesi, yetkili ve görevli mahkeme, süreler, kanun yolları bakımından *lex fori* uygulanmalı; buna karşılık, tarafların meşru beklentileri ile karar ahengi yabancı bir hukukun uygulanmasını gerektiriyor ve pratiklik bakımından ortaya çıkacak maliyet ihmal edilebilir düzeyde ise, *lex fori* prensibinden vazgeçilerek ilgili yabancı hukuk uygulanmalıdır¹⁰³⁵.

Milletlerarası usul hukukuna ilişkin işlemlerin şekline uygulanacak hukuk belirlenirken, yukarıda yer verildiği üzere *lex fori* prensibinden hareket edilecek, Türk usul hukukundaki şekil hükümlerinin dikkate alınması gerekecektir. Usul hukukuna ilişkin işlemlerin şekli ile kastedilen, hâkimin reddi (HMK m. 38), davaya müdahale talebi (HMK m. 67/1), tanık listesi verilmesi (HMK m. 240/2), ihtiyati tedbir talebi (HMK m. 390), delil tespiti talebi (HMK m. 402), istinaf talebi (HMK m. 342), temyiz talebi (HMK m. 364), yargılamanın yenilenmesi talebi (HMK m. 378), ıslah (HMK m. 177/2), feragat ve kabul

¹⁰³² Söz konusu görüşlere ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. TAN DEHMEN, s. 41-45. Ayrıca bkz. ERDOĞAN, Ersin, Medeni Usul Hukuku Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması, Ankara 2016, s. 71-97.

¹⁰³³ PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul Cilt I, s. 40; ERDOĞAN, Yer Bakımından Uygulama, s. 97-99, 197. Aynı yönde bkz. TAN DEHMEN, s. 45.

¹⁰³⁴ PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul Cilt I, s. 40; ERDOĞAN, Yer Bakımından Uygulama, s. 98-99.

¹⁰³⁵ PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul Cilt I, s. 40-41; ERDOĞAN, Yer Bakımından Uygulama, s. 99.

(HMK m. 309) gibi taraf usul işlemleri ile usul hukuku sözleşmelerinin¹⁰³⁶ şeklinin yanı sıra ispat şekline ilişkin kurallardır¹⁰³⁷.

Gerçekten, örneğin bir ıslah talebinin ya da feragatin Türk mahkemeleri önünde gerçekleşmesi durumunda, bunların şekli konusunda HMK hükümleri dışında bir kuralın uygulanması düşünülemez. Buna göre, delil tespiti talebi ancak dilekçe ile yapılabilirken (HMK m. 402/1), feragat, dilekçeyle ya da yargılama sırasında sözlü olarak yapılabilecektir (HMK m. 309/2). Usul işlemlerinin şekli konusunda, kural olarak, *lex fori* tek başına yetkili olmakla birlikte, doktrinde de ifade edildiği üzere¹⁰³⁸, milletlerarası özel hukuk adaletinin gerçekleşebilmesi adına, tarafların meşru beklentilerinin karşılanabilmesi için, usule ilişkin bazı şekil meselelerinde, *lex fori* yerine başka bir hukukun örneğin hukuki işlemin yapıldığı yer ya da hukuki işlemin esasını yöneten hukukun uygulanması gerekebilmektedir. Bu husus, özellikle, ispat vasıtaları hususunda karşımıza çıkmaktadır. Doktrindeki tartışmalar ispat vasıtalarına uygulanacak hukuk çerçevesinde toplandığından, çalışmamızın bir alt başlığında, ispat şekline dahil konular belirlendikten sonra, ispat vasıtaları da dahil olmak üzere ispat şekline uygulanacak hukuk ele alınacaktır.

2. İspat Şekline Uygulanacak Hukuk

a. Türk Doktrinindeki Görüşler

İspat hukukunun usul hukukunun bir parçası olması nedeniyle, ispat hukukunda da “*lex fori* hakimiyeti” prensip olarak kabul edilmektedir¹⁰³⁹. Bununla birlikte, doktrinde, ispat hukukunun usul hukukuna ilişkin olarak vasıflandırılmasının uygulanacak hukuk sorununu çözmeyeceği, ispata ilişkin konuların maddi hukukla yakın bağlantı içinde olmaları nedeniyle,

¹⁰³⁶ Usul sözleşmeleri ile kastedilen yetki, tahkim ve delil sözleşmeleridir. Bu sözleşmelere ilişkin olarak HMK ve MÖHUK'ta şekil kurallarına yer verilmektedir. Yabancı mahkemeleri yetkilendiren sözleşmeler için MÖHUK m 47'de, Türk mahkemelerini yetkilendiren sözleşmeler için HMK m. 17/2'de, tahkim anlaşmaları için HMK m. 412/3 ve Milletlerarası Tahkim Kanunu (RG., 5.7.2001, S. 24453) m. 4/2'de, delil sözleşmeleri için HMK m. 193/1'de şekil kuralları öngörülmektedir.

¹⁰³⁷ Türk hukukunda, usul işlemlerinin geçerliliği kural olarak herhangi bir şekil şartına tabi değildir (bkz. ERDÖNMEZ, Güray, Medeni Usul Hukuku, Cilt I, Editörler: Hakan Pekcanitez/ Muhammet Özekes/ Mine Akkan/ Hülya Taş Korkmaz, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 442). HMK 'da buna ilişkin genel bir düzenlemeye yer verilmemekle birlikte, bazı usul işlemleri için kanunda şekil kuralları öngörülmüştür. Örneğin, hakimin reddi (HMK m. 38), tanık listesi verilmesi (HMK m. 240/2), delil tespiti talebi (HMK m. 402) gibi usul işlemlerinin yazılı şekilde yapılması öngörülmüşken, ıslah (HMK m. 177/2), feragat ve kabulün (HMK m. 309) hem sözlü hem de yazılı olarak yapılabileceği hüküm altına alınmıştır. Usul hukukunda şekil kurallarının, yargılamanın güvenli ve emin bir şekilde yürütülmesi, karşı tarafın savunma hakkını gereği gibi kullanmasının sağlanması gibi işlevleri bulunmaktadır (bkz. PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 257; ERDÖNMEZ, Cilt I, s. 443).

¹⁰³⁸ PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul Cilt I, s. 40-41; ERDOĞAN, Yer Bakımından Uygulama, s. 99.

¹⁰³⁹ ŞANLI, Uluslararası Ticari Akitler, s. 176; NOMER, Usul, s. 27; NOMER, s. 401; ATALI, Murat, “Türk Medeni Usul Hukuku Açısından Davada Yabancıların Durumu”, Vatandaşlık Göç Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler, Uluslararası Sempozyum Bildirileri, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 175, Ankara 2010, s. 555; TAN DEHMEN, s. 61.

lex causae'nin da dikkate alınması gerektiği, dolayısıyla ispat hukukuna ilişkin meselelerde de uygulanacak hukukun ayrıca tartışılması gerektiği savunulmaktadır¹⁰⁴⁰¹⁰⁴¹.

İspat şekline uygulanacak hukuk belirlenirken, öncelikle ispat şekline dahil konuların tespiti gerekir. İspat şekli dediğimizde, öncelikle, ispat vasıtalarının neler olduğu yani delillerin kabul edilebilirliği meselesi ile karşılaşırız. Türk hukukunda ispat vasıtalarına ilişkin kurallar, senetle ispat zorunluluğu¹⁰⁴² ve istisnaları (HMK m. 200, 203)¹⁰⁴³, senede karşı tanıkla ispat yasağı (HMK m. 201), delil başlangıcı (HMK m. 202), delil sözleşmesi (HMK m. 193) ve yemine (HMK m. 225) ilişkin hükümlerdir. Ayrıca, kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğu öngörmediği hallerde, kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillere de başvurulabileceğini öngören HMK m. 192 hükmü de bu kapsamdadır. İspat vasıtalarının yanı sıra, delillerin sunulmuş şekli ile delillerin incelenme usulüne ilişkin kurallar da ispat hukukundaki şekil kuralları arasında yer alır. Tanıkların gösterilme şekli (HMK m. 240/2),

¹⁰⁴⁰ ERDOĞAN, Yer Bakımından Uygulama, s. 197. Aynı yönde bkz. TAN DEHMEN, s. 61.

¹⁰⁴¹ İspat hukukunda uygulanacak hukukun tespitine ilişkin olarak, “neyin ispat edileceğinin *lex causae*'ya, nasıl ispat edileceğinin ise *lex fori*'ye tabi olacağı” şeklinde bir formül önerilmektedir (bkz. TAN DEHMEN, s. 69, 116). Bu çerçevede, ispat araçlarının toplanması (re'sen araştırma ilkesi-taraflarca hazırlama ilkesi) ve mahkemece incelenmesi usulü (örneğin tanığın nasıl dinleneceği, yeminin nasıl verdirileceği, ses ve görüntü nakli yoluyla oturumun gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği, tarafların ve avukatların yargılama sırasında karşı tarafa soru sorabilme imkanları ve şekli gibi hususlar), ispat vasıtalarının kabul edilebilirliği yani vakıların hangi delillerle ispatlanacağı, kimlerin tanık veya bilirkişi olabileceği, tanıklık veya bilirkişilikten çekilme hakkına kimlerin sahip olduğu, delillerin hakim tarafından takdiri, mahkemede yapılan ikrar, davaya katılmama veya cevap vermeme ve bunların hukuki sonuçları konularında *lex fori*'nin uygulanması gerektiği kabul edilmektedir (bkz. ŞANLI, Uluslararası Ticari Akitler, s. 176; NOMER, Usul, s. 27-34; NOMER, s. 401-406; TAN DEHMEN, s. 61-63, 129-130). Türk mahkemelerinde görülen bir davada, bu konularda Türk usul hukuku uygulanacaktır. Buna karşılık, ispat yüküne (kulfeti) ilişkin kuralların maddi hukuk karakterli olmaları nedeniyle *lex causae*'ya tabi olmaları gerektiği savunulmaktadır (bkz. ŞANLI, Uluslararası Ticari Akitler, s. 177; NOMER, Usul, s. 29-30; NOMER, s. 402-403; ATALI, s. 555; TAN DEHMEN, s. 78-81). Örneğin, haksız fiilde zararın kim tarafından ispat edileceği ya da yolcu taşımalarında kazalardan doğan sorumluluklarda tazminat talebi bakımından kazaya uğrayanın sadece kazayı ispat edeceğine ilişkin hükümler maddi hukuk hükümleridir; bu nedenle, ispat yükünü belirleyen bu hükümler, *lex fori* değil *lex causae*'ya tabidirler (bkz. TAN DEHMEN, s. 79). İspat yükü, tarafların yargılama esnasındaki belirli davranışlarına bağlanmışsa, örneğin, gıyap, tebligata rağmen cevap vermeme, soru karşısında susma, ikrar, delillerin ibrazında gecikme gibi hallerde, ispat yükünün yer değiştirmesine ilişkin kurallar, usul hukukundan kaynaklanmaktadır ve *lex fori*'ye tabi olmalıdır (bkz. ŞANLI, Uluslararası Ticari Akitler, s. 177; NOMER, Usul, s. 30; NOMER, s. 403; ATALI, s. 555; TAN DEHMEN, s. 81). İspat yükünün yanı sıra, ispat konusunun da *lex causae*'ya tabi olması gerektiği zira maddi hukuktan kaynaklandığı kabul edilmektedir. Örneğin, TBK m. 66/2 hükmünde, adam çalıştırmanın, çalışanını seçmede ve talimat vermede gereken özeni göstermiş olduğunu ispatlaması halinde haksız fiil sorumluluğundan kurtulacağı düzenlenmektedir. Hangi hususların ispat edilmesi gerekliliği yani ispat konusu, bir maddi hukuk hükmünde düzenlenmiş olduğundan, ispat konusu hakkında yani nelerin ispat edileceği hususunda, *lex fori*'nin değil, haksız fiil ilişkisinin esasını yöneten hukukun (*lex causae*) uygulanması gerekmektedir (bkz. TAN DEHMEN, s. 70-71). İspat ölçüsü konusunda da *lex causae*'nin uygulanması gerektiği yönünde bkz. PEKCANİTEZ, Pekcanitez Usul Cilt I, s. 42. Aksi yönde bkz. TAN DEHMEN, s. 92, 94.

¹⁰⁴² “Senetle ispat zorunluluğu”, “kesin delille ispat zorunluluğu” ya da “tanıkla ispat yasağı” olarak da adlandırılmaktadır. Söz konusu kurala ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Birinci Bölüm/ II/ B/ 2/ a.

¹⁰⁴³ HMK m. 200 (mülga HUMK m. 288) hükmünde düzenlenen senetle ispat zorunluluğunun, ispat şekline ilişkin bir kural teşkil ettiği, Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 31.10.1984 tarihli kararında vurgulanmıştır. Bkz. Y. 15. HD., 31.10.1984, E. 1984/ 1631, K. 1984/ 3266 (www.lexpera.com.tr).

tanığın dinlenilme şekli (HMK m. 261) ve yeminin şekline (HMK m. 233) ilişkin hükümler bu kapsamda sayılabilir.

Delillerin sunuluş şekli ile incelenme usulünün Türk hukukuna tabi olacağı doktrinde ittifakla kabul edilmektedir¹⁰⁴⁴. Buna karşılık, ispat vasıtalarının neler olduğu, diğer bir ifadeyle delillerin kabul edilebilirliği meselesine uygulanacak hukuk, doktrinde tartışmalıdır. Türk doktrininde konuya ilişkin farklı görüşler bulunmakla birlikte baskın görüş¹⁰⁴⁵, bu konuda *lex fori*'nin uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşe göre, özel hakların içeriği ile bunların yargı yoluyla ileri sürülmesi arasında bir ayırım yapılması zorunluluğu, ispat hukukunda *lex fori* prensibinin benimsenmesini haklı kılmaktadır; zira sadece kendi usul hukuku kurallarını uygulamak durumunda olan hâkim, hakların yargı yoluyla ileri sürülebilmesine ilişkin olarak yabancı hukuk kurallarını uygulama imkanına sahip değildir¹⁰⁴⁶. Bu görüş esas alındığında, katı delil sisteminin mi yoksa serbest delil sisteminin¹⁰⁴⁷ mi esas alınacağı, nelerin delil olarak kabul edileceği, delillerin incelenme usulü ve delillerin ispat gücü konusunda Türk hukuku karar verecektir. Delillerin kabul edilebilirliği konusunda *lex fori*'nin uygulanacağını kabul eden bir görüş, Türk hukukunda öngörülen senetle ispat zorunluluğunun yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda uygulanmasının yaratacağı sakıncaların HMK m. 203/b çerçevesinde aşılabileceğini savunmaktadır¹⁰⁴⁸. Buna göre, senetle ispat zorunluluğunun bulunmadığı yabancı bir ülkede gerçekleştirilen hukuki işlemler, “işin niteliğine ve tarafların durumlarına göre, senede bağlanmaması teamül olarak yerleşmiş bulunan hukuki işlemler” olarak kabul edilip senetle ispat zorunluluğu bertaraf edilebilecektir.

¹⁰⁴⁴ ŞANLI, Uluslararası Ticari Akitler, s. 176; NOMER, Usul, s. 27-28; NOMER, s. 401-406; TAN DEHMEN, s. 61-63, 129-130; PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul Cilt I, s. 40-41; ERDOĞAN, Yer Bakımından Uygulama, s. 99.

¹⁰⁴⁵ ÇELİKEL/ ERDEM, s. 498; NOMER, Usul, s. 31; NOMER, s. 404; TİRYAKIOĞLU, s. 69-70; BAYATA CANYAŞ, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, s. 259.

¹⁰⁴⁶ NOMER, Usul, s. 27; NOMER, s. 401.

¹⁰⁴⁷ Katı delil sisteminde (kanuni delil sistemi), kanunda belirtilen deliller dışında bir delil ile ispata imkan tanınmaz (bkz. ATALAY, Oğuz, Medeni Usul Hukuku, Cilt II, Editörler: Hakan Pekcanitez/ Muhammet Özekes/ Mine Akkan/ Hülya Taş Korkmaz, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 1733; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 712; ÇİFTÇİ, Pınar, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları, Ankara 2018, s. 516, 782). Serbest delil sisteminde ise, deliller kanunda belirtilmiş olmakla birlikte, bunlar sınırlayıcı olarak düzenlenmemektedir; bu sistemde, ispat vasıtası olabilecek herşey, delil olarak kabul edilir (bkz. ATALAY, s. 1733; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 712; ÇİFTÇİ, s. 782). Türk hukukunda, HMK m. 192 gereği, kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğu öngörmediği hallerde, kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillere de başvurulabilecektir. Söz konusu düzenlemeden hareketle, Türk hukukunda serbest delil sisteminin benimsendiği kabul edilmektedir (bkz. ATALAY, s. 1733; PEKCANITEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 712; ÇİFTÇİ, s. 782).

¹⁰⁴⁸ ŞANLI, Uluslararası Ticari Akitler, s. 178-179; ATALI, s. 555-556.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 12.12.1989 tarihli bir kararında¹⁰⁴⁹ da ispat vasıtalarına uygulanacak hukuk bakımından *lex fori* prensibi benimsenmiştir. Karara konu uyuşmazlık, Türkiye'de kurulan ve ifa yeri Almanya olan bir ödünç sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Kararda, ödünç işleminin değerine göre tanık dinlenmesinin mümkün olup olmadığı irdelenmiştir. Yargıtay, senetle ispat zorunluluğunun bulunup bulunmadığı meselesinin usul hukukuna ilişkin olduğunu ve milletlerarası usul hukukuna ilişkin konularda daima *lex fori*'nin uygulanacağını vurgulayarak, tanıkla ispatın mümkün olup olmadığı meselesinin HMK m. 200 (mülga HUMK m. 288) çerçevesinde ele alınacağı ve söz konusu olaydaki ödünç işleminin değeri göz önünde bulundurulduğunda tanık dinlenmesinin mümkün olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

Doktrindeki bir diğer görüş¹⁰⁵⁰ uyarınca, delillerin kabul edilebilirliğine, uyuşmazlığın doğduğu hukuki ilişkinin yapıldığı yer hukuku uygulanmalıdır (*LRA*). Bu görüşe göre, bir hak nerede ve hangi ülke hukukuna göre doğmuş ise, bu hakka ilişkin gösterilecek delillerin de söz konusu ülke hukukuna tabi olması gerekmektedir; buna bağlı olarak, senetle ispat zorunluluğu ya da senede karşı senetle ispat zorunluluğunun bulunup bulunmadığı, hukuki işlemin yapıldığı yer hukukuna göre belirlenecektir¹⁰⁵¹. Taraflar, aralarındaki hukuki ilişkiyi belirli bir kanuna tabi kılmakla, o kanunun tanıdığı ispat vasıtalarına ve delillerin ispat gücüne de güvenmiş olabilirler; bu açıdan delillerin kabul edilebilirliği ve ispat gücü bakımından *lex causae*'nin uygulanması makul görülebilir¹⁰⁵². Ancak, *lex causae* taraflarca her zaman sözleşmenin kuruluşu anında bilinmeyeceğinden, delillerin ispat gücünü *lex causae*'ya göre belirlemek ispat hukukuna ilişkin olumsuz sonuçların doğmasına neden olabilecektir; bu nedenle, ispat gücünü belirleme yetkisi *LRA* kuralına verilmelidir¹⁰⁵³. *LRA* kuralının uygulanması sonucunda, bir hukuki işlemin, esasına uygulanacak ülke hukukuna göre resmi bir belgeyle ispatı gerekse dahi, düzenlendiği yer hukukuna göre şeklen geçerli olan bir belgeyle her yerde ispatı mümkün olacaktır¹⁰⁵⁴.

Doktrindeki üçüncü bir görüş¹⁰⁵⁵, delillerin kabul edilebilirliği konusunda *lex fori*'nin mutlak olarak uygulanmasının milletlerarası özel hukukun amaçlarına ve genel adalet

¹⁰⁴⁹ Y. 13. HD., 12.12.1989, E. 1989/4375, K. 1989/7250. Karar için bkz. www.kazanci.com.

¹⁰⁵⁰ ERDENER, Locus Regit Actum, s. 98-99; ERDENER, Application de *LRA*, s. 192; ÖZTEKİN, Günseli, "İsbat Hukuku ve Delillere Uygulanacak Hukuk Hakkında Görüşler", MHB, Cilt: 9, Sayı: 1, Yıl: 1989, s. 44.

¹⁰⁵¹ ERDENER, Locus Regit Actum, s. 100; ÖZTEKİN, s. 44-45.

¹⁰⁵² ERDENER, Locus Regit Actum, s. 99.

¹⁰⁵³ ERDENER, Locus Regit Actum, s. 99.

¹⁰⁵⁴ ERDENER, Locus Regit Actum, s. 99.

¹⁰⁵⁵ PEKCANITEZ, Pekcanitez Usul I, s. 42-43; ERDOĞAN, Yer Bakımından Uygulama, s. 241-242, 245-248; TAN DEHMEN, s. 128.

duygusuna aykırı sonuçlar doğurabileceği gerekçesiyle, karşılaştırmalı hukuk örneklerinde olduğu gibi, hâkimin hukukunun yanı sıra MÖHUK m. 7 hükmünden kıyasla, hukuki işlemin yapıldığı yer hukuku ya da hukuki işlemin esasına uygulanacak hukukun kabul ettiği delillere de izin verilmesi gerektiğini savunmaktadır.

Söz konusu görüş çerçevesinde, ispat vasıtaları konusunda uygulanacak hukuk belirlenirken, hareket noktası, pratiklik ve usul ekonomisi ile tarafların meşru beklentileri ve milletlerarası karar ahengi olmalıdır¹⁰⁵⁶. Buna göre, belirli bir miktarın üzerindeki hukuki işlemin Türk hukukuna göre senetle ispatı gerekirken, hukuki işlemin esasına uygulanacak hukukta öngörüldüğü üzere tanıkla ispat edilmesi, yargılama bakımından gereksiz bir zaman ve emek kaybına yol açmayacak, dolayısıyla pratiklik ve usul ekonomisi noktasında bir problem teşkil etmeyecektir¹⁰⁵⁷. Diğer taraftan, senetle ispat zorunluluğuna ilişkin Türk hukukunda yer alan kural, sadece yargılama aşamasında değil, hukuki işlemin yapıldığı esnadaki taraf davranışlarını da etkileyecektir; işlemi gerçekleştirdikleri ülkede senetle ispat zorunluluğuna ilişkin bir hüküm mevcut değilse, taraflardan, davanın açılmasının muhtemel olduğu yer hukukunu önceden düşünüp bu hukukta yer alan delillere göre sözleşmelerini hazırlamalarını beklemek yerinde olmayacaktır¹⁰⁵⁸. Ayrıca, delillerin kabul edilebilirliği bakımından sadece mahkemenin hukukunun uygulanabileceğinin kabulü halinde, davanın açılışı ülkeye bağlı olarak farklı kararlar ortaya çıkabilecek; işlemin yapıldığı yer ya da işlemin esasına uygulanacak hukukun ispat vasıtalarına da izin verilmesi durumunda ise bu sonuçtan kaçınılabilecek, böylece milletlerarası karar ahengi de korunmuş olacaktır¹⁰⁵⁹.

Yukarıda yer verdiğimiz son görüş esas alındığında, delillerin kabul edilebilirliğine uygulanacak hukukların hepsinde (*lex fori*, *lex causae* ve *LRA*) senetle ispat zorunluluğunun öngörülmüş olması halinde, senetle ispat zorunluluğu için aranan asgari miktarın hangi hukuka göre belirleneceği sorusu gündeme gelmektedir. Bu noktada, tarafların meşru beklentilerinin karşılanabilmesi ve milletlerarası karar ahenginin sağlanabilmesi bakımından liberal yaklaşımın sürdürülerek düşük olan sınırın esas alınması, böylece, hangi ülke hukuku daha düşük bir miktar öngörüyorsa o hukuka göre ispatın gerçekleşmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁰⁶⁰. O halde, örneğin, sözleşmenin yapıldığı yer hukukundaki senetle ispat zorunluluğuna ilişkin sınır, sözleşmenin esasına uygulanacak hukukta ve *lex fori* olarak Türk

¹⁰⁵⁶ ERDOĞAN, Yer Bakımından Uygulama, s. 246.

¹⁰⁵⁷ ERDOĞAN, Yer Bakımından Uygulama, s. 246.

¹⁰⁵⁸ ERDOĞAN, Yer Bakımından Uygulama, s. 247.

¹⁰⁵⁹ ERDOĞAN, Yer Bakımından Uygulama, s. 247.

¹⁰⁶⁰ ERDOĞAN, Yer Bakımından Uygulama, s. 247-248; TAN DEHMEN, s. 129.

hukukunda öngörülen sınırlardan daha düşük ise, bu sınır esas alınmalı ve sözleşmenin değeri söz konusu sınırın altındaysa tanıkla ispata da imkân tanınmalıdır.

b. Karşılaştırmalı Hukukta Yer Alan Düzenlemeler

Karşılaştırmalı hukukta, gerek milletlerarası sözleşmelerde gerekse milli hukuk düzenlemeleri çerçevesinde delillerin kabul edilebilirliği konusunda, liberal bir yaklaşımın benimsendiği ve ispat vasıtaları bakımından olabildiğince ispatı mümkün kılan hukukların birbirine alternatif olarak uygulandığı görülmektedir.

Fransız hukukunda, içtihatla, ispat şekli konusunda, önceleri mahkemenin hukukunun (*lex fori*) tek başına uygulanacağı kabul edilirken¹⁰⁶¹, daha sonraki kararlarda, *lex fori*'nin yanı sıra, işlem yeri hukukunun ve işlemin esasına uygulanacak hukukun ispat kurallarının da dikkate alınabileceği görüşü benimsenmiştir¹⁰⁶². Doktrinde, geçerlilik şeklinin yanı sıra ispat şeklinin de *LRA* kuralının kapsamında olduğu savunulmaktadır¹⁰⁶³. Buna göre, bir hukuki işlemin ne şekilde ispat edileceği, hukuki işlemin yapıldığı yer hukukuna göre belirlenecektir. Hukuki işlemlerin şekli geçerliliği konusunda "işlemin yapıldığı yer hukukunun" uygulanmasını gerekli kılan pratik gerekçeler, hukuki işlemin ispatı bakımından da geçerlidir¹⁰⁶⁴. Buna göre, sözleşme akdetmek isteyen taraflar, sözleşmenin hangi koşullarda geçerli olacağını ve sözleşmenin varlığının nasıl ispat edileceğini bilmek isterler, bu doğrultuda, sözleşmenin kurulduğu esnada buldukları yer hukuku hakkında bilgi edinirler. Taraflara, sözleşmenin kurulduğu yer hukuku dışında bir hukukun gerekliliklerine uyma zorunluluğu yüklemek, tarafların haklı beklentilerine aykırılık teşkil edecektir¹⁰⁶⁵. Bu görüşe benzer bir görüş, ispat yükünün hukuki işlemin esasına uygulanacak hukuka (*lex causae*) tabi olacağını; buna karşılık, delillerin kabul edilebilirliği konusunda işlem yeri hukuku ile

¹⁰⁶¹ AUDIT/ D'AVOUT, s. 446. İçtihatla, çeşitli kararlarda, usul işlemlerinin şekli konusunda *lex fori*'nin uygulanacağı kabul edilmiştir (bkz. SILZ, Edouard, Définition de la Forme des Actes Au Point de Vue de l'Application de la Règle "Locus Regit Actum" En Droit International Privé, 1920, s. 119).

¹⁰⁶² Fransız Yargıtayı'nın 24 Şubat 1959 tarihli "Isaac" kararında, *lex fori*'nin ispat kurallarının uygulanacağı; bununla birlikte, hukuki işlemin yapıldığı yabancı ülke hukukunun ispat kurallarından da faydalanılabileceği hüküm altına alınmıştır (Rev. Crit. DIP, 1959, s. 368, note. Y. L.). Aynı şekilde, 12 Şubat 1963 tarihli *Ruffini* kararında (Cour de Cassation, Chambre Civile 1, du 12 Février 1963), işlem yeri hukukunun ispat vasıtalarının da dikkate alınabileceğine hükmedilmiştir (karar için bkz. www.legifrance.gouv.fr). Fransız Yargıtayı, 12 Şubat 1963 (Cour de Cassation Chambre Civile 1, du 12 Février 1963) ve 5 Ocak 1999 (Cour de Cassation, Chambre Civile 1, du 5 Janvier 1999, 96-20.135) tarihli kararlarında da aynı yönde hüküm tesis etmiştir. Kararlar için bkz. www.legifrance.gouv.fr.

¹⁰⁶³ LEGIER, Domaine de la Loi Applicable, s. 14.

¹⁰⁶⁴ LEGIER, Domaine de la Loi Applicable, s. 15.

¹⁰⁶⁵ LEGIER, Domaine de la Loi Applicable, s. 15.

esasa uygulanacak hukukun birbirlerine alternatif olarak uygulanmaları gerektiğini ileri sürmektedir¹⁰⁶⁶.

LRA kuralının, hukuki işlemlerin ispat şekli bakımından uygulanmasının sonucu olarak, yabancı bir ülkede akdedilen işlemlerin ispatı konusunda Fransız hukukunda öngörülen ispat kuralları uygulama alanı bulmayacaktır. Buna göre, örneğin, işlemin yazılı şekilde ispatı zorunluluğunun öngörülmediği bir ülkede yapılması durumunda, Fransız mahkemeleri önünde açılan bir davada, bu işlemin senetle yazılı şekilde ispatı gerekmeyecektir.

Fransız doktrinindeki bir diğer görüş ise, delillerin kabul edilebilirliğinin kural olarak *lex fori*'ye tabi olduğunu; bununla birlikte, belirli bir konuda, işin doğası gereği, delillerin kabul edilebilirliği, hukuki işlemin esasından ayrılamayacak durumdaysa, soybağının kurulması örneğinde olduğu gibi, hâkimin hukuku yerine hukuki işlemin esasına uygulanacak hukukun ispat vasıtaları konusunda söz sahibi olabileceğini savunmaktadır¹⁰⁶⁷.

İsviçre hukukunda, sözleşmelerin şekline uygulanacak hukuku düzenleyen İsv. MÖHK m. 124 hükmünün, geçerlilik şeklinin yanı sıra ispat şekli bakımından da uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir¹⁰⁶⁸. İspat şekline ilişkin kurallar, çoğunlukla, geçerlilik şekline ilişkin kurallarla eşdeğer bir işleve sahiptir; ispat şekline ilişkin kurallar da, geçerlilik şekline ilişkin kurallar gibi, hukuki işlemin önemi hakkında tarafların dikkatini çekmek ve anlaşmazlıkları önlemek amacını taşır¹⁰⁶⁹. İsviçre Federal Mahkemesi, verdiği bir kararda, Fransız Medeni Kanunu'nun 1341. maddesinde düzenlenen ve belirli miktardaki hukuki işlemlerin tanıkla ispatını yasaklayan hükmü¹⁰⁷⁰, usule değil, şekle ilişkin olarak değerlendirmiştir¹⁰⁷¹. Kararda ulaşılan sonucun, Fransız hukukundan esinlenen diğer milli hukuk düzenlemeleri bakımından da geçerli olacağı doktrinde ifade edilmektedir¹⁰⁷².

Roma I Tüzüğü'nde de ispat şekli bakımından liberal bir yaklaşımın benimsendiği görülmektedir. Tüzük m. 18/2 hükmü gereği, hukuki işlemler, mahkemenin hukukunun

¹⁰⁶⁶ LABORDE/ SANA-CHALLE de NERE, s. 198. Aynı yönde bkz. AUDIT/ D'AVOUT, s. 446; VIGNAL, s. 134-135.

¹⁰⁶⁷ MAYER/ HEUZE, s. 363-364.

¹⁰⁶⁸ DUTOIT, Commentaire, s. 562; BONOMI, Commentaire Romand, s. 1069; BUCHER/ BONOMI, Droit International Privé, s. 310.

¹⁰⁶⁹ BONOMI, Commentaire Romand, s. 1069-1070.

¹⁰⁷⁰ Söz konusu düzenlemenin, usul hukuku ile bağlantısına rağmen, tarafların, resmi ya da yazılı şekle başvurmalarını zorunlu kıldığı; böylece, irade açıklamalarını etkilediği doktrinde ifade edilmektedir (bkz. DUTOIT, Commentaire, s. 562).

¹⁰⁷¹ ATF 102 II 270, ASDI 1977, s. 408.

¹⁰⁷² BONOMI, Commentaire Romand, s. 1070. Bu hukuk düzenlemelerine örnek olarak, İtalyan Medeni Kanunu m. 2721 hükmü gösterilebilir.

öngördüğü şekilde ispat edilebileceği gibi, hukuki işlemin şekli geçerliliğine uygulanacak hukuka (m. 11'de öngörülen hukuklardan birine) göre de ispat edilebilecektir¹⁰⁷³. Buna göre, hâkimin hukukunun yanı sıra sözleşmenin yapıldığı yer hukuku ya da sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun ispat kuralları da uygulama alanı bulacaktır. Ancak, şekli geçerliliğe uygulanacak hukukun/ hukukların ispat kurallarının dikkate alınabilmesi için, ilgili hukuka göre sözleşmenin şeklen geçerli olması ve söz konusu ispat vasıtasının davanın görüldüğü mahkemenin hukukuna göre delil niteliğini haiz olması gerekmektedir. Bu nedenle, örneğin, Alman mahkemeleri önünde, davanın tarafı olan kişiler tanık sıfatıyla dinlenemeyecektir¹⁰⁷⁴.

Roma I Tüzüğü'nün ispat kolaylığı sağlamak amacıyla düzenlenen söz konusu hükmü gereği, sözleşme, *lex causae* ve *LRA*'dan her ikisine göre de şeklen geçerliyse, *lex fori*, *lex causae* ve *LRA* arasından hangi hukuk daha cömert deliller sunmaktaysa o ülke hukukunun ispat vasıtaları esas alınacaktır¹⁰⁷⁵. *Lex fori*'nin bir hukuki işlemin tanıkla ispatına izin verdiği hallerde, hukuki işlemin esasına uygulanacak hukuktaki delillerin kabul edilebilirliğini sınırlandıran hükümler dikkate alınmayacak; diğer taraftan, esasa uygulanacak hukukta tanıkla ispat imkânı öngörülmüşse, *lex fori*'de yer alan senetle ispat zorunluluğu kuralı uygulama alanı bulmayacaktır.

c. Değerlendirme

Türk mahkemelerinde görülen bir davada, delillerin değerlendirilme ve incelenme usulü ile sunuluş şeklinin *lex fori* olarak Türk hukukuna tabi olacağı konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Zira bu işlemler, sadece yargılama aşamasını ilgilendirmekte ve bu konuda usul hukukuna hâkim olan *lex fori* prensibinden ayrılmayı haklı kılacak bir gerekçe bulunmamaktadır¹⁰⁷⁶. Buna göre, tanıkların nasıl dinleneceği ya da yeminin nasıl verdirileceği gibi hususlarda Türk hukuku uygulama alanı bulacaktır. Buna karşılık, delillerin kabul edilebilirliği, diğer bir ifadeyle, bir vakıanın hangi delillerle ispat edilebileceği hususunda, farklı bir değerlendirme yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Zira ispat vasıtalarının neler olduğu meselesi, tarafları ve hâkimi sadece yargılama esnasında bağlamaz; delillerin neler olacağı meselesi, yargılama aşamasını olduğu kadar, yargılama öncesi hukuki işlemin

¹⁰⁷³ Söz konusu düzenlemeden hareketle, tüketici sözleşmeleri konusunda ispatın, bu hukuka göre tüketici sözleşmesinin şeklen geçerli olması şartıyla tüketicinin mutad meskeni hukukuna ya da mahkemenin hukukuna göre yapılabileceği ifade edilmektedir (bkz. SANTA-CROCE, N. 95; ALTHAMMER, Cristoph/ MAKRIS, Spyros, Rome I Regulation Pocket Commentary, Edited by Franco Ferrari, 2015, s. 477).

¹⁰⁷⁴ ALTHAMMER/ MAKRIS, s. 477; KLÖHN, Lars, Rome Regulations Commentary, Second Edition, Edited by Graf-Peter Callies, 2015, s. 379-378.

¹⁰⁷⁵ VERSCHRAEGEN, Rome I Art. 11, s. 689-690; ALTHAMMER/ MAKRIS, s. 476-477; MCPARLAND, Rome I Regulation, s. 277; KLÖHN, s. 378-379; ERDOĞAN, Yer Bakımından Uygulama, s. 244.

¹⁰⁷⁶ Milletlerarası usul hukukunda *lex fori* prensibine ilişkin açıklamalar için bkz. Üçüncü Bölüm/ I/ D/ 1.

yapıldığı esnadaki taraf davranışlarını da etkiler¹⁰⁷⁷. Sözleşme bakımından şekil serbestisi söz konusu olsa dahi, sözleşme konusunun miktarı bakımından senetle ispat zorunluluğu mevcut ise, taraflar, bu sözleşmeyi yazılı olarak akdetmek zorunda kalırlar. Dolayısıyla, senetle ispat zorunluluğu, usul hukukuna ilişkin olmakla beraber, sadece usul hukukunu ilgilendiren bir mesele teşkil etmez. Bu çerçevede, kanaatimizce, delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin olan senetle ispat zorunluluğu konusunda *lex fori* hakimiyeti tartışmalı hale gelmekte ve bu konuda uygulanacak hukukun ne olacağı sorusu ile karşılaşmaktadır.

Milletlerarası özel hukuk adaletinin gerçekleşmesi bakımından, tarafların meşru beklentileri *lex fori* dışında bir hukukun uygulanmasını gerektirebilir. Örneğin, somut uyuşmazlık bakımından senetle ispat zorunluluğu öngörülmeleyen bir ülkede o ülke hukukuna uygun olarak akdedilen bir sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda, özellikle sözleşmenin esasına yine senetle ispat zorunluluğu öngörülmeleyen bir ülke hukukunun uygulandığı hallerde, tarafların Türk hukukundaki senetle ispat zorunluluğuna ilişkin kuralı gözetmeleri kendilerinden beklenemeyecektir. Bu nedenlerle, doktrinde¹⁰⁷⁸ de benimsendiği ve yukarıda karşılaştırmalı hukuk örneklerinde görüldüğü üzere, delillerin kabul edilebilirliği konusunda liberal bir yaklaşımın benimsenmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz. Bu noktada, Türk hukuku bakımından olması gereken (*de lege feranda*) Roma I Tüzüğü m. 18 hükmünde olduğu gibi açık bir düzenlemeye yer verilmesidir¹⁰⁷⁹. Bu çerçevede, MÖHUK m. 7'ye şu doğrultuda bir hükmün eklenmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz:

“Bir hukuki işlem, işlemin yapıldığı ülke hukukunun¹⁰⁸⁰ ya da işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun veya mahkemenin hukukunun öngördüğü delillerle ispatlanabilir. İşlem yeri hukuku ile esasa uygulanacak hukukun öngördüğü delillerin kullanılabilmesi için hukuki işlemin bu ülke hukuklarına göre şeklen geçerli olması ve mahkemenin hukukunda söz konusu delillerin kullanımına izin verilmesi gerekir”:

Var olan hukuk (*de lege lata*) bakımından ise, ispat vasıtaları konusunda MÖHUK m. 7 hükmünün uygulanamayacağı kanaatindeyiz. Zira MÖHUK m. 7 hükmünde hukuki

¹⁰⁷⁷ ERDOĞAN, Yer Bakımından Uygulama, s. 245.

¹⁰⁷⁸ PEKCANİTEZ, Pekcanitez Usul I, s. 42-43; ERDOĞAN, Yer Bakımından Uygulama, s. 241-242, 245-248; TAN DEHMEN, s. 128.

¹⁰⁷⁹ ERDOĞAN, Yer Bakımından Uygulama, s. 247. Aynı yönde bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, Elektronik Sözleşmeler, s. 152. Türk hukukunda, Roma I Tüzüğü m. 18 hükmüne benzer bir düzenlemeye yer verilse dahi, *lex loci actus* ya da *lex causae* veya *lex fori*'nin ispat vasıtaları ile ispat mümkün olmasına karşılık, delillerin ispat gücü bakımından *lex fori*'nin tek başına uygulanacağı ifade edilmektedir (bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, Elektronik Sözleşmeler, s. 152).

¹⁰⁸⁰ MÖHUK m. 7 hükmünde, iki taraflı hukuki işlemler bakımından işlem yeri hukukunun nasıl tespit edileceği hususunda bir kanun boşluğu bulunmaktadır. Söz konusu hükme ilişkin madde önerimiz için bkz. İkinci Bölüm/ III/ C/ 2/ c.

işlemlerin şekli bakımından yetkili olan hukuklar arasında mahkemenin hukuku yer almamaktadır. İspat vasıtalarının yargılamanın işleyişine dair olmaları karşısında, hâkimin hukukunun bu konudaki yetkisinin tamamen bertaraf edilmesi kanaatimizce mümkün değildir. Diğer taraftan, her ne kadar nelerin ispat vasıtası olabileceği meselesi, yargılama öncesi aşamayı yani hukuki işlemin yapılışını etkilese de, Türk hukukundaki ispat vasıtalarından bazılarının (örneğin yemin) sadece yargılama aşamasını ilgilendirdiği unutulmamalıdır.

II. Kanunlar İhtilafı Hukukunun Genel Esasları Çerçevesinde Şekle Uygulanacak Hukuku Belirleyen Kuralın Uygulanması Konusunda Özellik Arz Eden Durumlar

A. Atıf

Hâkimin hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarının, uyuşmazlığın çözümü için yabancı bir hukuku yetkili kıldığı hallerde, bu hukukun hangi kapsamda uygulanacağı meselesi, atıf probleminin esasını oluşturmaktadır¹⁰⁸¹. Hâkimin hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili olan yabancı hukukun sadece maddi hukuk kuralları dikkate alınacak ise, milletlerarası özel hukuk anlamında atıf kabul edilmemiş; söz konusu yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kuralları dikkate alınacak ve uyuşmazlık bu kuralların işaret ettiği hukuka göre çözümlenecekse atıf kabul edilmiş olmaktadır¹⁰⁸².

Şekil konusunda işlemin yapıldığı yer hukukunun yetkili kılınmasının en önemli gerekçesi, tarafların işlemi yaptıkları yer hukuku hakkında kolayca bilgi edinebilmeleri ve bu hukuka uygun bir şekilde işlem yapma imkanına sahip olmalarıdır. Bu gerekçe göz önünde bulundurulduğunda, işlemin yapıldığı yer hukukunun bir başka hukuka yaptığı göndermenin dikkate alınması, *LRA* kuralının kabul edilmesinin temelinde yatan düşünce ile bağdaşmamaktadır¹⁰⁸³. Hukuki işlemlerin şekli konusunda, “*locus regit actum*” kuralının kabul edilmesinin bir diğer önemli gerekçesi, tarafların, hukuki işlemi, yapıldığı yer hukukunun şekil kurallarına uygun olarak yaptıkları durumlarda, söz konusu işlemin geçerliliğini sağlamaktır; atfın kabul edilmesi, hukuki işlemi geçersiz kılacak bir hukukun uygulanması sonucunu doğurabilecek ve bu durum kuralın getiriliş amacına aykırılık teşkil edecektir¹⁰⁸⁴.

¹⁰⁸¹ DOĞAN, Atıf, s. 821; DOĞAN, s. 222-223; NOMER, s. 145; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 105; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 52.

¹⁰⁸² DOĞAN, Atıf, s. 821; DOĞAN, s. 223; NOMER, s. 145; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 105-106; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 52-54; MESCİ, s. 313.

¹⁰⁸³ LEGIER, *Loi Applicable A La Forme*, s. 24.

¹⁰⁸⁴ LOUSSOUARN/ BOUREL/ VAREILLES-SOMMIERES, s. 281; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 189, dn. 4; SARGIN, *Lisans Sözleşmeleri*, s. 214.

Şekil konusunda, işlemin yapıldığı yer hukukunun yanı sıra işlemin esasına uygulanacak hukukun da yetkili kılınması sonucu, sözleşmeler bakımından taraflar uygulanacak hukuku seçebilmekte; böylece tarafların seçtiği hukuk sözleşmenin şekli bakımından da uygulama alanı bulmaktadır. Taraflara hukuk seçimi imkânı tanındığı hallerde, taraflar, belirli bir devletin kanunlar ihtilafı kurallarını değil, maddi hukuk kurallarını seçtikleri için, hukuk seçiminin söz konusu olduğu hallerde, atfın uygulanması doğru olmayacaktır¹⁰⁸⁵. Ayrıca, hukuki işlemlerin şekli konusunda olduğu gibi, alternatif nitelikte bağlama kurallarının kabul edildiği hallerde, bu kuralların kabul edilmesinin gerekçesi belirli bir hukuki amacın elde edilmesi olduğundan, bu kurallara göre belirlenecek olan ülke hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarının dikkate alınması, hedeflenen sonuca ulaşılmasına engel olabilecektir¹⁰⁸⁶. Bu gerekçelerle, hukuki işlemlerin şekli konusunda atıf çoğunlukla kabul edilmemektedir¹⁰⁸⁷. Bunun sonucu olarak, çeşitli milli hukuk düzenlemelerinde, şeklin tabi olacağı hukuk belirlenirken atfın uygulanmayacağı öngörülmüştür. Bu hukuk düzenlemelerine örnek olarak, İtalyan hukuku (Rev. Crit. DIP, 1996) ve Türk hukuku (MÖHUK m. 7) gösterilebilir.

Doktrindeki bir görüşe göre, tarafların, işlemin yapıldığı yer hukukunun şekil kurallarına riayet etmedikleri hallerde, atfın kabul edilmesi, işlemin geçersiz kalmasını önlemek amacıyla hizmet edecek ve *LRA* kuralının getiriliş amacıyla örtülecektir¹⁰⁸⁸. Ancak, pek çok ülke hukukunda, hukuki işlemlerin şekli konusunda *LRA* kuralı kabul edilmektedir. Ayrıca, evliliğin şekli gibi bazı konular haricinde, çoğunlukla, *LRA* kuralına alternatif bir bağlama kuralı öngörülmekte ve işlemin bu hukuklardan birinin şekil kurallarına uygun olması yeterli kabul edilmektedir. Bu durum, işlemin geçerliliği için atıf kurumuna başvurulmasını gereksiz kılmaktadır¹⁰⁸⁹. Bununla birlikte, nadiren de olsa, hukuki işlemin şekline uygulanacak hukuklar, hukuki işlemin geçersizliğine neden oluyorsa, atfın uygulanması sonucu yetkili kılınan bir başka hukuk, bu sonuca engel olabilecektir¹⁰⁹⁰. Bu görüş, hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuk konusunda, atıf kurumunu sistematik

¹⁰⁸⁵ LEGIER, *Loi Applicable A La Forme*, s. 24; LOUSSOUARN/ BOUREL/ VAREILLES-SOMMIERES, s. 279.

¹⁰⁸⁶ DOĞAN, *Atıf*, s. 848.

¹⁰⁸⁷ LEGIER, *Loi Applicable A La Forme*, s. 24.

¹⁰⁸⁸ LOUSSOUARN/ BOUREL/ VAREILLES-SOMMIERES, s. 281. Fransız Yargıtayı'nın 15 Haziran 1982 tarihli "*Zagha*" kararında da, evliliğin şekli konusunda bu görüş benimsenmiştir (Cass. Civ. 15 Juin 1982, Rev. Crit. DIP 1983.300, note Bischoff).

¹⁰⁸⁹ LOUSSOUARN/ BOUREL/ VAREILLES-SOMMIERES, s. 281.

¹⁰⁹⁰ LOUSSOUARN/ BOUREL/ VAREILLES-SOMMIERES, s. 281.

olarak kabul etmek ya da dışlamak yerine, atfın uygulanması sonucu hukuki işlemin geçerli olduğu hallerde atfın uygulanmasını (*renvoi ad validitatem*) önermektedir¹⁰⁹¹.

Benzer bir görüş, tarafların, işlem yeri hukukunun şekil kurallarının yanı sıra, işlem yerinde yürürlükte olan maddi milletlerarası özel hukuk kurallarının öngördüğü şekil kurallarına da riayet edebileceklerini; söz konusu kuralların başka bir ülke hukukuna, örneğin tarafların milli hukukuna göre işlemi gerçekleştirebileceklerini öngörmesi halinde, tarafların işlemi bu hukuka göre de yapabileceklerini, bu durumun atfın uygulanması anlamına gelmeyeceğini savunmaktadır¹⁰⁹². Bu görüşe paralel olarak, Fransız Yargıtayı, 15 Haziran 1982 tarihli *Zagha* kararında, iki Suriyeli arasında İtalya’da tarafların milli hukukunun şekil kurallarına göre gerçekleştirilen evliliği, İtalyan hukukunda tarafların milli hukukunun uygulanmasının kabul edilmesi nedeniyle geçerli kabul etmiştir¹⁰⁹³.

Doktrinde, atfın, maddi bir amaca ulaşmayı hedefleyen kanunlar ihtilafı kurallarının söz konusu olduğu ve bu amaca somut uyuşmazlıkta ulaşamadığı hallerde yararlı olabileceği ifade edilmektedir¹⁰⁹⁴. Bu görüş uyarınca, maddi bir amaca ulaşmayı hedefleyen kanunlar ihtilafı kurallarına gösterilecek örnekler arasında, hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuku düzenleyen alternatif nitelikli kural yer almaktadır; söz konusu kural, hukuki işlemin şekil bakımından geçerliliğini sağlamayı hedeflemektedir¹⁰⁹⁵. Hukuki işlemi şekil bakımından ayakta tutmak amacıyla birbirlerine alternatif olarak yetkilendirilen hukuklardan hiçbiri işlemi geçerli kabul etmezken, bu hukuklardan birinin kanunlar ihtilafı kuralının atıf yoluyla yetkili kıldığı ülke hukukunun işlemi geçerli kabul etmesi halinde atfın uygulanması aynı maddi amaca hizmet edeceğinden, bu durumda atfın dikkate alınması gerekecektir (*renvoi ad favorem*)¹⁰⁹⁶.

Türk hukukunda, MÖHUK m. 7 hükmünde, hukuki işlemlerin, yapıldıkları yer hukukunun veya hukuki işlemin esasına uygulanacak hukukun “maddi hukuk hükümlerinin” öngördüğü şekilde yapılabileceği öngörülme suretiyle atfın uygulanmayacağı açıkça düzenlenmiştir. Mülga MÖHUK m. 6 hükmünde böyle açık bir düzenlemeye yer verilmemiş olması, şekil konusunda atfın uygulanıp uygulanmayacağı meselesinin doktrinde tartışılmasına neden olmuştur. Bu konuda atfın uygulanmasının, hukuki işlemlerin şekli

¹⁰⁹¹ LOUSSOUARN/BOUREL/VAREILLES-SOMMIERES, s. 282.

¹⁰⁹² MAYER/HEUZE, s. 563.

¹⁰⁹³ MAYER/HEUZE, s. 563-564.

¹⁰⁹⁴ BATIFFOL, Henri/ LAGARDE, Paul, *Traité de Droit International Privé*, Tome I, 8e Edition, Paris 1993, s. 508.

¹⁰⁹⁵ BATIFFOL/ LAGARDE, Tome I, s. 508.

¹⁰⁹⁶ BATIFFOL/ LAGARDE, Tome I, s. 508.

bakımından kabul edilmiş olan iki alternatif kuralın (*LRA* ve *lex causae*) işaret ettiği hukukların kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği hukuklara uygun olması anlamına geleceği, bu durumun *favor negotii* prensibine aykırı olacağı; şekil konusunda atfin, ancak atıf yolu ile bir işlemin geçerli hale gelmesi söz konusuysa uygulanabileceği, bunun haricinde şekle ilişkin düzenlemenin amaç ve niteliği itibariyle atfa yer vermediği ifade edilmiştir¹⁰⁹⁷. Bu görüşe göre, kuruluş yeri ya da *lex causae*'ya göre geçersiz bir sözleşmeyi bu hukukların kanunlar ihtilafı kurallarının yetkili kıldığı hukuk şeklen geçerli sayıyorsa, hem atfin kabulü ile izlenen amaç, hem de şekle uygulanacak hukuku belirleyen kanunlar ihtilafı kuralının temelinde yatan "*favor negotii*" prensibi gerçekleşmiş olacaktır¹⁰⁹⁸. MÖHUK m. 7 hükmünde ise, atfin uygulanmayacağı açıkça belirtilmiş olduğundan, kişi ve aile hukukuna ilişkin işlemlerin şekli bakımından atfin uygulanması söz konusu olmayacaktır.

Kanaatimizce, "var olan hukuk" bakımından, hukuki işlemlerin şekli hakkında, MÖHUK m. 7 çerçevesinde, atfin uygulanmayacağı konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Bununla beraber, "olması gereken hukuk" bakımından, doktrinde¹⁰⁹⁹ de ifade edildiği üzere, hukuki işlemlerin şekli konusunda, *renvoi ad favorem (renvoi ad validitatem)* atfin kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira MÖHUK m. 7 hükmünün temelinde *favor negotii* prensibi yer almakta, diğer bir ifadeyle, bu hüküm ile işlemin şeklen geçerliliği hedeflenmektedir. Diğer taraftan, atıf kurumunun uygulanması, bazı hallerde, işlemin şekli geçerliliğine hizmet edebilecektir. O halde, MÖHUK m. 7 uyarınca yetkili olan hukuklar (işlem yeri hukuku ve işlemin esasına uygulanacak hukuk) hukuki işlemin geçerliliğini sağlamıyorsa, bu hukukların kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması sonucu yetkili kılınan hukukların öngördüğü şekil kurallarına göre işlemin yapılabileceği; buna karşılık, MÖHUK m. 7 hükmünde öngörülen hukuklardan birine göre hukuki işlem zaten geçerliyse atfin dikkate alınmaması gerektiği kabul edilmelidir. Bu durum ise, ancak, işlemin, işlem yeri hukuku, işlemin esasına uygulanacak hukuk ve bu hukukların kanunlar ihtilafı kurallarının işaret ettiği hukuklardan birinin öngördüğü şekilde yapılmasına imkân tanıyan bir düzenlemenin getirilmesi ile söz konusu olabilir. Bu yönde bir düzenleme, hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuku belirleyen mevcut düzenlememizin getiriliş amacı olan "*favor negotii*" ilkesine daha çok hizmet edecektir.

¹⁰⁹⁷ ÇELİKEL/ ERDEM, s. 189, dn. 4; SARGIN, Lisans Sözleşmeleri, s. 214-215.

¹⁰⁹⁸ SARGIN, Lisans Sözleşmeleri, s. 215.

¹⁰⁹⁹ SARGIN, Fikri ve Sınai Haklar, s. 92; BAYATA CANYAŞ, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, s. 259. MÖHUK m. 7'de, atfin açıkça reddedilmesinin işlem menfaatine dayandırılmasını eleştiren görüş için bkz. AYBAY/ DARDAĞAN, s. 176-177.

B. Kamu Düzeni

Milletlerarası özel hukukta kamu düzeni müdahalesi, kanunlar ihtilafı kurallarının yetkili kıldığı yabancı hukukun uygulanması sonucunda hâkimin hukukunun kamu düzenine açıkça aykırılık meydana gelmesi durumunda, yabancı hukukun ilgili hükmünün uygulanmasından vazgeçilmesini ifade etmektedir¹¹⁰⁰. Kamu düzeni mekâna ve zamana göre değişen muğlak bir kavramdır¹¹⁰¹. Toplumların ahlak ve hukuk anlayışlarında farklılıklar olabileceği gibi, aynı toplum içindeki ahlak ve hukuk anlayışı da zaman içinde değişebilmektedir; buna bağlı olarak, kamu düzeni kavramı, toplumdan topluma ya da aynı toplumda zaman içinde farklılık gösterebilecektir¹¹⁰². Kamu düzeninin genel bir tanımının yapılması mümkün değildir; bu nedenle, kanunkoyucular, kamu düzeni kavramını tanımlamak yerine, doktrin ve uygulamada olduğu gibi, hangi hallerde kamu düzenine aykırılığın meydana geleceğini tespit etmeye çalışmaktadır¹¹⁰³.

Yabancı unsurlu hukuki olay ve ilişkilerde, esas olan, kanunlar ihtilafı kurallarının işaret ettiği hukukun uygulanmasıdır. Kanunlar ihtilafı kurallarınca yetkili kılınan yabancı hukukun uygulanması sonucu verilen karar, hâkimin hukukunun kamu düzeni ile bağdaşmıyor ise, kamu düzeni, bir istisna hükmü olarak bu hukukun uygulanmasına engel olacaktır¹¹⁰⁴. Bu durum, kamu düzeninin olumsuz fonksiyonu olarak adlandırılmaktadır¹¹⁰⁵. Kamu düzeni müdahalesinin söz konusu olabilmesi için, yabancı hukuk kuralının soyut olarak hâkimin hukukunun kamu düzenine aykırı olması değil, ilgili kuralın somut olayda uygulanması sonucu verilecek kararın kamu düzenine aykırı olması gerekir¹¹⁰⁶.

Türk hukukunda, kamu düzeni müdahalesi, MÖHUK m. 5 hükmünde, istisnai nitelikte bir kural olarak düzenlenmiştir. Söz konusu hükümde, Türk kamu düzenine aykırılığın “açıkça” olması halinde, yabancı hukukun ilgili hükmünün uygulanmayacağı belirtilmek

¹¹⁰⁰ TEKİNALP/ UYANIK, s. 43; NOMER, s. 161; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 139; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 74; DOĞAN, s. 252.

¹¹⁰¹ ÇELİKEL/ ERDEM, s. 148; NOMER, s. 164; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 79; DOĞAN, s. 252.

¹¹⁰² ÇELİKEL/ ERDEM, s. 148; DOĞAN, s. 252.

¹¹⁰³ DOĞAN, s. 253.

¹¹⁰⁴ TEKİNALP/ UYANIK, s. 43; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 75; DOĞAN, s. 253-254.

¹¹⁰⁵ TEKİNALP/ UYANIK, s. 43; NOMER, s. 167; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 150; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 73; DOĞAN, s. 254.

¹¹⁰⁶ BATIFFOL/ LAGARDE, Tome I, s. 575; NOMER, s. 162; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 76; DOĞAN, s. 254. Örneğin, Faslı bir kadınla evli olan Müslüman bir Faslı'nın, Türkiye'de ikinci bir evliliği yapması mümkün değildir. Zira çok eşliliğe izin veren bir yabancı kanun hükmünün uygulanması Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil eder. Buna karşılık, bu Faslı kendi ülkesinde ikinci evliliği yapmışsa, ikinci eş Türk mahkemelerinde nafaka talebinde bulunduğu anda, bu talep kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle reddedilmeyecektir. Bunun nedeni, Türk kamu düzenine aykırı olan çoklu evliliğin meydana getirdiği sonucun yani nafaka talebinin kamu düzenine aykırı olmamasıdır (bkz. NOMER, s. 172).

suretiyle, istisnai nitelik vurgulanmıştır. Diğer bir ifadeyle, Türk kamu düzenine aykırılığın sadece açıkça olduğu hallerde yabancı hukukun uygulanmayacağı düzenlenerek, kamu düzeni müdahalesinin asgariye indirilmesi hedeflenmiştir¹¹⁰⁷.

Türk hukukundaki her emredici hükme aykırılık, kamu düzeni müdahalesini gerektirmez; kamu düzenine aykırılıktan bahsedebilmek için, yabancı hukukun uygulanması sonucu verilecek kararın Türk hukukunun temel değerleriyle bağdaşmaması, bu kararın Türk kamu düzeni bakımından katlanılamaz bir sonuç meydana getirmesi gerekir¹¹⁰⁸. Türk hukukunun temel değerleri ile bağdaşmama, Anayasa'da kabul edilmiş temel hak ve hürriyetlere aykırılık¹¹⁰⁹, anayasal prensiplerin yanı sıra Türk hukukunun temel prensipleri olarak kabul edilen ilkelere¹¹¹⁰ ve ahlaka aykırılık şeklinde karşımıza çıkar¹¹¹¹. Kamu düzeninin yabancı hukukun uygulanmasını engelleyebilmesi için, uyumsuzluk konusu olay ve ilişkinin hâkimin hukuku ile belirli bir bağlantıya sahip olması gerekir¹¹¹². Buna göre, yabancı olay ve ilişkinin Türkiye ile bağlantısı arttıkça, kamu düzeni müdahalesi ihtimali de aynı oranda artar¹¹¹³.

Şekle ilişkin konularda, uygulanması gereken yabancı hukukun kamu düzeni gerekçesiyle uygulanmaması, çok sık rastlanan bir durum değildir. Doktrinde, davayı gören mahkemenin hukukunun kamu düzeni gerekçesiyle müdahalesinin, teorik açıdan, örneğin, kadın-erkek eşitliğine aykırı olarak, kadınlar tarafından yapılan sözleşmelerin erkekler

¹¹⁰⁷ ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 76.

¹¹⁰⁸ TEKİNALP/ UYANIK, s. 43; NOMER, s. 162, 170; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 152-153; DOĞAN, s. 256, 258. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 10.02.2012 tarihli bir kararında (E. 20101/1, K. 2012/1, RG. 20.9.2012, S. 28417), kamu düzenine aykırılık halleri şu şekilde ifade edilmiştir: "*Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyetprensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık*".

¹¹⁰⁹ Yabancı hukukta yer alan ve temel hak ve hürriyetlere aykırı düzenlemeler içeren her kuralın kamu düzeni engellemesiyle karşılaşmayacağı ifade edilmektedir (bkz. DOĞAN, s. 257-258). Zira Anayasa'da öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde, temel ve hak ve hürriyetlerin kısıtlanması mümkündür (AY. m. 13); burada önemli olan yabancı hukukun uygulanması sonucu temel ve hürriyetin özüne dokunulup dokunulmadığıdır (bkz. DOĞAN, s. 257-258). Yabancı hukukta yer alan kısıtlama, temel hak ve hürriyetin özüne dokunuyor ise, bu hükmün uygulanması kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle mümkün olmayacaktır. Buna karşılık, örneğin, herkesin kanun önünde eşitliğini öngören anayasal prensibe (AY. m. 10) aykırı bir yabancı hukuk kuralının uygulanması sonucu verilen kararın Türk kamu düzenine aykırı olacağı açıktır.

¹¹¹⁰ Bu ilkelere örnek olarak, Türk Medeni Kanunu'nun başlangıç hükümlerinde yer alan iyi niyet (TMK m. 3) ve dürüstlük kuralına (TMK m. 2) ilişkin hükümler gösterilebilir.

¹¹¹¹ ÇELİKEL/ ERDEM, s. 153; NOMER, s. 165, 172; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 73-74, 76; DOĞAN, s. 258-259.

¹¹¹² BATIFFOL/ LAGARDE, Tome I, s. 576; TEKİNALP/ UYANIK, s. 43; NOMER, s. 178; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 76; DOĞAN, s. 260.

¹¹¹³ TEKİNALP/ UYANIK, s. 43; NOMER, s. 178; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 76-78; DOĞAN, s. 260.

tarafından yapılan sözleşmelere nazaran farklı şekil kurallarına bağlı kılınması halinde söz konusu olabileceği ifade edilmektedir¹¹¹⁴.

Türk hukukunda, doktrinde, hukuki işlemin şekline yabancı hukukun uygulandığı hallerde, MÖHUK m. 5 çerçevesinde kamu düzeni müdahalesinin gündeme gelebileceği bir durum olarak, Türk vatandaşlarının yurt dışında "rıza evlenme" şeklinde gerçekleştirdikleri evlilikler örnek gösterilmektedir¹¹¹⁵. Doktrindeki bu görüşe göre, rızai evlenmelerde kamu düzeni müdahalesinin gündeme gelmesinin nedeni, bu tür evlenmelerde, iç hukukumuzda devletin toplumsal kurum olarak büyük önem verdiği evliliklerin, resmi memur önünde gerçekleşmesini öngören ve emredici nitelikte olan şekil şartına göre gerçekleştirilmemeleridir.

Türk hukukunda devletin evlilik kurumuna müdahale ederek şekil bakımından emredici düzenlemeler getirmesinin amacı, Türk toplumunun temelini oluşturan "aileyi" (Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 41) kuracak olan evliliklerin sağlıklı olarak doğmasını sağlamaktır¹¹¹⁶. Bu görüş, taraflarından her ikisinin de yabancı olduğu ve yapıldığı ülkenin hukukuna uygun olarak yurt dışında rızai şekilde gerçekleştirilen evliliklerin, kamu düzenine aykırı olmadıklarını; buna karşılık, yurt dışında rızai evlenme şekline göre Türk vatandaşları arasında gerçekleştirilen evliliklerin kamu düzeni gerekçesiyle Türk mahkemelerince geçersiz sayılabileceklerini savunmaktadır¹¹¹⁷. Bununla birlikte, söz konusu görüş, Türk vatandaşlarının, hiçbir şekil şartı gerektirmeyen ve tarafların karşılıklı rızaları ile kurulabilen evliliklerin kabul edildiği ülkelerde, bu ülke hukuklarına uygun olarak geçerli bir şekilde evlenebileceklerini ileri sürmektedir¹¹¹⁸.

Kanaatimizce, iki Türk vatandaşının, yabancı bir ülkede, o ülke hukukunun öngördüğü herhangi bir şekilde, hatta o ülke hukukunun izin vermesi şartıyla herhangi bir resmi makamın katılımı olmaksızın iradi şekilde gerçekleştirdikleri evliliklerin şekil yönünden geçerli sayılmaları ve bu konuda kamu düzeni müdahalesinin kabul edilmemesi gerekmektedir. Türk hukukunda, Türk Medeni Kanunu'nda öngörülen şekil kuralının, "Türk toplumunun temelini oluşturan aileyi kuracak evliliklerin sağlıklı olarak doğmalarını sağlamak" amacıyla öngörüldüğü kabul edilse dahi, söz konusu amaç, evliliğin esasına ilişkin bir denetimle de

¹¹¹⁴ LOACKER, Rome I Article 11, s. 282-283.

¹¹¹⁵ SAYMAN, Evlenmenin Kuruluşu, s. 141-142.

¹¹¹⁶ SAYMAN, Evlenmenin Kuruluşu, s. 142.

¹¹¹⁷ SAYMAN, Evlenmenin Kuruluşu, s. 144.

¹¹¹⁸ SAYMAN, Evlenmenin Kuruluşu, s. 147. Yabancıların, evliliğin gerçekleştiği yer hukukuna uygun olarak rızai şekilde yaptıkları evliliklerinin sonuçlarının Türkiye'de tanınabileceği yönünde bkz. ULUOCAK, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 61.

gerçekleşebilecektir. Diğer bir ifadeyle, resmi bir makamın katılımı olmaksızın, örneğin, yakın hısımlar arasında gerçekleştirilen bir evlilik, şekil bakımından olmasa dahi, evlenmenin ehliyet ve şartlarına uygulanacak hukuk bakımından geçersiz kabul edilebilecek ya da bu durum Türk hukuku bakımından kesin bir evlenme engeli teşkil ettiğinden, Türk aile hukukundaki temel prensiplere aykırılık dolayısıyla kamu düzeni engeline takılabilecektir.

Verdiğimiz örnekte, yakın hısımlar arasında rızai şekilde gerçekleştirilen bir evliliğin, tarafların milli hukukuna uygun olsa bile kamu düzeni müdahalesiyle karşılaşmasının nedeni, yabancı kanun hükmünün uygulanması sonucu bu evliliğe geçerlilik tanınmasının, Türk aile hukukunda kesin evlenme engeli sayılan ve temel bir prensip teşkil eden kurala aykırı olmasıdır; burada kamu düzenine aykırılığın sebebi evliliğin rızai şekilde yapılması değildir. Diğer taraftan, rızai şekilde gerçekleştirilen her evliliğin, doğurduğu sonuçlar bakımından kamu düzeni müdahalesiyle karşılaşması söz konusu olamaz. Örneğin, ehliyet ve şartlar bakımından ilgililerin milli hukukuna uygun olan ve hâkimin hukukundaki temel prensiplerle de örtüşen bir evliliğin sırf rızai şekilde yapılması, kamu düzenine aykırılığı gündeme getirmeyecektir.

Sonuç olarak, şekil konusunda kamu düzeni müdahalesinin, son derece sınırlı hallerde karşımıza çıkabileceği; bu konuda yetkili yabancı hukukun uygulanmasına, daha ziyade, “doğrudan uygulanan kuralların” engel olacağı kanaatindeyiz. Aşağıda, doğrudan uygulanan kurallara ilişkin ayrıntılı açıklamalara yer verilecektir.

C. Doğrudan Uygulanan Kurallar

1. Genel Olarak

a. *Lex Fori*'nin Doğrudan Uygulanan Kuralları

Doğrudan uygulanan kurallar, içinde yer aldıkları hukuk sisteminin ve dolayısıyla ait oldukları devletin ekonomik, sosyal ve siyasal alanda izlediği politikaları gerçekleştirmeye yarayan ve taşıdıkları bu önem sebebiyle, uygulama alanlarına giren uyumsuzluklarda, kanunlar ihtilafı kurallarını bertaraf eden kurallardır¹¹¹⁹. Doğrudan uygulanan kuralların, sözleşmeler alanında müdahale etmesine neden olan bazı gerekçeler, bazı sözleşmelerin belirli şekilde yapılması bakımından da söz konusu olabilmektedir. Zayıf tarafın korunması

¹¹¹⁹ ÖZDEMİR KOCASAKAL, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 213; ERDEM, Bahadır, “5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’da Düzenlenen Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Uygulanacak Olan Hukuk”, Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, İstanbul 2010, s. 103; KÖSOĞLU, Mehmet, “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 31. Maddesi: Sözleşme ile Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması”, MHB, Yıl: 28, Sayı: 1-2, 2008, s. 150. Doktrindeki farklı tanımlar için bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 8-11.

ya da devletin ekonomik veya sosyal bir politikasının gerçekleştirilmesi amacıyla öngörülen doğrudan uygulanan kurallardan bazıları, bu amaçlarına, bazı sözleşmelerin belirli bir şekil şartına uygun olarak yapılmaları durumunda ulaşırlar; bu gibi durumlarda, sözleşmenin zayıf tarafının yaptığı işin önemi ve doğuracağı sonuçlar hakkında yeterince düşünmesinin sağlanması ya da devletin, ülkede gerçekleşen ekonomik faaliyetler hakkında bilgi edinmesi ve denetim fonksiyonunu yerine getirmesi gibi esasa ilişkin amaçların, şekil kuralları yardımıyla sağlanması söz konusu olur¹¹²⁰.

Bir şekil kuralının, getiriliş amacı çerçevesinde, doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmesi halinde, hukuki işlemin şekli hakkında, MÖHUK m. 7 hükmünde öngörülen alternatif nitelikli kuralın ya da işlemin şeklinin tabi olacağı özel kanunlar ihtilafı kuralının¹¹²¹ uygulanması söz konusu olmaz ve hukuki işlem, şekil bakımından, ancak doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilen şekil kuralına uygun olması halinde geçerli olur. Doğrudan uygulanan kurallar, *lex fori*'nin (mahkemenin hukukunun), *lex causae*'nin (esasa uygulanacak hukukun) ve üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları olarak karşımıza çıkabilir.

Lex fori'nin diğer bir ifadeyle, Türk hukukunun doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilen şekil kuralları, MÖHUK m. 6 gereği, yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amaçları ve uygulama alanları göz önünde bulundurulmak suretiyle, doğrudan uygulama alanı bulacaktır¹¹²². Bir kuralın MÖHUK m. 6 çerçevesinde doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilebilmesi için iki şartın gerçekleşmesi gerekmektedir. İlk olarak, kuralın düzenleme amacı, toplumun sosyal, ekonomik ve siyasal yapısına ilişkin menfaatlerin korunmasına yönelik olmalıdır¹¹²³. İkinci olarak ise, söz konusu kuralın, kapsamına giren konularda, ülkede bulunan herkese ve her olaya uygulanması gerekir¹¹²⁴. Uygulama alanı kuralın yer aldığı kanun metninde belirlenmemişse, uygulama alanı şartının

¹¹²⁰ ÖZDEMİR KOCASAKAL, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 152.

¹¹²¹ Örneğin, MÖHUK m. 26/3 gereği, MÖHUK m. 26/2 hükmünde öngörülen koşulları taşıyan tüketici sözleşmelerinin şekli, münhasıran tüketicinin muted meskeni hukukuna tabi olacaktır.

¹¹²² MÖHUK m. 6 hükmünde yer verilen kuralın "düzenleme amacı" gibi soyut bir ifade yerine, kamusal menfaat ve bu çerçevede siyasi, sosyal ya da ekonomik organizasyon gibi doktrinde kabul görmüş ölçütlere kanunda yer verilmesinin ve bu sayede doğrudan uygulanan kural kavramının somutlaştırılmasının daha doğru olacağı doktrinde ifade edilmektedir (bkz. BAYATA CANYAŞ, Aslı, "5718 Sayılı Yeni MÖHUK Uyarınca Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Özellikle Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları", Haluk Konuralp Anısına Armağan, Cilt: 3, Ankara 2009, s. 148-149).

¹¹²³ BAYATA CANYAŞ, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 145-146.

¹¹²⁴ BAYATA CANYAŞ, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 146.

sağlanması konusunda, kuralın özel amacına ulaşılabilmesi için doğrudan uygulanmasının gerekip gerekmediği hususu dikkate alınır¹¹²⁵.

Türk borçlar hukukunda, şekil serbestisi ilkesi (TBK m. 12/1) mevcut olup, borçlar hukuku alanında özel bir şekil şartına tabi tutulmuş işlem sayısı azdır. Ancak, şekle ilişkin özel kuralların varlığı ve sayıca az oluşu, söz konusu şekil kuralının mutlaka doğrudan uygulanan kural olarak kabulünü gerektirmez¹¹²⁶. Şekle ilişkin bir kuralın doğrudan uygulanan kural olup olmadığı, söz konusu şekil kuralının getiriliş amacı ve hukuk sistemi içindeki işlevinin değerlendirilmesiyle ortaya çıkacaktır¹¹²⁷. Mahkemenin hukukuna yani Türk hukukuna ait doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilebilecek şekil kuralları, Türkiye ile belirli bağlantılara sahip hukuki işlemler bakımından doğrudan uygulanacaktır¹¹²⁸.

b. *Lex Causae*'nin Doğrudan Uygulanan Kuralları

MÖHUK'ta *lex fori*'nin doğrudan uygulanan kuralları (MÖHUK m. 6) ile sözleşme ile sıkı ilişkili üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına (MÖHUK m. 31) ilişkin düzenlemelere yer verilmiş; buna karşılık, *lex causae*'nin doğrudan uygulanan kuralları ile ilgili bir hükme yer verilmemiştir. Bunun nedeni, yetkili yabancı hukukun, doğrudan uygulanan kuralları da dahil olmak üzere, uyumsuzluğa bir bütün olarak uygulanacak olmasıdır¹¹²⁹. Bu husus, Türk hukukunda, *lex causae*'nin vakıa olarak değil de hukuk olarak uygulanmasının bir sonucudur; hâkimin, yabancı hukuku, hukuk olarak uygulama yükümlülüğünün bir sonucu olarak, yabancı hukukun doğrudan uygulanan kuralları da o hukukun bir parçası olarak uygulanmak zorundadır¹¹³⁰. MÖHUK m. 7 hükmünde, hukuki işlemlerin şekli konusunda, *lex causae* ile işlem yeri hukukunun (*LRA*) birbirlerine alternatif olarak yetkilendirilmeleri sonucu, *lex causae* ya da *LRA*'nın doğrudan uygulanan kurallarının şekil konusunda tek başına uygulanıp uygulanmayacağı ve buna bağlı olarak alternatif niteliğin ortadan kalkıp kalkmayacağı sorusu gündeme gelmektedir.

¹¹²⁵ BAYATA CANYAŞ, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 146.

¹¹²⁶ HUYSAL, Temsil, s. 83.

¹¹²⁷ ÖZDEMİR KOCASAKAL, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 152; DOĞANGÜN, s. 189; HUYSAL, Temsil, s. 83-84.

¹¹²⁸ Zayıf tarafın korunmasına ilişkin hükümlerin, yürürlükte oldukları ülke ile belirli bağlantılara sahip olan sözleşmeler bakımından, bu sözleşmeler yabancılık unsuru taşısa dahi, uygulama alanı bulacağı hakkında bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 106.

¹¹²⁹ TEKİNALP/ UYANIK, s. 297; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 300; DOĞAN, s. 422-423; ÖZDEMİR KOCASAKAL, MÖHUK m. 24, s. 73; TANRIBİLİR, s. 222; KÖSOĞLU, s. 157; BAYATA CANYAŞ, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 149.

¹¹³⁰ ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 61; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 171; TEKİNALP/ UYANIK, s. 46; DOĞAN, s. 277; GİRAY, Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyeti, s. 558-559; BAYATA CANYAŞ, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 149.

Lex causae'nin doğrudan uygulanan kuralları, MÖHUK m. 7 hükmündeki alternatif niteliğin ortadan kalkmasına ve şekil konusunda sadece *lex causae*'nin kurallarının uygulanmasına neden olabilecektir. Örneğin, tescil ya da ilan zorunluluğunun öngörüldüğü hallerde, aleniyet şekilleri olarak ifade edilen bu şekil kurallarının üçüncü kişilerin korunmasına hizmet ettikleri ve taraf iradesine tabi olmaksızın doğrudan uygulama alanı buldukları ifade edilmektedir¹¹³¹. Zayıf olan tarafın korunması amacıyla da sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun sözleşmenin zayıf tarafını korumak için özel bir şekil kuralı öngördüğü hallerde, bu kuralın doğrudan uygulama alanı bulacağı ve MÖHUK m. 7 hükmünün alternatif niteliğini ortadan kaldıracağı düşünülebilir. Nitekim İsviçre MÖHK m. 124/3'te konuya ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilerek, sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun, sözleşme taraflarından birini korumak için bir şekil zorunluluğu öngördüğü hallerde, bu hukuk sözleşmenin şekli konusunda başka bir hukukun uygulanmasını öngörmedikçe, sözleşmenin şeklinin, münhasıran bu hukuka tabi olacağı düzenlenmiştir¹¹³².

Hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuku düzeneleyen genel hükümde (MÖHUK m. 7), esasa uygulanacak hukukun yanı sıra, işlemin yapıldığı yer hukukunun (*LRA*) da alternatif olarak yetkili kılınmış olmasının bir sonucu olarak, *LRA*'nın doğrudan uygulanan kurallarının da dikkate alınıp alınmayacağı ve bunun sonucu olarak MÖHUK m. 7'de *LRA*'ya alternatif olarak yetkilendirilen *lex causae*'nin uygulanmasına engel olup olmayacağı sorusu gündeme gelmektedir. *LRA*'nın şekle ilişkin kuralları, doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirildikleri bazı hallerde, *lex fori*'nin ya da *lex causae*'nin kurallarıyla örtüşmekte, diğer bir ifadeyle işlem yeri hukuku ile mahkemenin hukuku ya da esasa uygulanacak hukuk aynı hukuka işaret etmekte olduğundan, söz konusu kurallar doğrudan uygulanma imkanına sahip olmaktadır. Örneğin, Türk hukukunda, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un şekil kurallarının MÖHUK m. 6 çerçevesinde doğrudan uygulanan kural olarak kabulü için tüketici sözleşmesinin Türkiye'de akdedilmiş olması gerektiği kabul edilmektedir¹¹³³. Bu durumda, *lex fori* ve *LRA* örtüşmektedir. Bu gibi bir örtüşmenin bulunmadığı hallerde ise, işlem yeri, tesadüfi bir yer olabileceği için, kanaatimizce, işlem yeri

¹¹³¹ DOĞANGÜN, s. 157. Onama ve tescile bağlı lisans sözleşmelerinin şekli bakımından, aleniyeti sağlayan işlemlerden biri olarak resmi sicile kayıt şartının, MÖHUK m. 7 hükmündeki (mülga MÖHUK m. 6) alternatif nitelikli kuralı bertaraf edeceği yönünde bkz. SARGIN, Lisans Sözleşmeleri, s. 216.

¹¹³² Türk hukukunda, doktrinde, İsviçre hukukundaki bu hükme benzer bir istisna hükmünün, sözleşmenin zayıf tarafını korumaya yönelik bir teminat olarak Kanunda düzenlenmesinin yerinde olacağı ifade edilmektedir (bkz. SARGIN, Lisans Sözleşmeleri, s. 214).

¹¹³³ GÜNGÖR, Tüketicinin Korunması, s. 231; ÖZDEMİR KOCASAKAL, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 160.

hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının, MÖHUK m. 7'nin alternatifliğini bertaraf etmemeleri gerektiği düşünülmelidir¹¹³⁴.

Bazı özel hukuk işlemlerinin yapılması esnasında adli ya da idari bir makamın kontrolünün gerekliliğine ilişkin düzenlemelerin, işlemin yapıldığı yer hukukunun doğrudan uygulanan kurallarından kaynaklandığı doktrinde ifade edilmektedir¹¹³⁵. İşlemin esasına uygulanacak hukuk, başka bir hukuk olsa dahi, işlemin yapıldığı yer hukukunun söz konusu adli ya da idari kontrolü gerekecektir. Örneğin, evlilik dışı bir çocuğun Belçika'da tanınması halinde, tarafların milli hukuklarında böyle bir zorunluluk öngörülme dahi, tanımının mahkemece onaylanması gerekecektir¹¹³⁶. Benzer şekilde, Belçika'da gerçekleşen bir evlat edinmenin mahkeme onayına sunulması zorunludur¹¹³⁷.

c. Üçüncü Bir Ülkenin Doğrudan Uygulanan Kuralları

Hukuki işlem ile yakın irtibata sahip üçüncü bir ülkenin şekil kurallarının doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmesi halinde bu kurallara da etki tanınması gündeme gelmektedir. Türk hukukunda, buna izin veren bir düzenleme, sadece sözleşmeler bakımından bulunmaktadır. MÖHUK m. 31 gereği, sözleşmeden doğan ilişkinin tâbi olduğu hukuk uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilecek; söz konusu kurallara etki tanımak ve uygulayıp uygulamamak konusunda bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınacaktır.

Benzer düzenlemelere karşılaştırmalı hukukta da rastlanmaktadır. Roma I Tüzüğü m. 9/3'te, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin ifa edileceği veya ifa edildiği ülke hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına, bu kuralların sözleşmenin ifasını hukuka aykırı kılmaları halinde, etki tanınabileceği öngörülmektedir¹¹³⁸. Söz konusu hükmün, iş

¹¹³⁴ Aleniyet şekillerinden olan tescil zorunlulukları için farklı bir değerlendirme yapılabilir. Buna ilişkin açıklamalarımız için bkz. Üçüncü Bölüm/ II/ C/ 2/ a.

¹¹³⁵ BARNICH, s. 215-216.

¹¹³⁶ BARNICH, s. 216. Evlat edinme, evlilik dışı çocuğun tanınması gibi konularda, söz konusu işlemlerin mahkeme onayına sunulmasına ilişkin zorunlulukların, şekle mi yoksa esasa mı ilişkin olduklarına dair vasıflandırma problemlerine ilişkin açıklamalar ve konunun doğrudan uygulanan kurallar çerçevesinde değerlendirilmesi için bkz. İkinci Bölüm/ II/ A.

¹¹³⁷ BARNICH, s. 216.

¹¹³⁸ Roma I Tüzüğü m. 9/3 hükmü, MÖHUK m. 31 düzenlemesine kaynaklık eden Roma Konvansiyonu m. 7/2 hükmünün yerini almıştır. Roma Konvansiyonu m. 7/2'de yer verilen sıkı ilişki kriterine Tüzük'te yer verilmemiş, bunun yerine daha dar kapsamlı bir ifade tercih edilmiştir (bkz. BONOMI, Andrea, "Le Régime des Regles Impératives et des Lois de Police Dans le Reglement Rome I Sur la Loi Applicable aux Contrats", Le Nouveau Reglement Européen Rome I Relatif a la Loi Applicable Aux Obligations Contractuelles, Ed. Eleanor Cashin Ritaine / Andrea Bonomi, 2008, s. 232-233; ERKAN, Mustafa, "MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Yıl: 2011, Sayı: 2, s. 108). Buna göre, sözleşme ile sıkı ilişkili herhangi bir devletin değil,

sözleşmeleri bakımından, işin görüldüğü yer hukukunun emredici nitelikteki şekil kurallarının uygulanmasına imkân tanıyacağı doktrinde ifade edilmektedir¹¹³⁹. Hükmün ifadesine bakıldığında, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınıp tanınmaması konusunda hâkime bir takdir yetkisi verildiği görülmektedir.

Fransız Yargıtayı, Roma I Tüzüğü'nün yürürlüğünden önceki bir dönemde, Roma Konvansiyonu'nun uygulama alanı bulduğu bir uyuşmazlıkta, Konvansiyon'un doğrudan uygulanan kurallara ilişkin 7. maddesinin 2. paragrafının (Roma I Tüzüğü m. 9/2), şekil kuralları bakımından uygulama alanı bulacağına hükmetmiştir¹¹⁴⁰. Karara konu uyuşmazlıkta, taraflar arasındaki gemi satımına ilişkin sözleşmenin Fransa ile bağlantısı zayıf olmasına karşın, konuya ilişkin olarak Fransız hukukunda öngörülen şekil kuralları, Roma Konvansiyonu m. 7/2 çerçevesinde doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmiştir. Somut uyuşmazlıkta, sözleşme yabancı bir ülkede akdedilmiş, sözleşmenin esası yabancı bir devlet hukukuna tabi kılınmış ve sözleşme tarafları yabancı ülkelerde kurulu şirketler olmasına rağmen, Fransız Yargıtayı, satım sözleşmesine konu geminin Fransa'daki kütüğe kayıtlı olmasını, Fransız şekil kurallarının doğrudan uygulanması bakımından yeterli görmüştür.

Karşılaştırmalı hukuktan bir diğer örnek, İsviçre MÖHK m. 19 düzenlemesi olarak gösterilebilir. Söz konusu hüküm uyarınca, İsviçre hukuk anlayışına göre, meşru ve açıkça üstün gelen menfaatler bunu gerektiriyorsa, bu kanun uyarınca belirlenenden başka bir hukukun emredici bir hükmü, somut uyuşmazlık bu hukuk ile yakın bağlantı içindeyse, dikkate alınabilir. Böyle bir hükmün dikkate alınıp alınmayacağına karar vermek için, İsviçre

sözleşmeden doğan borçlar hangi ülkede ifa edildiyse ya da edilecekse, bu ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabileceği düzenlenmiştir. Tüzük ile getirilen yeni düzenleme ile doğrudan uygulanan kurallara etki tanınabilecek sözleşme ile sıkı ilişki içindeki devlet sayısı sınırlanarak sözleşmeye belirlilik ve öngörülebilirlik getirilmesi amaçlanmıştır (bkz. ERKAN, MÖHUK m. 31, s. 113). Ayrıca, Roma Konvansiyonu m. 7'ye getirilen temel eleştirilerden olan doğrudan uygulanan kuralların tanımının yapılmaması hususu, Roma I Tüzüğü hazırlanırken dikkate alınmış ve Tüzük m. 9/1 'de doğrudan uygulanan kurallara bir tanım getirilmiştir (bkz. BONOMI, Regles Impératives, s. 224; ÖZDEMİR KOCASAKAL, MÖHUK m. 24, s. 79; ERKAN, MÖHUK m. 31, s. 112-113).

Tüzük'te doğrudan uygulanan kurallara ilişkin getirilen yeni düzenleme (m. 9), çeşitli açılardan eleştirilmektedir. Doktrinde, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınacağına ilişkin düzenlemenin, sınırlamalarla dahi olsa, Tüzük'te muhafaza edilmesinin yerinde olduğu; bununla birlikte, konuya ilişkin yapılan değişikliklerin geriye bir adım teşkil ettiği ifade edilmektedir (bkz. BONOMI, Regles Impératives, s. 234). Bu görüşe göre, yabancı doğrudan uygulanan kuralların içeriğine ilişkin mevcut belirsizlikler, Tüzük m. 9 hükmü ile ortadan kalkmamış ve bu belirsizliklere yeni belirsizlikler eklenmiştir (bkz. BONOMI, Regles Impératives, s. 234). Örneğin, sözleşmenin ifa edileceği yer hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabileceği düzenlenmiştir; ancak, ifa yerinin neresi olacağı, nasıl belirleneceği ayrı bir sorun teşkil etmektedir. Hükmeye getirilen diğer eleştiriler için bkz. BONOMI, Regles Impératives, s. 234-236.

¹¹³⁹ LEGIER, Loi Applicable A La Forme, s. 13.

¹¹⁴⁰ Cass. Com., 14.01.2004, 00-17978. Karar için bkz.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007049001&fastReqId=501984631&fastPos=1>.

hukuk anlayışına göre hakkaniyete uygun bir karara varılabilmesi bakımından, bu hükmün amacı ve uygulanmasının sonuçları dikkate alınacaktır. Görüldüğü üzere, söz konusu hüküm, Türk hukukundan farklı olarak sadece sözleşmeler bakımından değil, genel bir uygulama alanına sahiptir.

Türk hukukunda, MÖHUK m. 31 hükmünün sözleşmeler bakımından uygulama alanına sahip olduğu göz önünde bulundurulduğunda, sözleşme statüsüne dahil olmayan hukuki işlemlerin şekli konusunda, hukuki işlem ile sıkı ilişkili üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilen şekil kurallarının, bu hüküm çerçevesinde dikkate alınıp alınmayacağı sorusu gündeme gelmektedir. Kanaatimizce, MÖHUK m. 31'in uygulanma koşulları arasında öncelikle bir sözleşme ilişkisinin varlığı arandığından ve madde metninde açıkça “sözleşme ile sıkı ilişkili üçüncü bir devletin” doğrudan uygulanan kurallarından bahsedildiğinden, bu hükmün sözleşme haricindeki hukuki işlemlerin şekli konusunda uygulanma imkânı yoktur. İsviçre MÖHK m. 19'a benzer genel bir düzenlemeye Türk hukukunda yer verilmediği sürece, sözleşmeler alanına girmeyen hukuki işlemlerin şekli konusunda, hukuki işlem ile sıkı ilişkili üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının dikkate alınması mümkün olmayacaktır.

Diğer taraftan, sözleşmeler alanında, sözleşme ile sıkı ilişkili üçüncü bir devletin şekil kurallarına, doğrudan uygulanan kural olarak etki tanınıp tanınmayacağı da MÖHUK m. 31 çerçevesinde kesinlik ifade etmemektedir¹¹⁴¹. Zira MÖHUK'ta şekil statüsü sözleşme statüsünün kapsamı dışında bırakılmıştır ve buna bağlı olarak, MÖHUK m. 31 hükmü, sözleşme ile yakın irtibatlı üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına ne ölçüde ve hangi koşullarla etki tanınacağını, “sözleşmenin esasıyla” ilgili hususlarda düzenlemiştir. MÖHUK'un şekil ve esas meselelerini ayırarak farklı bağlama kurallarıyla düzenleyen yapısı göz önünde bulundurulduğunda, genel hüküm niteliğinde olmayan MÖHUK m. 31'in, doğrudan uygulanan şekil kurallarını kapsamadığı söylenebilir.

Ayrıca, MÖHUK m. 31 hükmünde, sözleşme ile sıkı ilişkili üçüncü bir ülke hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına “etki tanınacağı” belirtilmiştir¹¹⁴². Bunun anlamı,

¹¹⁴¹ 5718 sayılı MÖHUK ‘un yürürlüğe girmesinden önce, diğer bir ifadeyle, sözleşmeyle sıkı ilişkili üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabileceğine (MÖHUK m. 31) ilişkin kanunda açık bir düzenlemenin bulunmadığı dönemde, doktrinde, milletlerarası unsurlu lisans sözleşmeleri için, kullanım yeri ülkesi hukukunda getirilen onama ve tescil şartının, bu ülke hukukunun bu işlemlere tanıdığı etki kapsamında ve belirlediği şartlar dahilinde gerçekleştirilmesi gerektiği; eğer kullanım yeri hukuku, MÖHUK m. 7 (2675 sayılı mülga MÖHUK m. 6) uyarınca sözleşmenin şekline uygulanacak hukuk olarak tespit edilmemişse, kullanım ülkesinde öngörülen onama ve tescil şartına üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralı olarak etki tanınabileceği ifade edilmiştir (bkz. SARGIN, Lisans Sözleşmeleri, s. 216).

¹¹⁴² MÖHUK m. 31 hükmünde, sözleşmeyle sıkı ilişkili üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabileceği belirtildikten sonra, söz konusu kurallara “etki tanımak” ve “uygulayıp

bu kuralların, diğer hukuk kurallarının uygulanması esnasında dayanak olarak kullanılacak olmalarıdır¹¹⁴³. Bu kuralların bağımsız olarak uygulanacakları şeklinde bir ifade Kanun'da yer alsaydı, bu kuralların tüm sonuçları ve yaptırımları ile uyumsuzluğun çözümünde kullanılmaları gerekirdi¹¹⁴⁴. Diğer bir ifadeyle, MÖHUK m. 31 hükmünde, üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması değil, bu kurallara etki tanınması öngörüldüğünden, bu kuralların içerdiği yaptırım ve sonuçların uygulanması söz konusu olmayacak, sadece bu kurallara, sözleşmeye uygulanması gereken hukuk çerçevesinde etki tanınacaktır¹¹⁴⁵. Hukuki işlemlerin şekli konusunda ise, bir hukuk kuralına etki tanınması yani bir başka kuralın uygulanması esnasında dikkate alınması söz konusu olamaz; şekil kurallarının dikkate alınması, sözleşmenin geçerliliği bakımından sonuç doğuracaktır. Şekle aykırılık nedeniyle sözleşmenin geçersiz kabul edilmesi durumunda ise, zaten kurala etki tanınması değil, kuralın uygulanması söz konusu olur. Bu nedenle de hukuki işlemlerin şekli konusunda, üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının dikkate alınması MÖHUK m. 31 hükmü çerçevesinde söz konusu olamayacaktır.

Türk hukukunda, mevcut kanuni düzenlemeler karşısında, hukuki işlemle sıkı ilişkili üçüncü bir devletin şekle ilişkin doğrudan uygulanan kurallarının uygulama alanı bulması söz konusu olamayacaktır. Bununla birlikte, şekil konusunda, bazı durumlarda, hukuki işlemle sıkı ilişkili üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması ihtiyacı doğmaktadır. Bu husus, özellikle, hukuki işlemin esasına uygulanacak hukukta bu işlem için yapılacak yetkilendirmelerin özel bir şekil şartına bağlandığı durumlarda karşımıza çıkmaktadır.

uygulamamak” konusunda bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçlarının dikkate alınacağı hüküm altına alınmıştır. Madde metninde “etki tanımak” ifadesi kullanıldıktan sonra “uygulamak” ifadesine yer verilmesinin bir çelişki oluşturduğu doktrinde ifade edilmektedir (bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, MÖHUK m. 24, s. 76). Bu görüş, MÖHUK m. 31 hükmüne gerek olmadığını, zira madde metninde doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasının değil, bu kurallara etki tanınmasının öngörüldüğünü, dolayısıyla, hüküm ve sonuçları itibarıyla somut uyumsuzluğun çözümünde kullanılan hukukun üçüncü devletin hukuku değil, MÖHUK m. 24 uyarınca belirlenen hukuk olduğunu, sonuç olarak uygulanması gereken hukukun tespiti bakımından etkisi olmadığından böyle bir düzenlemeye yer verilmemesinin doğru olmadığını savunmaktadır (bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, MÖHUK m. 24, s. 88).

¹¹⁴³ ÖZDEMİR KOCASAKAL, MÖHUK m. 24, s. 75; KÖSOĞLU, s. 161. Doktrindeki bir görüş, MÖHUK m. 31 düzenlemesinin, Roma Konvansiyonu ve Roma I Tüzüğü'nden farklı olarak, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralına sadece etki tanınması ihtimaline değil, aynı zamanda kuralın uygulanması ihtimaline de yer verdiğini savunmaktadır (bkz. BAYATA CANYAŞ, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 160-162).

¹¹⁴⁴ ÖZDEMİR KOCASAKAL, MÖHUK m. 24, s. 75; KÖSOĞLU, s. 161.

¹¹⁴⁵ ÖZDEMİR KOCASAKAL, MÖHUK m. 24, s. 76. Örneğin, sözleşme konusu malların bulunduğu ülkenin söz konusu malların ihracatını yasaklayan ya da para borcunun ifa edileceği ülkenin kambiyo mevzuatında sözleşme konusu para birimi üzerinden ödemelere sınırlama getiren hükümleri, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları olarak, mücbir sebep oluşturan ya da sözleşmenin geçersizliğine yol açan bir unsur olarak kabul edilecek ve bu kurumlara sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun tanıdığı sonuçlar uygulanacaktır (bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, MÖHUK m. 24, s. 76).

Bazı hukuki işlemler için bu işlemlerin esasına uygulanacak hukukta öngörülen şekil şartının amacının gerçekleşebilmesi için bu işlemin yapılması için verilecek yetkinin de aynı şekil şartına tabi tutulması ihtiyacı ortaya çıkmakta ve bu çerçevede söz konusu hukukta, bu işlemler için yapılacak yetkilendirmelerin de özel şekil şartlarına bağlandığı görülmektedir. Kefalet sözleşmeleri bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

Bir kefalet sözleşmesi akdedilmesi için düzenlenecek bir vekaletnamenin şekli geçerliliği incelenirken, MÖHUK m. 7 gereği vekaletnamenin düzenlendiği yer hukuku ya da vekalet sözleşmesinin esasına uygulanacak hukuk olarak, hukuk seçimi yapılmamış olması halinde, vekilin mutad meskeni ya da işyeri hukuku uygulama alanı bulacaktır. Kefalet sözleşmesinin esasına uygulanacak hukukun Türk hukuku olmadığı hallerde, bu hukuk, yetkilendirme işlemiyle sıkı ilişkili üçüncü bir devlet hukuku olarak karşımıza çıkacaktır.

Aşağıda inceleneceği üzere¹¹⁴⁶, kefalet sözleşmeleri için öngörülen şekil kuralları, tek taraflı olarak borç altına giren kefilin koruma amacını taşımakta, bu çerçevede doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilebilmektedir. O halde, kefalet için yapılacak bir yetkilendirmenin şekli için, kefalet sözleşmesinin esasına uygulanacak hukuktaki doğrudan uygulanan kural niteliği taşıyan şekil kurallarının uygulanması, kefilin korunması amacına hizmet edecektir. Bu çerçevede, MÖHUK'ta, sözleşmelerin yanı sıra tek taraflı hukuki işlemleri (örneğin temsil yetkisi verilmesi işlemi) de kapsayacak şekilde, genel bir hükümlerle, hukuki işlemle sıkı ilişkili üçüncü bir ülkenin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının "uygulanabilmelerine" imkân tanıyan bir düzenlemeye yer verilmesi düşünülebilir.

2. Doğrudan Uygulanan Kural Niteliği Taşıyan Şekil Kuralları

a. Aleniyet Şekilleri

aa. Genel Olarak

Aleniyet şekilleri, belirli bazı durum ve işlemlerin üçüncü kişilerin bilgisine sunulması amacıyla yapılan işlemleri ifade eder¹¹⁴⁷. Bu işlemlerin temel amacı, işlemde haberi olmayan üçüncü kişilerin bilgilendirilmesi suretiyle, bu kişilerin, dolayısıyla kamunun menfaatlerinin korunmasıdır¹¹⁴⁸. Aleniyet şekillerinin tescil ve ilan olmak üzere iki çeşidi bulunur. Doktrinde, aleniyeti sağlayan ve kamunun menfaatlerini koruyan tescile ilişkin düzenlemelerin, taraf iradelerine tabi olmadıkları, nitelikleri gereği doğrudan uygulanan kural teşkil ettikleri, dolayısıyla kanunlar ihtilafı kurallarının kapsamı dışında kaldıkları doktrinde

¹¹⁴⁶ Bkz. Üçüncü Bölüm/ II/ C/ 2/ b/ cc.

¹¹⁴⁷ DOĞANGÜN, s. 157.

¹¹⁴⁸ DOĞANGÜN, s. 157.

ifade edilmektedir¹¹⁴⁹. Buna karşılık, ilanlar bakımından, doktrinde ikili bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Buna göre, üçüncü kişilerin aydınlatılması ve korunması amacı taşıyan ilanların doğrudan uygulanan kural teşkil ettikleri ve kanunlar ihtilafı kurallarının uygulama alanı dışında kaldıkları kabul edilirken, teknik anlamda ilan niteliğinde olmayan, üçüncü kişileri işlemden haberdar etme amacı taşımayan, hukuki işlemin taraflarının menfaatlerini sağlama amacı güden ilanların (örneğin ilan suretiyle yapılan vaadler), doğrudan uygulanan kural teşkil etmedikleri, bunların MÖHUK m. 7 hükmünün kapsamında oldukları savunulmaktadır¹¹⁵⁰.

Aleniyet şekillerinin *LRA* kuralının kapsamında olup olmadığı belirlenirken, öncelikle, söz konusu tescil ya da ilan zorunluluğunun şekle mi yoksa esasa mı ilişkin olduğu konusunda bir vasıflandırma yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Tescil ve ilan zorunlulukları, çoğu durumda, hukuki işlemin esası ile yakın irtibatlıdır; bundan dolayı, konunun esasa ilişkin olarak vasıflandırılması gerekir¹¹⁵¹. Örneğin, taşınmazlar üzerinde aynı hak tesisi ya da devri için gereken tescil zorunlulukları, esasa ilişkindir ve taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna tabidir (*LRS*). Benzer şekilde, Türk Ticaret Kanunu'nda ticari işletmelerle ilgili işlemlerin tescil ve ilanını öngören hükümlerin çoğunluğu esasa ilişkindir ve bu konuda *LRA* kuralının

¹¹⁴⁹ DOĞANGÜN, s. 157-158. İsviçre hukukunda, sözleşmelerin şekline uygulanacak hukuku düzenleyen ve kıyas yoluyla tek taraflı hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuku da belirleyen İsv. MÖHK m. 124 düzenlemesinin, tescil ve ilan zorunluluğuna ilişkin hükümleri kapsamadığı; bu hükümlerin hukuki işlemin esasına uygulanacak hukuka tabi olduğu kabul edilmektedir (bkz. DUTOIT, Commentaire, s. 561; BONOMI, Commentaire Romand, s. 1070). Buna göre, tapu siciline tescil, taşınmazlar üzerindeki aynı haklara uygulanacak hukuka (İsv. MÖHK m. 99), mülkiyeti saklı tutma kaydı ise, taşınır mülkiyetine uygulanacak hukuka (m. 100-103) tabi olacaktır. Bu noktada, söz konusu hükümlerin doğrudan uygulanan kural teşkil edip etmedikleri hususunda ise, doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Doktrindeki bir görüşe göre, ilan ve tescil zorunluluğuna ilişkin hükümlerin, her zaman, kamu düzenine ilişkin olduğunu ve esasa uygulanacak hukuk ne olursa olsun uygulama alanı bulacağını söylemek doğru değildir; söz konusu hükümlerin bu şekilde nitelendirilmesi, bu hükümlerin düzenlenme amaçları göz önünde bulundurularak, somut olay çerçevesinde mümkündür (bkz. BONOMI, Commentaire Romand, s. 1070). Doktrindeki bir diğer görüşe göre ise, tapu siciline tescil gibi bazı şekil kuralları, İsv. MÖHK m. 18 ve m. 19 çerçevesinde, doğrudan uygulanan kural teşkil eder ve m. 124'ün kapsamı dışında kalır (bkz. DUTOIT, Commentaire, s. 562).

¹¹⁵⁰ DOĞANGÜN, s. 158-159. İlan zorunluluklarının *LRA* kuralının kapsamında olmadığına ilişkin olarak ayrıca bkz. ERDENER, Application de *LRA*, s. 163. Fransız hukukunda, ilan zorunluğuna ilişkin hükümlerin şekle uygulanacak hukukun kapsamında olmadığı; ilan zorunlulukları bakımından ilanın yapılacağı yer hukukunun uygulanacağı kabul edilmektedir (bkz. LABORDE/ SANA-CHALLE de NERE, s. 198; MEYZAUD-GARAUD, s. 148).

¹¹⁵¹ Fransız doktrininde, Fransız maddi hukukunda yer alan ilan zorunluluklarının çeşitliliğinin, bu kuralların tamamının birer şekil kuralı olarak nitelendirilmelerini imkansız kıldığı ifade edilmektedir (bkz. CORNELOUP, s. 262). Bu görüşe göre, *LRA* kuralının amacı, tarafların iradeleri doğrultusunda hukuki işlemin geçerli olarak yapılmasına imkan sağlamak ve tarafların öngöremeyecekleri bir hukukun uygulanması sonucu işlemin geçersiz kılınması engellemektir; buna karşılık, ilan zorunluluklarının amacı ise, taraf menfaatleri gözetmek değil, üçüncü kişilerin bilgilendirilmesi suretiyle kamunun menfaatlerini korumaktır (bkz. CORNELOUP, s. 262). *LRA* kuralının temelinde yatan düşünce, ilan zorunluluklarının amacı ile örtüşmediğinden, bu konuda işlem yeri hukukunun uygulanması, kamunun bilgilendirilmesi amacına hizmet etmeyecektir (bkz. CORNELOUP, s. 266-267). Bu nedenle, kanunlar ihtilafı alanında, ilan zorunluluklarına uygulanacak hukuk belirlenirken, konuyu şekil olarak vasıflandırmamak ve şekle uygulanacak hukuka tabi kılmamak gerekir (bkz. CORNELOUP, s. 268).

uygulanması mümkün değildir¹¹⁵². Tescil ya da ilan zorunluluğunun esasa ilişkin olduğu hallerde, *LRA* kuralının uygulanmayacağı konusunda bir tereddüt yoktur. Buna karşılık, tescil ya da ilan zorunluluğu öngören hükümlerin şekil kuralı olarak nitelendirilmeleri gereken haller de mevcuttur. Evliliğin ilanına ilişkin kurallar¹¹⁵³ ve mülkiyeti saklı tutma sözleşmelerinin tescilini öngören hükümler bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

Bir tescil ya da ilan zorunluluğunun şekle ilişkin olarak vasıflandırıldığı hallerde dahi, *LRA* kuralının uygulanmaması gündeme gelebilir. Zira bu aleniyet şekillerinin kamuyu aydınlatma ve üçüncü kişilerin menfaatine hizmet etme fonksiyonu, bu kuralların birer doğrudan uygulanan kural olarak kabulü ihtimalini ortaya çıkarır. Bununla birlikte, kanaatimizce, ilan ve tescil zorunluluklarının kamuyu bilgilendirme amacı, bu kuralların kategorik olarak doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmesini sağlamaz. Her bir kural bakımından, ilgili kuralın amacı, fonksiyonu ve somut olaydaki uyuşmazlığın hangi noktada toplandığı göz önünde bulundurularak ayrı bir değerlendirme yapılması gerekir¹¹⁵⁴.

Devletler, ülkelerinde faaliyette bulunarak önemli sermaye hareketlerine yol açan şirketlerin yaptıkları işlemleri denetleyebilmek ya da toplumsal veya ekonomik anlamda önem taşıyan bazı mallara ilişkin yapılan hukuki işlemleri kontrol edebilmek için, söz konusu işlemlerin resmi bir sicile kaydedilmesi zorunluluğu getirmektedir¹¹⁵⁵. Bu işlemlere örnek olarak, ticaret şirketlerinin kuruluş ve faaliyetleri esnasında yapılan işlemler, taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin işlemler¹¹⁵⁶, fikri ve sınai haklara ilişkin sözleşmeler ve dış ticarete ilişkin bazı düzenlemeler gösterilebilir. Bu işlemler için öngörülen tescil zorunluluğunun, tescilin fonksiyonuna ve işlemin somut olayda tescil zorunluluğunun öngörüldüğü ülke ile olan irtibatına bağlı olarak, doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmesi mümkündür.

¹¹⁵² Bu konuya ilişkin örnekler için bkz. Üçüncü Bölüm/ II/ C/ 2/ a/ bb.

¹¹⁵³ Fransa'da evlilik öncesi ilan zorunluluklarının şekle ilişkin olduğu ve *LRA* kuralının uygulama alanına girdiği savunulmaktadır (bkz. CORNELOUP, s. 276). Bu konuda işlem yeri hukukunun zorunlu olarak uygulanması, konunun şekil olarak vasıflandırılmasının yanı sıra, evliliğin gerçekleştirilmesi bakımından resmi makamların müdahalesinin gerekliliği (*lex auctoris*) ile açıklanmaktadır (bkz. CORNELOUP, s. 276-277). Zira bu konuda yetkili resmi makamın, evlilik öncesi ilan zorunlulukları yerine getirilmeden bu işlemi gerçekleştirilmesi mümkün değildir (bkz. CORNELOUP, s. 277).

¹¹⁵⁴ Fransız doktrininde, ilan zorunluluğunun her zaman doğrudan uygulanan kural teşkil etmeyebileceği savunulmaktadır. Bu görüşe göre, ilan zorunluluğu esasa uygulanacak hukuk ile sıkı irtibatlıdır; bu kuralların genel olarak doğrudan uygulanması, esasa uygulanacak hukukun göz ardı edilmesi sonucu doğurur (bkz. CORNELOUP, s. 254-255). Ayrıca, Fransız hukukunda yer alan tüm ilan zorunluluklarının doğrudan uygulanan kural olarak kabulü, yabancı mahkemelerce verilen kararların Fransa'da tanınmaması riskini doğurur (bkz. CORNELOUP, s. 255).

¹¹⁵⁵ ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Doğrudan Uygulanan Kurallar*, s. 153.

¹¹⁵⁶ Taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin işlemlerin şekli konusunda Türk hukukunda yer alan kuralların doğrudan uygulanan kurallar bakımından değerlendirilmesine ilişkin açıklamalar için bkz. Üçüncü Bölüm/ I/ B/ 1/ b/ cc.

Türk hukukunda, tescil ve ilan zorunluluğunun öngörüldüğü çeşitli şekil kuralları yer almaktadır. Söz konusu kurallardan, devletin dış ticaret politikasının sağlıklı bir şekilde oluşturulması ve yürütülmesi bakımından gümrük, ihracat, kambiyo ve yabancı sermaye konularında öngörülen düzenlemelerde yer alan şekil kurallarının, uygulama alanlarına giren tüm hukuki işlemler bakımından doğrudan uygulanan teşkil ettikleri ifade edilmektedir¹¹⁵⁷.

Türk hukukunda tescil ve ilan zorunluluğunun öngörüldüğü durumların başında Türk Ticaret Kanunu'na tabi ticari işletmelerle ilgili işlemler gelir. Bu işlemler için öngörülen tescil ve ilan zorunluluklarının çoğu esasa ilişkindir. Bununla birlikte, bu kuralların gerek şekil gerek esas olarak vasıflandırıldığı hallerde, tescil ve ilan zorunluluğunun koruduğu menfaatler çerçevesinde, söz konusu kuralların doğrudan uygulanmaları muhtemeldir. Aşağıda, öncelikle, ticaret siciline ilişkin tescil işlemleri ele alınacak ve bunların doğrudan uygulanan kural teşkil edip etmedikleri tespit edilmeye çalışılacaktır. Türk hukukunda, ticaret şirketleri ile ilgili işlemlerin yanı sıra, mülkiyeti saklı tutma sözleşmeleri ile finansal kiralama sözleşmeleri için de tescil zorunluluğu öngörülmektedir. Aleniyet prensibi bakımından, tapu sicili ve ticaret sicili gibi sicillerden farklı olan mülkiyeti saklı tutma ve finansal kiralama sicillerine¹¹⁵⁸ tescili öngören hükümlerin de ayrıca incelenmesi gerekmektedir. Bu çerçevede, ticaret siciline ilişkin tescil işlemlerinin akabinde, mülkiyeti saklı tutma ve finansal kiralama sözleşmeleri için öngörülen tescil hükümleri sırasıyla incelenecektir.

bb. Ticaret Siciline İlişkin Tescil İşlemleri

Aleniyet şekillerinden tescile ilişkin kuralların, MÖHUK m. 6 çerçevesinde, doğrudan uygulanan kural niteliği tartışılırken, karşımıza çıkan hususlardan ilki ticaret siciline yapılan tescil işlemidir. Devletlerin, ülkelerinde faaliyette bulunmak isteyen ticaret şirketlerini etkin bir şekilde kontrol edebilmek için, bu şirketlerin gerek kuruluş gerekse faaliyet aşamasında yapmaları gereken hukuki işlemleri, katı şekil kurallarına bağladıkları görülmektedir. Bu şekil kuralları, genellikle, devletin yetkili makamlarından izin alınmasına ilişkin şartlar ya da

¹¹⁵⁷ ÖZDEMİR KOCASAKAL, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 157-158.

¹¹⁵⁸ Resmi siciller, farklı amaçlara ulaşmak için kurulurlar. Bu amaçlardan biri, sicile konu hususların kamuya duyurulmasıdır (bkz. BİLGE, Mehmet Emin, Ticaret Sicili, İstanbul 1999, s. 7). Kamuyu aydınlatma amacıyla kurulan sicillerin temel özelliği aleni olmalarıdır; diğer bir ifadeyle, bu tür siciller, herkesin ya da en azından ilgililerin incelemelerine açık tutulurlar (bkz. BİLGE, s. 7). Aleniyet prensibinin geçerli olduğu siciller arasında, tescil ile aleniyetin sağlandığı siciller olduğu gibi, tescil ve tescilin ilanı ile aleniyetin sağlandığı siciller de söz konusudur. İlk gruba dahil siciller arasında, tapu sicili ve gemi sicili bulunmaktayken, ikinci gruba dahil siciller arasında ticaret sicili yer almaktadır (bkz. BİLGE, s. 8). Aleniyet prensibinin geçerli olmadığı sicillerde güdülen amaç ise, sicile konu hususlarda ispat kolaylığı sağlanmasıdır (bkz. BİLGE, s. 7). Zira TMK m. 7/1 gereği, resmi siciller, belgeledikleri olguların doğruluğuna kanıt oluşturur. Aleniyet prensibinin geçerli olmadığı sicillere örnek olarak, "mülkiyeti saklı tutma sicili" gösterilebilir (bkz. BİLGE, s. 7).

şirketler için tutulan özel sicillere tescil veya ilan gibi kuralları kapsamaktadır¹¹⁵⁹. Türk hukukunda, TTK'da ticaret şirketlerinin kuruluşu için aranan şekil şartlarına, Türkiye'de Türk hukukuna tabi olarak kurulmak istenen tüm şirketler tarafından uyulması gerektiği; diğer bir ifadeyle, bu şekil kurallarının, Türkiye'de kurulacak tüm şirketlerin kuruluş sözleşmeleri bakımından doğrudan uygulanan kural teşkil ettikleri ifade edilmektedir¹¹⁶⁰. Burada bahsedilen şekil kurallarına örnek olarak, TTK m. 333, 335, 354 hükümlerinde öngörülen anonim şirketin kuruluşu için gerekli izinler¹¹⁶¹ ile şirket esas sözleşmesinin tesciline ilişkin hükümler gösterilebilir.

Ticaret siciline tescili öngören hükümlerin doğrudan uygulanan kural teşkil edip etmedikleri incelenirken, öncelikle TTK kapsamında hangi hususların tescile tabi olduklarının tespiti, akabinde bu hükümlerin amaçlarının irdelenmesi gerekmektedir. Ticaret siciline hangi işlemlerin kaydedilmesi gerektiği genel bir hükümle düzenlenmemiş, çeşitli hükümlerde ayrı ayrı tescil ve ilan zorunluluğundan bahsedilmiştir. Ticaret sicili, esas itibarıyla, ticari işletmelerin sicili olarak düşünüldüğünden, sicile, bu işletmelerle ilgili vakıaların kaydedilmesi öngörülmüştür¹¹⁶². Ticaret siciline tescili öngörülen hususlara örnek olarak, ticari işletmenin devri sözleşmesi (TTK m. 11/ 3), ticaret unvanı ve ticari işletme adı (TTK m. 40/1), şirket birleşmesi (TTK m. 153), şirket bölünmesi (TTK m. 179), tür değiştirme (TTK m. 189/2), acentenin sözleşme yapma yetkisi (TTK m. 107/2), anonim şirketlerde şirket esas sözleşmesi (TTK m. 354/1), tek pay sahipliği (TTK m. 338/2), genel kurul kararlarının iptali kararı (TTK m. 450), şirket esas sözleşmesinin değiştirilmesine ilişkin genel kurul kararı (TTK m. 455), esas sermayenin arttırılması kararı (TTK m. 456/5) gösterilebilir.

Ticaret sicile yapılan kayıtların sadece bir hakkın ya da hukuki bir durumun doğmuş olduğunu bildirmeleri halinde tescilin "bildirici" etkisinden, bir hakkın veya belirli bir hukuki sonucun doğması için sicile tescilin şart olduğu hallerde ise, tescilin "kurucu" etkisinden bahsedilir¹¹⁶³. Ticaret siciline yapılan kayıtlar, kural olarak, bildirici etkiye sahiptir; ancak, kanunda açıkça belirtilmiş olan bazı istisnai hallerde, tescilin kurucu etkisinin olduğu

¹¹⁵⁹ ÖZDEMİR KOCASAKAL, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 153.

¹¹⁶⁰ ÖZDEMİR KOCASAKAL, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 153.

¹¹⁶¹ TTK m. 333 hükmünde yer alan anonim şirketin kuruluşu için Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'ndan izin alınması gerekliliğine ilişkin düzenleme, kanaatimizce de MÖHUK m. 6 çerçevesinde doğrudan uygulanan kural teşkil etmekle birlikte, bu hükmün anonim şirketin kuruluşuna ilişkin bir şekil kuralından ziyade esasa ilişkin bir kural olduğu kanaatindeyiz.

¹¹⁶² ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Yirmi Üçüncü Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 2017, s. 258; ÜLGEN, Hüseyin/ HELVACI, Mehmet/ KENDİGELEN, Abuzer/ KAYA, Arslan/ NOMER ERTAN, Fusun, Ticari İşletme Hukuku, 5. Tıpkı Bası, İstanbul 2015, s. 355, 360.

¹¹⁶³ BİLGE, s. 157; ARKAN, s. 265; ÜLGEN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN, s. 373.

görülmektedir¹¹⁶⁴. Tescilin bildirici etkisine örnek olarak, ticari işletmelerde ticari temsilciye temsil yetkisinin verilmesi ve ticari temsilcinin azlı¹¹⁶⁵, tacir sıfatı, ticaret unvanı ve işletme adı, acentenin sözleşme yapma yetkisi, kollektif şirketlerde ortağın şirketten çıkması veya çıkarılması, limited şirketlerde esas sermaye payının devri sözleşmesi¹¹⁶⁶, anonim şirketlerde tek pay sahipliği bildirimini gösterilebilir. Bu hallerde kayıt sadece bildirici niteliktedir; tescil zorunluluğunun yerine getirilmemesinin, sicil kaydına konu oluşturan işlemin geçerliliği bakımından olumsuz bir etkisi yoktur; tescilin yerine getirilmemesi, tescili gereken hususun iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesine engel olur¹¹⁶⁷. Ticaret siciline yapılacak tescilin, istisnai olarak, kurucu etkiye sahip olduğu durumlara örnek olarak, ticari işletmenin devri (TTK m. 11/ 3), ticaret şirketlerin tüzel kişilik kazanması (TTK m. 232, 317, 355/1), şirketlerin birleşmesi, bölünmesi ve tür değiştirmesi (TTK m. 153/1, 179/4, 189/2), ticari işletme rehni kurulması (6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu m. 8-9) gösterilebilir.

Ticaret sicilinin temel amacı, ticaret hayatına ilişkin olarak toplumun bilgilenme ihtiyacının karşılanmasıdır¹¹⁶⁸. Ticaret sicilinin aleni olmasının bir sonucu olarak, herkes, sicil ve ilanları inceleme, böylelikle, tacirlere ilişkin başka türlü zorlukla elde edilebilecek bilgilere

¹¹⁶⁴ Yargıtay, 3.3.2015 tarihli bir kararında (Y. 10. HD., E. 2015/ 3044, K. 2015/ 3643), ticaret siciline yapılacak tescilin kural olarak bildirici nitelikte olduğunu, istisnai hallerde ise kurucu etkisinin olduğunu vurgulamıştır. Kararda, ticaret unvanı ve işletme adının korunması, ticaret şirketlerinin tüzel kişilik kazanabilmesi, esnaf işletmelerinde ticari mümessil tayini, anonim şirketlerde esas sözleşme değişikliğinin hüküm ifade etmesi ve ticari işletme rehni kurulması için kanunda öngörülen tescil zorunluluğunun kurucu nitelikte olduğu; buna karşılık, ticari mümessilin şirketi temsil yetkisi ile ticari mümessilin azlı durumunun tescilinin bildirici nitelik taşıdığı belirtilmiştir. Bu çerçevede, Yargıtay, temsilcinin azlinin tescil ve ilan edilmesi hususunun iyi niyetli üçüncü kişileri korumaya yönelik olduğu; somut uyuşmazlıkta, ticari mümessilin azlinin tescil edilmemiş olması halinde, bu mümessilin üçüncü kişiyle yapacağı sözleşmenin taciri bağlayacağına hükmetmiştir. Ayrıca bkz. Y. 10. HD., 26.10. 2015, E. 2015/ 12746, K. 2015/ 17645. Kararlar için bkz. www.lexpera.com.tr.

¹¹⁶⁵ Anonim şirketlerde, şirketi temsile yetkili olan yönetim kurulu üyelerinin ticaret siciline tescilinin gerekli olduğu, bununla birlikte, tescil işleminin temsil için geçerlilik şartı olmadığı yönünde bkz. Y. 12. HD., 16.2.2010, E. 2009/ 21282, K. 2010/ 3234 (www.lexpera.com.tr).

¹¹⁶⁶ Yargıtay'ın çeşitli kararlarında, pay devri sözleşmesinin ticaret siciline tescilinin, devrin gerçekleşebilmesi için zorunlu bir şekil şartı olmadığına hükmedilmiştir. Bkz. Y. 21. HD., 15.3.2016, E. 2016/ 2698, K. 2016/ 4390; Y. 21. HD., 27.3.2017, E. 2017/ 850, K. 2017/ 2428; Y. 21. HD., 13.6.2103, E. 2012/ 6390, K. 2013/ 12538; Y. 21. HD., 27.3.2014, E. 2013/ 3660, K. 2014/ 6067. Kararlar için bkz. www.lexpera.com.tr.

¹¹⁶⁷ Yargıtay, 12.11.2014 tarihli bir kararında (Y. 11. HD., E. 2014/ 10380, K. 2014/ 17441), TTK m. 82'ye dayalı olarak zayıf belge talep edilen uyuşmazlıkta, davacının tacir sıfatını haiz olup olmadığı araştırılırken, ticaret siciline kayıtlı olmamanın ilgilinin tacir olmadığı konusunda kesin kanıt oluşturmayacağı sonucuna ulaşmıştır. Aynı yönde bkz. Y. 11. HD., 6.3.2018, E. 2016/ 11515, K. 2018/ 1718. Yargıtay, 18.10.2016 tarihli bir kararında (Y. 11. HD., E. 2016/ 10789, K. 2016/ 8226) ise, HMK m. 17 çerçevesinde yetki sözleşmesinin geçerli olup olmadığı tespiti bakımından davacının tacir olup olmadığı incelenirken, ticaret siciline kayıtlı olmamanın tacir olunmadığı yönünde kesin kanıt oluşturmayacağı vurgulanmıştır. Aynı yönde bkz. Y. 11. HD., 16.10.2017, E. 2017/ 3898, K. 2017/ 5384. Kararlar için bkz. www.lexpera.com.tr.

¹¹⁶⁸ BİLGE, s. 9; POROY, Reha/ YASAMAN, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2017, s. 205.

ulaşma imkanına sahiptir¹¹⁶⁹. Ticaret sicili sisteminde, aleniyeti sağlayan bir diğer unsur, sicil kayıtlarının ilanıdır. TTK m. 35/3 gereği, tescil edilen hususlar, kanunda ya da Ticaret Sicil Yönetmeliği'nde aksine hüküm bulunmadıkça ilan edilecektir. TTK m. 36/1 gereği, ticaret sicili kayıtları, üçüncü kişiler bakımından, tescilin Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi'nde ilan edilmesiyle sonuç doğuracaktır. Aleniyet prensibinin olağan bir sonucu olarak, üçüncü kişilerin, kendilerine karşı sonuç doğurmaya başlayan sicil kayıtlarını bilmediklerine ilişkin iddialarının dinlenmesi mümkün değildir (TTK m. 36/3); diğer bir ifadeyle, herkesin ticaret sicilindeki kayıtları bildiği kabul edilir.

Ticaret sicilinin bahsetmiş olduğumuz aleniyet fonksiyonu sayesinde üçüncü kişilerin dolayısıyla kamunun menfaatlerinin korunması amaçlanmaktadır. TTK m. 36/4 hükmünde, tescili zorunlu olduğu halde tescil edilmemiş veya tescil edilip de ilanı zorunlu iken ilan edilmemiş olguların, ancak bunları bildiği ya da bilmesi gerektiği hallerde üçüncü kişilere karşı ileri sürülebileceği öngörülmüştür. Bu çerçevede, örneğin, ticari temsilcinin azlinin tescil edilmemiş olması halinde, bu temsilcinin azledilmiş olduğu hususu iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyecek, temsilcinin bu kişilerle yapacağı işlemler taciri bağlayacaktır¹¹⁷⁰. Benzer şekilde, limited şirket ortağı ya da müdürü değişikliğinin tescil ve ilan edilmemesi halinde, bu kişilerin şirket adına işlem yapmaları durumunda, değişikliği ilan etmeyen şirket iyi niyetli üçüncü kişilere karşı sorumlu olacaktır¹¹⁷¹. Sonuç olarak, ticaret siciline tescilin üçüncü kişileri, dolayısıyla kamu menfaatini koruma işlevi bulunduğundan, kanaatimizce, Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan tescil hükümleri doğrudan uygulanan olarak kabul edilmelidir.

Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan tescil hükümleri, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığın çözümü için yetkili olan yabancı hukuka bakılmaksızın doğrudan uygulanacaktır. Bununla birlikte, söz konusu hükümlerin tamamının şekil kuralı olmadığını belirtmeliyiz. Öncelikle, yukarıda yer verdiğimiz üzere, bu kuralların çoğunluğu bildirici niteliktedir; tescilin gerçekleşmemesi, tescili gereken hususun geçerliliğini etkilemez, o hususun iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesini engeller. Teknik anlamda bir şekil kuralından bahsedebilmemiz için, ilgili kuralın, bir işlemi kurmayı yönelik iradenin dışı

¹¹⁶⁹ BİLGE, s. 9-10; ARKAN, s. 259; ÜLGEN/ HELVACI/ KENDİGELEN/ KAYA/ NOMER ERTAN, s. 358; POROY/ YASAMAN, s. 211.

¹¹⁷⁰ Bkz. Y. 10. HD., 9.6.2014, E. 2013/ 18438, K. 2014/ 14078; Y. 21. HD., 10.10.2016, E. 2016/ 16697, K. 2016/ 12409. Kararlar için bkz. www.lexpera.com.tr.

¹¹⁷¹ Bkz. Y. 21. HD., 3.12.2015, E. 2015/ 2280, K. 2015/ 21641; Y. 21. HD., 15.3.2016, E. 2016/ 2698, K. 2016/ 4390. Kararlar için bkz. www.lexpera.com.tr.

yansımasına yarayan bir araç teşkil etmesi gerekir¹¹⁷². Halbuki bildirici etkiye sahip tescil hükümleri, işlemin kurulmasını sağlamamakta; zaten kurulmuş olan bir işlemi belgeleyerek üçüncü kişilere duyurulmasına hizmet etmektedir.

Diğer taraftan, kurucu nitelikteki tescil hükümlerinin de tamamının şekil kuralı olduğu söylenemez. Örneğin, bir kolektif şirketin kurulabilmesi için şirket sözleşmesinin noterlikçe onaylı bir suretinin ticaret siciline verilerek şirketin tescili gerekir (TTK m. 215/1); şirket, tescille birlikte tüzel kişilik kazanır (TTK m. 232). Ticaret şirketlerinin tüzel kişilik kazanabilmesi için gereken tescil, şirketin kuruluşu için gerekli olan esasa ilişkin bir unsurdur. Buna karşılık, ticari işletmenin devri sözleşmelerinin geçerli olabilmesi için gereken yazılı şekil ve ticaret siciline tescil şartı (TTK m. 11/3), bu sözleşmelerin kurulmasına yönelik iradeleri dışa yansıtan bir araç teşkil etmesi dolayısıyla, şekil kuralı olarak değerlendirilmelidir¹¹⁷³. Benzer şekilde, anonim şirketin tescilinden itibaren iki yıl içinde şirketin devralınması ya da kiralanmasına ilişkin yapılacak sözleşmelerin geçerli olabilmeleri için ticaret siciline tescil edilmeleri gerektiğini öngören hüküm (TTK m. 356/1) bir şekil kuralı teşkil eder. Bahsetmiş olduğumuz bu hükümler, doğrudan uygulanan kural teşkil etmeleri nedeniyle, MÖHUK m. 7 hükmü dikkate alınmaksızın uygulama alanı bulurlar.

cc. Mülkiyeti Saklı Tutma Sözleşmeleri ve Tescil

Aleniyet şekilleri bakımından önem teşkil eden konulardan bir diğeri, mülkiyeti saklı tutma sözleşmesidir (mülkiyeti muhafaza kaydı). Bu sözleşmenin geçerliliği, Türk hukukunda, özel bir sicile tescil edilmesine bağlanmıştır (TMK m. 764). Mülkiyeti saklı tutma siciline yapılması gereken tescilin, MÖHUK m. 6 çerçevesinde bir doğrudan uygulanan kural teşkil ettiğinin kabulü halinde, yabancı bir ülkede o ülke hukukuna uygun olarak kurulan bir mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin Türkiye'deki sicile tescil edilmeden Türk hukuku bakımından sonuç doğurması mümkün olmayacaktır. Diğer bir ifadeyle, TMK m. 764 hükmünün bir doğrudan uygulanan kural olarak kabulü halinde, MÖHUK m. 7 hükmü devreye girmeksizin mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin Türkiye'de tescili gerekecektir. Ancak, çalışmamız kapsamında hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuku incelediğimizden, öncelikle, TMK m. 764 hükmünün mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin esasına mı yoksa şekline mi ilişkin olduğunun tespiti gerekmektedir.

Tescil zorunluğu öngörmeyen bir ülkede geçerli bir şekilde kurulan mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin, sözleşmeye konu taşınır mal Türkiye'ye getirildiğinde, Türk

¹¹⁷² Teknik anlamda şekil kavramının tanımı için bkz. Birinci Bölüm/ I/ A.

¹¹⁷³ Ticari işletmenin devri için aranan yazılı şekil ve tescil şartının geçerlilik şartı teşkil ettiği yönünde bkz. Y. 8. HD., 21.2.2018, E. 2015/ 17746, K. 2018/ 2555 (www.lexpera.com.tr).

hukukundaki tescil zorunluluğu karşısında, geçerliliğini kaybedip kaybetmeyeceği doktrinde tartışılmaktadır. Söz konusu tescil zorunluluğunun şekle ilişkin bir mesele olarak değerlendirilmesi durumunda, işlem yeri hukukuna uygun olarak kurulan bir sözleşme için Türk hukukunun aradığı tescil zorunluluğu aranmayacak, böylece sözleşme geçerliliğini koruyacaktır. Buna karşılık, konunun esasa ilişkin bir mesele olarak ele alınması durumunda doktrinde tartışıldığı üzere farklı sonuçlara varılabilecektir. Bunun için öncelikle, mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin, sözleşme statüsü mü yoksa ayni hak statüsüne mi tabi olduğu konusunda vasıflandırma yapılması, bu husus belirlendikten sonra, söz konusu tescil zorunluluğunun şekle mi yoksa esasa mı ilişkin olduğunun tespiti gerekmektedir.

“Mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi” kavramı, “sözleşme” ibaresini barındırdığından, ilk bakışta bir borçlar hukuku sözleşmesi izlenimi yaratmakla birlikte, bu bir borçlar hukuku sözleşmesi değildir; mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi, taşınır rehni niteliğindedir¹¹⁷⁴. Mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi, bir satış sözleşmesi dolayısıyla alıcıya teslim edilen mal üzerinde, bir şartın gerçekleşmesine kadar satıcının mülkiyet hakkının devam etmesi konusunda tarafların anlaşmasıdır¹¹⁷⁵. Şart gerçekleşinceye kadar, alıcı, emin sıfatıyla zilyet durumundadır; şart gerçekleşince alıcı mülkiyeti kazanır¹¹⁷⁶. Doktrinde, mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin, işlevi itibariyle taşınır rehni niteliğinde olmasından dolayı, ayni hak statüsüne tabi olması gerektiği kabul edilmektedir¹¹⁷⁷. Buna göre, mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi

¹¹⁷⁴ ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 243; ESEN, Emre, “Yabancılaşma Unsuru Taşıyan Mülkiyeti Saklı Tutma Sözleşmesi Hakkında Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, İÜHF, Yıl: 2007, Cilt: LXV, Sayı: 2, s. 390-391; ACUN MEKENGECİ, s. 211. Mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin teslimsiz bir taşınır rehni olduğuna ilişkin olarak bkz. SEROZAN, Rona, “Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması ve Teminat Temlik (Pratik Gereksinimlere Uygun Biçimde Uygulanamayan İki İlginç Ayni Teminat)”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, 2. Tıpkı Bası, İstanbul 2001, s. 989.

Doktrindeki bir görüş ise, mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin rehin hakkına benzer bir işlev gördüğünü; bununla birlikte, rehin hakkının mülkiyeti saklı tutma kaydıyla aynı sonuçları doğurmayacağını savunmaktadır (bkz. AYANOĞLU MORALI, Ahu, “Mülkiyeti Saklı Tutma Kaydının Anlamı ve Teminat Fonksiyonu”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 1, 2004/1, s. 422-423). Bu çerçevede, taşınır rehni ile mülkiyeti saklı tutma kaydı arasındaki farklar için bkz. AYANOĞLU MORALI, s. 422-423; TEKELİOĞLU, Numan, “Mülkiyeti Saklı Tutma Kaydıyla Satış Sözleşmesi”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 137, Ocak 2018, s. 94.

¹¹⁷⁵ OĞUZMAN/ SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, s. 751; TEKELİOĞLU, s. 93; NOMER/ ERGÜNE, s. 284; SİRMEN, Eşya Hukuku, s. 499. Mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi, zilyetliği devredilen taşınır bir mal üzerinde, kararlaştırılan bir şartın gerçekleşmesine kadar devreden mülkiyet hakkını teminat amacıyla devam edeceği konusunda tarafların anlaşması şeklinde de tanımlanmaktadır (bkz. AYANOĞLU MORALI, s. 410).

¹¹⁷⁶ OĞUZMAN/ SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, s. 753; NOMER/ ERGÜNE, s. 288; AYANOĞLU MORALI, s. 418-419.

¹¹⁷⁷ ULUOCAK, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 168; NOMER, s. 307-308; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 243; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 349; ÇELİKEL, Menkul Eşya, s. 71 vd; ESEN, Mülkiyeti Saklı Tutma Sözleşmesi, s. 390-391; ACUN MEKENGECİ, s. 211.

bakımından MÖHUK m.21/1 gereği, sözleşme kurulduğu esnada sözleşmeye konu taşınır malın bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır.

Türk hukukunda, mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin geçerliliği, Türk Medeni Kanunu m. 764 gereği, resmi şekilde yapılmasına ve devralanın yerleşim yeri noterliğindeki özel sicile kaydedilmesine bağlanmıştır. Söz konusu hükümde öngörülen tescil zorunluluğu, bazı hukuk sistemlerinde yer almamaktadır. Tescil zorunluluğunun söz konusu olmadığı bir ülkede geçerli bir şekilde kurulan mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin, sözleşme konusu taşınır mal Türkiye'ye getirildiğinde hükmünü kaybedip kaybetmeyeceği hususu, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 13.04.2004 tarihli bir kararına¹¹⁷⁸ konu olmuş, daha sonra doktrinde tartışılmıştır. Konuya ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bu görüşlerden ilki uyarınca, Avusturya hukukuna göre sözlü ya da yazılı şekle tabi olarak geçerli bir şekilde tesis edilen "mülkiyeti muhafaza kaydı", eşya Türkiye'ye getirildiğinde hükmünü kaybedecektir; zira Türk hukukunda bu kaydın geçerliliği TMK m. 764 gereği söz konusu kaydın sicile tescil edilmesine bağlanmıştır¹¹⁷⁹. Bu görüş ile benzer bir sonuca ulaşan diğer bir görüş, bir ülkede usulüne uygun şekilde kurulan bir mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin diğer ülkelerde de geçerli olacağını; bununla birlikte, bu sözleşmenin yabancı bir ülkede ileri sürülebilmesi için bu yabancı hukuka uygun olması gerektiğini, aksi halde kurulduğu ülke hukukuna göre geçerli olmasının hukuken bir sonuç doğurmayacağını ifade etmektedir¹¹⁸⁰.

Doktrindeki bir diğer görüş ise, bir ülkede usulüne uygun olarak kurulan bir mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin, diğer ülkelerde de geçerliliğini koruması gerektiğini, zira hakkın geçerliliğinin işlem anında malın bulunduğu yer hukukuna tabi olduğunu savunmaktadır¹¹⁸¹. Bu görüşe göre, TMK m. 764 hükmünde öngörülen tescil zorunluluğu Türk hukukuna tabi olan taşınırlar hakkındaki mülkiyeti saklı tutma sözleşmeleri bakımından geçerli olacaktır; söz

¹¹⁷⁸ Kararda, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, dava konusu teknenin gemi siciline kayıtlı olmaması nedeniyle taşınır nitelikte olduğuna, milletlerarası eşya hukukunda eşyanın bulunduğu yer hukukunun uygulanacağı ilkesinin hakim olmasından hareketle davacı D bankası ile borçlu arasında yapılan mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin Avusturya hukukuna tabi olduğuna, ancak bir eşyanın bir hukuk alanından diğer bir hukuk alanına geçmesi halinde kendiliğinden yeni hukuk alanına tabi olacağına ve fakat önceki hukuk alanında tesis edilmiş aynı hakların prensip olarak korunacağına, istisnai olarak, önceki hukuk alanının eşya hukuku hükümleri ile sonraki hukuk alanının eşya hukuku hükümlerinin birbirine uymaması durumunda, yeni statünün uygulanacağına, sonuç olarak olayda da bu istisnai durumun gerçekleştiğine hükmetmiştir (bkz. ESEN, Mülkiyeti Saklı Tutma Sözleşmesi, s. 389). Yargıtay'a göre, TMK m. 764 hükmünde mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin geçerliliği için öngörülen tescil şartı, olayda, mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi Avusturya hukukuna göre yapılmış olduğundan gerçekleşmemiştir ve sözleşme bu nedenle geçersizdir (bkz. ESEN, Mülkiyeti Saklı Tutma Sözleşmesi, s. 389).

¹¹⁷⁹ NOMER, s. 307-308.

¹¹⁸⁰ ACUN MEKENGECİ, s. 212.

¹¹⁸¹ ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİĞANMEŞE, s. 243-244; ÇELİKEL, Menkul Eşya, s. 72; ESEN, Mülkiyeti Saklı Tutma Sözleşmesi, s. 394-395.

konusu Yargıtay kararına konu olayda, mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi akdedildiği esnada sözleşmeye konu tekne Avusturya’da bulunduğundan, mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin geçerliliği Avusturya hukukuna tabi olacaktır ve bu sözleşmeye Türkiye’de istinat edilmesi, Türk hukukundaki tescil zorunluluğuna uyulmadığı gerekçesiyle engellenmemelidir¹¹⁸².

Yukarıda yer verdiğimiz görüşler, TMK m. 764 hükmündeki tescil zorunluluğunu, esasa ilişkin bir mesele olarak ele almaktadır. Buna bağlı olarak, aynı hak statüsü kapsamında eski statünün mü yoksa eşyanın tabi olduğu yeni statünün mü uygulanması gerektiği tartışılmaktadır. Kanaatimizce, bu sözleşmenin noterde resmi şekilde yapılmasını¹¹⁸³ ve sözleşmenin devralanın yani alıcının yerleşim yerindeki noter huzurunda tutulan özel sicile tescilini öngören TMK m. 764 hükmü, bir şekil kuralı teşkil etmektedir¹¹⁸⁴. Söz konusu kuralın, Türk maddi hukukunda alacağın devrinin geçerliliği için öngörülen adi yazılı şekil şartından (TBK m. 184/1) ya da kefalet sözleşmelerinin geçerliliği için öngörülen nitelikli yazılı şekil şartından (TBK m. 583) nitelik itibarıyla bir farkı bulunmamaktadır. Söz konusu hükümlerin her biri, Türk maddi hukukunda, birer şekil şartı olarak düzenlenmektedir.

TMK m. 764 hükmünde öngörülen tescil zorunluluğu bir geçerlilik şekli teşkil eder ve sicile tescil gerçekleşmezse mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi geçerli olmaz¹¹⁸⁵. Söz konusu tescil zorunluluğu bir şekil meselesi olarak vasıflandırıldığında, doktrindeki söz konusu tartışmaya gerek olmaksızın, MÖHUK m. 7 uyarınca, *LRA* kuralı gereği, işlemin yapıldığı yer hukukuna göre geçerli olarak kurulan bir mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi, malın yeni bulunma yerinde de geçerliliğini koruyacak ve malın yeni bulunma yeri hukuku bu sözleşmenin geçerliliği için tescil zorunluluğu öngörse dahi, tescile gerek olmaksızın sözleşme hüküm ifade etmeye devam edecektir. Bununla beraber, mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin geçerliliği bakımından Türk hukukunda öngörülen tescil zorunluluğu (TMK m. 764), MÖHUK m. 6 çerçevesinde “doğrudan uygulanan kural” olarak kabul edilirse, şekil bakımından yetkili olan hukuklar uygulama alanı bulmaksızın, doğrudan Türk hukukundaki şekil kuralı esas alınacak ve alıcının yerleşim yeri noterliğinde tutulan özel sicile tescil işlemi gerçekleşmediği sürece mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi hüküm ifade etmeyecektir.

¹¹⁸² ESEN, Mülkiyeti Saklı Tutma Sözleşmesi, s. 394.

¹¹⁸³ Mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin geçerliliği, bu sözleşmenin noterde re’sen düzenleme şeklinde yapılmasına bağlıdır; noter tarafından yapılacak bir tasdik işlemi TMK m. 764 hükmünde öngörülen şekil şartını gerçekleştirmeye yetmeyecektir (bkz. AYANOĞLU MORALI, s. 416; TEKELİOĞLU, s. 93).

¹¹⁸⁴ Mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin geçerliliği için öngörülen tescil zorunluluğuna ilişkin hükmün bir şekil kuralı olduğu yönünde ayrıca bkz. ERDENER, Locus Regit Actum, s. 21.

¹¹⁸⁵ NOMER/ ERGÜNE, s. 285; SİRMEN, Eşya Hukuku, s. 500; TEKELİOĞLU, s. 93.

Türk hukukunda, mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin geçerliliği için tescil zorunluluğu öngörülmesi (TMK m. 764), tescilin genel olarak sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişileri de koruma amacı göz önünde bulundurulduğunda, bu zorunluluğun yabancı unsurlu mülkiyeti saklı tutma sözleşmeleri bakımından da doğrudan uygulanıp uygulanmayacağı sorusunu gündeme getirmektedir. Tescil zorunluluğunu öngören hükmün, satıcıyı müşterisine karşı korumak amacını taşımasından dolayı, esasına Türk hukukunun uygulandığı tüm mülkiyeti saklı tutma sözleşmeleri bakımından uygulanması gerektiği doktrinde ifade edilmektedir¹¹⁸⁶. Bu görüşe göre, mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin esasına Türk hukukunun uygulandığı durumlarda, söz konusu sözleşmenin TMK m. 764 hükmünde öngörülen şekilde yapılması ve tescili gerekecektir. O halde, yurt dışında yapılan böyle bir sözleşme, yapıldığı yer hukukunun şekil şartlarına uygun olsa dahi, söz konusu hükümde öngörülen tescil yükümlülüğü yerine getirilmedikçe, sözleşme geçerli sayılmayacaktır¹¹⁸⁷.

TMK m. 764 hükmünde öngörülen tescil şartının doğrudan uygulanan kural teşkil edip etmediği incelenirken, kanaatimizce, mülkiyeti saklı tutma sicilinin fonksiyonu çerçevesinde bir değerlendirme yapılmalıdır. Türk hukukunda mülkiyeti saklı tutma siciline yapılacak olan tescilin, bu sözleşmenin geçerliliği için kurucu nitelikte olduğu ve tescil gerçekleşmedikçe hüküm ifade etmeyeceği kabul edilmektedir¹¹⁸⁸. Buna bağlı olarak, satıcı, tescil gerçekleşmediği müddetçe, saklı tutulmuş olan mülkiyet hakkını, alıcının cebri icra yoluyla takipte bulunan alacaklılarına yani üçüncü kişilere karşı ileri süremez¹¹⁸⁹. Mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin teminat fonksiyonunun¹¹⁹⁰ yerine getirilmesinde, kamuya açıklığı, teslim yerine tescil sağlar; tescil sayesinde, satıcı, mülkiyeti saklı tuttuğu malı, alıcının alacaklılarının takibinden istihkak iddiası ile kurtarabilir¹¹⁹¹. Diğer bir ifadeyle, kamuya

¹¹⁸⁶ ÖZDEMİR KOCASAKAL, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 159-160, dn. 311.

¹¹⁸⁷ ÖZDEMİR KOCASAKAL, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 160, dn. 311.

¹¹⁸⁸ OĞUZMAN/ SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, s. 752; NOMER/ ERGÜNE, s. 285; SİRMEN, Eşya Hukuku, s. 500; TEKELİOĞLU, s. 93; AYANOĞLU MORALI, s. 417. Ancak, doktrindeki bir görüş, sicile tescil edilmemiş bir mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceğini; buna karşılık, bu sözleşmenin taraflar arasında hüküm ifade etmesi gerektiğini savunmaktadır (bkz. SEROZAN, Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması, s. 998). Yargıtay'ın çeşitli kararlarında, mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin noterce tutulan özel sicile kaydedilmemiş olması halinde geçerli olmayacağı; bu durumda, sözleşmenin satış sözleşmesi olarak hüküm doğuracağı vurgulanmıştır. Bkz. Y. 21. HD., 28.9.2006, E. 2006/ 2257, K. 2006/ 9215; Y. 17. HD., 20.1.2015, E. 2013/ 14166, K. 2015/ 597; Y. 8. HD., 31.3.2016, E. 2014/ 12981, K. 2016/ 5897. Kararlar için bkz. www.lexpera.com.tr.

¹¹⁸⁹ SEROZAN, Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması, s. 998.

¹¹⁹⁰ Mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi, satıcının semen alacağı için teminat niteliği taşımaktadır (bkz. AYANOĞLU MORALI, s. 415). Alıcının semen borcunu vadesinde ifa etmemesi halinde, satıcı, kendisinde saklı tuttuğu mülkiyet hakkına dayanarak zilyetliğini devrettiği malın kendisine iadesini talep edebilir.

¹¹⁹¹ SEROZAN, Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması, s. 993-994.

açıklığı sağlayan tescil ile birlikte, satıcının muhafaza ettiği mülkiyet hakkı, üçüncü kişilere karşı da korunmuş olur.

Mülkiyeti saklı tutma sicili, olumsuz gücüne karşılık, tapu sicilinin olumlu gücüne sahip değildir. Buna göre, sicilin iyi niyetle aynı hak kazandırıcı bir etkisi yoktur¹¹⁹². Diğer bir ifadeyle, tapu sicilinden farklı olarak, noterlikteki tescile güvenerek iyi niyetli aynı hak kazanımları korunmaz. Diğer taraftan, mülkiyeti saklı tutma sicilinin, tapu sicili ya da ticaret sicili gibi, üçüncü kişilerin iyi niyet iddialarını ortadan kaldıracı bir etkisi (olumlu kamuya açıklık işlevi) de bulunmaz; yani, mülkiyeti saklı tutma sicilinin herkes tarafından bilindiği varsayılmaz¹¹⁹³. Buna göre, alıcı, mülkiyeti saklı tutulmuş malı, böyle bir şartın varlığından haberi olmayan iyi niyetli üçüncü bir kişiye devredecek olursa, bu kişi malik sıfatını kazanır. Zira mülkiyeti muhafaza kaydıyla satış sözleşmesinde alıcı, emin sıfatıyla zilyet konumundadır ve bir taşınırın emin sıfatıyla zilyedinden o taşınır üzerinde aynı hak iktisap eden iyi niyetli üçüncü kişinin edinimi, TMK m. 988 çerçevesinde korunacaktır. O halde, doktrinde de ifade edildiği üzere¹¹⁹⁴, mülkiyeti muhafaza sicilinin aleniyeti sağlama fonksiyonundan ziyade ispat kolaylığı sağlama fonksiyonu ön plandadır.

Mülkiyeti saklı tutma sicilinin işlevi, mülkiyeti saklı tutma kaydının alıcının cebri icra yoluyla takipte bulunan alacaklılarına karşı ileri sürülebilmesini sağlamaktır¹¹⁹⁵. Sicile tescil edilmemiş olan bir mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi, üçüncü kişilere yani alıcının alacaklılarına karşı ileri sürülemeyecektir; bununla birlikte, Türk hukukundaki tescil zorunluluğunun yerine getirilmemiş olması dolayısıyla böyle bir sözleşmenin satıcı ile alıcı arasında bile etkisiz ve geçersiz olacağını söylemek kanaatimizce doğru değildir. Bu sözleşme, tescil edilmemiş olsa dahi, yapıldığı yer hukukunun şekil kurallarına uygun olması şartıyla taraflar arasında hüküm ifade edecektir. Zira yukarıda vurguladığımız üzere, tescilin işlevi, tarafları sözleşme akdetme esnasında düşünmeye sevk etmek suretiyle onları korumak değil, alıcının alacaklılarına karşı ispat kolaylığı sağlamaktır. Bu çerçevede, tescil şartı öngören hükmün, taraflar arasındaki mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin geçerliliğini

¹¹⁹² SEROZAN, Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması, s. 999; NOMER/ ERGÜNE, s. 286; AYANOĞLU MORALI, s. 417; TEKELİOĞLU, s. 93.

¹¹⁹³ OĞUZMAN/ SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, s. 752-753; SEROZAN, Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması, s. 999; NOMER/ ERGÜNE, s. 286; SİRMEN, Eşya Hukuku, s. 500; AYANOĞLU MORALI, s. 417; TEKELİOĞLU, s. 93.

¹¹⁹⁴ BİLGE, s. 7.

¹¹⁹⁵ Yargıtay'ın 14.12.2015 tarihli bir kararında (Y. 8. HD., E. 2015/ 17755, K. 2015/ 22445), taraflar arasındaki mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin geçerli olduğu, bedel henüz tahsil edilmemiş olduğundan sözleşmeye konu aracın mülkiyetinin satıcıya ait olduğu, bu nedenle, aracın, alıcının borçları dolayısıyla haczedilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca bkz. Y. 8. HD., 21.3.2017, E. 2015/ 5071, K. 2017/ 4025. Kararlar için bkz. www.lexpera.com.tr.

etkileyecek bir doğrudan uygulanan kural olduğunu söylemek kanaatimizce mümkün değildir. O halde, *LRA* kuralı uyarınca geçerli olarak kurulmuş ancak Türkiye’de tescil edilmemiş bir mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin, Türk hukuku bakımından da geçerli kabul edilerek taraflar arasında hüküm doğuracağına kabulü gerekir. Bununla birlikte, bu sözleşmenin Türkiye’de tutulan sicile tescil edilmedikçe alıcının alacaklılarına karşı ileri sürülemediği, dolayısıyla, tescil şartının, mülkiyeti saklı tutma kaydının üçüncü kişilere karşı etkisi bakımından doğrudan uygulanan kural teşkil ettiği kanaatindeyiz.

dd. Finansal Kiralama Sözleşmeleri ve Tescil

Aleniyet şekilleri çerçevesinde incelenmesi gereken bir diğer şekil kuralı, devletin ekonomik yapılanmasının gerektirdiği kurallar arasında yer alan, 6361 sayılı Finansal Kiralama Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu¹¹⁹⁶ (FFFK) m. 22 hükmüdür. Söz konusu hüküm gereği, finansal kiralama sözleşmesinin, yazılı şekilde yapılması; taşınmaz mallara ilişkin sözleşmelerin taşınmazın bulunduğu tapu kütüğünün şerhler hanesine, kendilerine mahsus özel sicili¹¹⁹⁷ bulunan taşınır mallara dair sözleşmelerin bu malların kayıtlı oldukları sicile tescil ve şerh olunması gerekmektedir¹¹⁹⁸.

Finansal Kiralama Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu’nda, yurt dışından yapılacak olan finansal kiralama tescili hususu ayrıca düzenlenmiştir. FFFK m. 21 gereği, yurt dışından yapılacak olan finansal kiralama sözleşmeleri, Finansal Kiralama Şirketleri Birliği tarafından tescil edilecek ve bu sözleşmelere ilişkin usul ve esaslar Kurul’un görüşü alınmak suretiyle Birlik tarafından belirlenecektir. Yurt dışından yapılacak finansal kiralama işlemlerine ait finansal kiralama sözleşmelerinin tesciline ilişkin usul ve esaslar, “Türkiye Dışında Yerleşik Kişilerin Türkiye’de Yerleşik Kişilere Yapacakları Finansal Kiralama İşlemlerine Ait Finansal Kiralama Sözleşmelerinin Tesciline İlişkin Genelge”¹¹⁹⁹ ile belirlenmiştir. Tescil için aranan şartlara, Genelge’nin 4. maddesinde yer verilmiştir¹²⁰⁰.

¹¹⁹⁶ RG., 13.12.2012, S. 28496.

¹¹⁹⁷ Kendilerine mahsus özel sicili bulunan taşınır mallara örnek olarak, motorlu taşıtlar gösterilebilir. Finansal kiralama sözleşmesinin konusunu bir motorlu taşıtın oluşturduğu hallerde, tescilin trafik siciline yapılması gerekecektir (bkz. ÖZBİLEN, s. 321).

¹¹⁹⁸ Söz konusu hükümde, finansal kiralama sözleşmesinin yazılı olarak düzenlenmedikçe geçerli olmayacağına ilişkin bir hüküm bulunmamakla birlikte, TBK m. 12/2 hükmü çerçevesinde, burada öngörülen yazılı şekil şartının bir geçerlilik şekli olduğu belirtilmektedir (bkz. ÖZBİLEN, s. 318).

¹¹⁹⁹ Bkz. <https://www.fkb.org.tr/Sites/1/upload/files/Cross-Border-Genelgesi-258.pdf>.

¹²⁰⁰ Genelge m. 4/c hükmünde, finansal kiralama sözleşmesinin Kanun’a aykırı hükümler içermemesi gerektiği öngörülmüştür. Buna göre, finansal kiralama sözleşmesinin esasına uygulanacak hukuk yabancı bir hukuk olsa dahi, FFFK hükümlerine aykırı olmaması gerekmektedir; aksi halde, tescil işleminin gerçekleşmesi mümkün değildir. Söz konusu hükmün, yurt dışından yapılacak finansal kiralama sözleşmesine uygulanacak hukukun yabancı bir hukuk olması halinde, sözleşme hükümlerinin FFFK’nın emredici hükümlerine aykırı

FFFK m. 22 hükmünde, finansal kiralama sözleşmelerinin yazılı olarak yapılmaları yeterli görülmüşken, yurt dışından yapılan finansal kiralama sözleşmelerinin tescil edilebilmeleri için "noterde düzenleme veya onaylama" şeklinde yapılmaları gerektiği düzenlenmiştir (Genelge m. 4/a, EK-1).

FFFK m. 22 hükmünde yer alan şerh ve tescil zorunluluğu, 6361 sayılı Finansal Kiralama Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'ndan önce yürürlükte bulunan 3226 sayılı mülga Finansal Kiralama Kanunu'nun 8. maddesinde de yer almaktaydı. Söz konusu hükümde yer alan şerh ve tescil zorunluluğunun, finansal kiralama sözleşmesinin şekli geçerliliği üzerinde bir etkisi olup olmadığı doktrinde tartışılmıştır. Doktrindeki bir görüş, şerh ve tescil zorunluluğunun yerine getirilmemesi halinde finansal kiralama sözleşmesinin şekle aykırılık nedeniyle geçersiz sayılması gerektiğini savunmuştur¹²⁰¹. Bu görüşe göre, söz konusu kural, ekonomik bakımdan büyük değer hareketlerine neden olan finansal kiralama sisteminin düzenli bir şekilde işleyişinin sağlanması ve devletin finansal kiralama şirketlerini denetleyebilmesi amacıyla düzenlenmiştir ve düzenlenme amacının gerçekleşmesi için bu şekil kuralının bir geçerlilik şartı olarak kabul edilmesi gerekmektedir¹²⁰².

Doktrindeki bir diğer görüş ise, söz konusu hükümde öngörülen tescil ve şerh zorunluluklarının, sadece üçüncü şahısların iyi niyet iddialarını önleme amacına yönelik olduğunu; bunların sözleşmenin kurucu unsuru teşkil etmediklerini ileri sürmüştür¹²⁰³. Mülga Finansal Kiralama Kanunu'nda öngörülen şerh ve tescil zorunluluğunun FFFK'da da yer alması nedeniyle, söz konusu tartışmanın yeni kanun döneminde de devam edeceği ifade edilmektedir¹²⁰⁴. FFFK m. 22/5 hükmünde yer alan "tescil veya şerhten sonra üçüncü kişilerin finansal kiralama konusu mal üzerindeki aynı hak iktisaplarının kiralayana karşı ileri sürülemeyeceğine" ilişkin düzenlemeden hareketle, FFFK m. 22 hükmündeki tescil ve şerhin,

olmaması gerektiği şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir (bkz. ACUN MEKENGECİ, Finansal Kiralama Sözleşmesi, s. 63).

¹²⁰¹ ÖZDEMİR KOCASAKAL, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 154-155.

¹²⁰² ÖZDEMİR KOCASAKAL, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 154-155.

¹²⁰³ ALTOP, Atilla, Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara 1990, s. 95-96, 99; KUNTALP, Erden, Finansal Kiralama Kanunu'na Göre Finansal Kiralama (Leasing) Tanımı ve Hükümleri, Ankara 1988, s. 58, 62. Bu görüş, üçüncü kişilerin iyi niyetlerini ortadan kaldırma amacının da tam olarak elde edilemediğini ifade etmektedir. Örneğin, taşınırlar bakımından öngörülen alıcının yerleşim yerindeki sicile tescil şartında, özellikle noter sayısının çok fazla olduğu büyük şehirlerde, üçüncü şahısların tüm noterlerdeki sicilleri incelemesi mümkün değildir (bkz. ALTOP, Leasing, s. 96-97; KUNTALP, Leasing, s. 58, 62). Bu görüşe göre, taşınmazlara ilişkin sözleşmeler için öngörülen tapu siciline şerh de iyi niyet iddiasını önleme bakımından gereksizdir; zira tapu sicilinde malik olarak kiralayana kayıtlı olduğu için, üçüncü şahısların zaten kiracıdan geçerli olarak aynı hak itisap etmeleri mümkün olmayacak, kaydın kiralayana adına olması üçüncü şahısların iyi niyet iddiasını önleyecektir (bkz. ALTOP, Leasing, s. 96, 99; KUNTALP, Leasing, s. 58, 62).

¹²⁰⁴ ÖZBİLEN, s. 323; ACUN MEKENGECİ, Finansal Kiralama Sözleşmesi, s. 60, dn. 103.

finansal kiralama sözleşmesinin şekli geçerliliği üzerinde bir etkisi olmadığı savunulmaktadır¹²⁰⁵.

Türk hukukunda, finansal kiralama sözleşmelerinin şeklini düzenleyen FFFK m. 22 hükmünün (mülga FKK m. 8), öncelikle aleniyet şekillerinden olan tescil zorunluluğunu öngörmesi ve ülkedeki ekonomik faaliyetler arasında önemli bir yeri haiz olan finansal kiralama sisteminin işlerliğine hizmet etmesi nedeniyle, yabancı unsurlu finansal kiralama sözleşmelerinin şekli bakımından doğrudan uygulanan teşkil edip etmediği sorusunun cevaplandırılması gerekmektedir.

Doktrindeki bir görüşe¹²⁰⁶ göre, söz konusu şekil kuralı, ekonomik bakımdan büyük değer hareketlerine neden olan finansal kiralama sisteminin düzenli bir şekilde işleyişinin sağlanması ve devletin finansal kiralama şirketlerini denetleyebilmesi amacıyla düzenlenmiştir; buna bağlı olarak, bu kural, Finansal Kiralama Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'na (mülga Finansal Kiralama Kanunu) göre faaliyet gösteren finansal kiralama şirketleri tarafından yapılan ve Türkiye'de ikamet eden bir kişinin kiracı konumda olduğu veya Türkiye'de bulunan bir taşınmazın veya Türk gemi siciline kayıtlı bir geminin konusunu oluşturduğu finansal kiralama sözleşmelerinin şekli geçerliliği bakımından, doğrudan uygulanan kural teşkil eder ve MÖHUK m. 7'deki alternatif nitelikli kuralın uygulanmasını engeller¹²⁰⁷. Bu görüşe benzer bir görüş¹²⁰⁸, FFFK m. 22 hükmünde öngörülen tescil ve şerh zorunluluğuna ilişkin kuralın, devletin finansal kiralama şirketlerini denetleyebilmesi ve finansal kiralama sisteminin işlerliğinin sağlanması amacıyla düzenlendiğinin kabulü halinde, söz konusu hükümdeki şekil şartlarının doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmeleri gerektiğini savunmaktadır.

Finansal Kiralama Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu m. 22/1 hükmünde öngörülen tescil ve şerh zorunluluğunun, finansal kiralama sözleşmesinin geçerliliği için

¹²⁰⁵ ÖZBİLEN, s. 323. Yargıtay'ın 27.6.2003 tarihli bir kararında (Y. 19. HD., 27.6.2003, E. 2002/ 2957, K. 2003/6938; karar için bkz. www.kazanci.com), bu görüşe paralel olarak, finansal kiralama sözleşmesinin sicile işlenmesinin üçüncü kişilerin iyi niyet iddialarını ortadan kaldıracı bir fonksiyona sahip olduğu; bu nedenle, özel sicile kaydedilme zorunluluğunun finansal kiralama sözleşmelerinin geçerlilik şartı olmadığı, sözleşmenin, tescil gerçekleşme dahi geçerli olacağı ve tarafları bağlayacağı sonucuna ulaşılmıştır.

¹²⁰⁶ ÖZDEMİR KOCASAKAL, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 154-155.

¹²⁰⁷ ÖZDEMİR KOCASAKAL, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 155. 6361 sayılı Finansal Kiralama Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'ndan önce yürürlükte olan 3226 sayılı mülga Finansal Kiralama Kanunu m. 8 hükmünde, finansal kiralama sözleşmesinin noter tarafından re'sen düzenleme şeklinde yapılması gerektiği öngörülmekteydi. Finansal kiralama sözleşmelerinin şekli için kanunda öngörülen düzenlemenin bir doğrudan uygulanan kural teşkil ettiğine ilişkin yer verdiğimiz bu görüş, mülga kanun dönemindeki düzenlemeye ilişkindir.

¹²⁰⁸ ACUN MEKENGEÇ, Finansal Kiralama Sözleşmesi, s. 164-165.

gereken bir şekil şartı olmadığına ilişkin görüşe¹²⁰⁹ katılmaktayız. Zira "sözleşmenin şekli ve tescili" başlıklı söz konusu hükümde, sözleşmenin yazılı şekilde yapılacağı belirtildikten sonra, tescil ve şerh zorunluluğu düzenlenmiş; buna karşılık, bu zorunluluğa uyulmadığı takdirde sözleşmenin kurulmayacağına ilişkin bir ibareye yer verilmemiştir. Ayrıca, FFFK m. 22/5 hükmünde, tescil ve şerhin etkisi açıkça düzenlenerek, tescil veya şerhten sonra, 3. kişilerin finansal kiralama konusu mal üzerindeki aynı hak iktisaplarının kiralayana karşı ileri sürülemeyeceği belirtilmiştir. Bu durumda, tescil edilmemiş bir finansal kiralama sözleşmesi taraflar arasında hüküm doğuracak, ancak üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyecektir.

Bir taşınmazı konu edinen finansal kiralama sözleşmesinin tapuda şerh olunmaması, kiracının, finansal kiralama sözleşmesinden doğan haklarını sözleşme konusu taşınmaz mal üzerinde iyi niyetle aynı hak iktisap eden üçüncü kişilere karşı ileri sürmesine engel olurken, özel sicile tescilin yapılmaması, sözleşme konusu taşınır mal üzerinde iyi niyetle aynı hak kazanan üçüncü kişilerin bu kazanımlarının korunmasına neden olacaktır¹²¹⁰. Söz konusu tescil hükmünün taraflar arasındaki sözleşmenin şekli geçerliliği üzerinde bir etkisinin bulunmaması nedeniyle, tescil şartının, taraflar arasındaki hukuki ilişki çerçevesinde tarafları korumaya yönelik bir kural olmadığı, sadece tarafların bu sözleşmeden doğan haklarını üçüncü kişilere karşı ileri sürbilmeleri imkanını sağladığı sonucuna ulaşılır.

Tescil şartının asıl işlevi, tarafların finansal kiralama sözleşmesinden doğan haklarını üçüncü kişilere karşı ileri sürbilmelerine olanak sağlamak olduğu için, bu kuralın yabancı unsurlu bir finansal kiralama sözleşmesinin şekli geçerliliği inceleme konusu olduğunda, MÖHUK m. 7 hükmünün uygulanmasını bertaraf edecek bir doğrudan uygulanan kural olduğunu söylemek kanaatimizce mümkün değildir. O halde, yabancı unsurlu bir finansal kiralama sözleşmesi, Türkiye'de özel sicile tescil edilmemiş ya da tapu kütüğüne şerh olunmamış olsa dahi, MÖHUK m. 7 hükmünde öngörülen hukuklardan birinin öngördüğü şekilde yapılmışsa, geçerli olacak ve taraflar arasında hüküm doğuracaktır¹²¹¹. Bununla birlikte, tescilin kamu menfaatine hizmet eden işlevi dolayısıyla, üçüncü kişilere etki bakımından bir doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Buna göre, bu sözleşmenin üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi için, taşınırları konu

¹²⁰⁹ Bkz. ÖZBİLEN, s. 323.

¹²¹⁰ ÖZBİLEN, s. 324.

¹²¹¹ Doktrindeki bir görüş, finansal kiralama sözleşmesinin taşınmazı konu edindiği ve sözleşmenin sonunda kiracıya sözleşme konusu taşınmazı satın alma hakkının tanındığı hallerde, bu sözleşmenin, taşınmaz üzerindeki bir aynı hakka ilişkin bir hukuki işlem niteliğinde olmasından dolayı, şekil bakımından MÖHUK m. 21/4 hükmüne tabi olacağını ve bu sözleşmenin şekline taşınmazın bulunduğu ülke hukukunun uygulanacağını savunmaktadır (bkz. ACUN MEKENGECİ, Finansal Kiralama Sözleşmesi, s. 169).

edinmesi halinde özel sicile tescil edilmesi, taşınmazları konu edinmesi halinde ise, taşınmazın bulunduğu yerdeki tapu kütüğünün şerhler hanesine şerh olunması gerekecektir.

b. Sözleşmenin Taraflarından Birini Korumaya Yönelik Şekil Kuralları

aa. İş Sözleşmeleri

Sözleşme ilişkisinde zayıf konumda olan tarafın korunmasının yollarından biri de sözleşmenin belirli bir şekil şartına bağlanmasıdır; sözleşmenin şekil şartına bağlanması sonucu, korunması istenen taraf, sözleşmenin şartları ve sonuçları hakkında yeterince düşünme ve bilgi sahibi olma imkanına kavuşmaktadır¹²¹². İş ve tüketici sözleşmeleri gibi taraflarından birinin zayıf konumda olduğu ve bu tarafın esasa ilişkin kurullarla korunduğu sözleşmelerde, zayıf tarafın korunması amacı şekil kurallarıyla da desteklenmektedir. İş sözleşmelerinde, sözleşmenin zayıf tarafını teşkil eden işçinin korunması amacıyla, onun zararına olacak bazı sözleşmelerin yapılmasını zorlaştırmak için yazılı şekil şartının arandığı durumlara rastlanmaktadır. İşçinin mutad işyeri hukukunda öngörülen bu tür yazılı şekil kurallarının, işçiyi koruyucu nitelikleri dolayısıyla, sözleşmenin şeklinin tabi olduğu hukuk dikkate alınmaksızın doğrudan uygulama alanı bulması gündeme gelmektedir.

Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu'na ilişkin olarak hazırlanan *Giuliano/ Lagarde* raporunda, iş hukukuna ilişkin şekil kurallarının doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilebileceği vurgulanarak, bu konuda, "rekabet yasağına ilişkin şartların" geçerliliğini yazılı şekilde yapılmasına bağlı kılan hükümler, örnek olarak gösterilmiştir¹²¹³. Buna göre, örneğin, içinde rekabet yasağı şartının yer aldığı iş sözleşmesinin kurulduğu ülke hukuku ya da taraflarca bu sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukuk, rekabet yasağına ilişkin şartın sözlü olarak yapılabileceğini düzenlese dahi, iş sözleşmesinin yerine getirileceği ülke hukukunda bu şartların yazılı olarak yapılması öngörülmüşse, yazıllığa ilişkin hüküm doğrudan uygulanabilecektir.

Türk hukukunda iş sözleşmeleri bakımından çeşitli şekil kurallarına yer verildiği görülmektedir. İş sözleşmelerinin kuruluşunda, kural olarak her ne kadar şekil serbestisi kabul edilse ve taraflar irade açıklamalarını diledikleri şekilde yapabilseler dahi, bazı iş sözleşmeleri açısından yazılı şekil şartı öngörülmektedir. Örneğin, 4857 sayılı İş Kanunu'nda¹²¹⁴, süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmeleri (m. 8/2) ile takım sözleşmelerinin (m. 16/2) yazılı şekilde yapılmasının zorunlu olduğu düzenlenmiştir. Ayrıca İş Kanunu m. 14'te düzenlenen çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesi ile uzaktan çalışma sözleşmesinin, herhangi bir

¹²¹² ÖZDEMİR KOCASAKAL, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 159.

¹²¹³ GIULIANO/ LAGARDE Report, s. 31.

¹²¹⁴ RG. 10.6.2003, S. 25134.

zorunluluktan bahsedilmemekle beraber, yazılı olarak yapılacağı belirtilmiştir. Söz konusu düzenlemelerdeki amaç, en azından atipik iş sözleşmelerinde, bağımlılık ilişkisi içinde çalışan ve işveren karşısında zayıf konumda olan işçinin korunması ve işçi lehine olmak üzere iş ilişkisine şeffaflık kazandırılmasıdır¹²¹⁵. Söz konusu şekil kurallarının, uygulama alanlarına dahil olan ve Türkiye’de ifa edilecek bir işi konu edinen iş sözleşmeleri bakımından uygulanmalarının zorunlu olduğu; bu sözleşmeler bakımından MÖHUK m. 7 hükmündeki alternatif nitelikteki kuralın uygulama alanı bulmayacağı doktrinde ifade edilmektedir¹²¹⁶.

Türk hukukunda iş sözleşmeleri bakımından öngörülen şekil kurallarının MÖHUK m. 6 çerçevesinde doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilebilmeleri için, öncelikle bu kuralların getiriliş amacı göz önünde bulundurulacaktır. Daha önce de ifade edildiği üzere, doğrudan uygulanan kurallar, devletin sosyal ve ekonomik politikalarını yansıtan ve bunları gerçekleştirmeye yarayan kurallar¹²¹⁷ olduklarından, söz konusu şekil kurallarının doğrudan uygulanan kural olarak kabulü için devletin sosyal politikalarından biri olan sözleşmenin zayıf tarafı olan işçiyi koruma amacıyla getirilmiş olmaları gerekmektedir. Bu çerçevede, bahsettiğimiz şekil kurallarının yarar ve sakıncaları ortaya konularak, aslında bu koruma amacını gerçekleştirip gerçekleştirmedikleri belirlenmelidir.

Bazı iş sözleşmeleri bakımından öngörülen yazılı şekil kuralı, sözleşmenin taraflarını düşünmeye sevk etmesi, sözleşmeye kesinlik, açıklık ve ispat güvenliği sağlaması bakımından daha çok iş sözleşmesinin zayıf tarafı olan işçinin korunması amacına hizmet etmektedir¹²¹⁸. Bununla birlikte, şeklin, işçinin korunmasına hizmet etmesinin yanı sıra, işçi bakımından bazı sakıncaları da bulunmaktadır. Kanunun şekli geçerlilik koşulu olarak öngördüğü hallerde, her ne kadar tarafların gerçek iradesi sözleşmeyi kurmak olsa da, şekil eksikliği, tarafların iradesi hilafına sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmaktadır¹²¹⁹. İş hukukunun işçiyi koruma amacı dikkate alındığında ve işsizliğin önemli bir tehlike olduğu düşünüldüğünde, taraflar arasında iş sözleşmesinin kurulması, diğer bir ifadeyle iş sözleşmesinin şekle aykırılık bakımından geçersiz sayılmaması, işçi bakımından daha çok istenen, işçinin daha lehine bir

¹²¹⁵ GÜZEL, Ali/ ERTAN, Emre/ UGAN, Deniz, “Avrupa Birliği ve Türk İş Hukukunda İşverenin Çalışma Koşulları Hakkında İşçileri Bilgilendirme Yükümlülüğü”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Özel Sayı: Ünal Narmanlıoğlu’na Armağan, İzmir 2007, s. 45; DOĞAN YENİSEY, Kübra, İş Hukukunun Emredici Yapısı, İstanbul 2014, s. 328-329; ARSLAN ERTÜRK, Arzu, İş Sözleşmesinde Şekil, İstanbul 2017, s. 100-101.

¹²¹⁶ ÖZDEMİR KOCASAKAL, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 161.

¹²¹⁷ Doğrudan uygulanan kurallar ile ilgili genel açıklamalar için bkz. Üçüncü Bölüm/ II/ C/ 1.

¹²¹⁸ DOĞAN YENİSEY, s. 324-325; ARSLAN ERTÜRK, s. 98; SEVİMLİ, K. Ahmet, İş Hukukunda Yazılı Şekil Şartı, Çimento İşveren Dergisi, Cilt: 17, Sayı: 2; 2003, s. 17.

¹²¹⁹ Şekle aykırılığın sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Birinci Bölüm/ IV.

durum teşkil etmektedir¹²²⁰. Tarafların gerçek iradeleri sözleşmenin kurulması yönüdeyken, sadece şekle aykırılık nedeniyle iş sözleşmesinin hükümsüz olması, işçi açısından ağır bir yaptırımdır¹²²¹. Ayrıca, eşit konumda olmamaları sebebiyle, işçinin, sözleşmenin yazılı şekilde yapılması konusunda işverene baskı yapması mümkün değildir¹²²². O halde, kanaatimizce, yazılı şeklin geçerlilik şekli olduğu hallerde, şekil zorunluluğunun her durumda, işçinin lehine olduğunu ve işçiyi koruma amacını gerçekleştirdiğini söylemek mümkün değildir.

İş sözleşmelerinde şekil zorunluluğunun yarar ve sakıncaları bir yana, Türk hukukunda, iş sözleşmeleri bakımından kanunda yazılı şekil şartı öngörülen hallerde, şekil şartının hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki görüşler üç gruba ayrılmaktadır. Geleneksel olarak adlandırılan ilk görüş uyarınca, kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen iş sözleşmeleri için yazılı şekil bir geçerlilik şartıdır¹²²³. Bu görüşe göre, mevzuatta iş sözleşmelerinin şekline özgü herhangi bir düzenleme yer almadığından, şekle ilişkin TBK m. 12/2 hükmü iş sözleşmelerinin şekli bakımından da uygulama alanı bulur; bu hükümde düzenlenen şekil, geçerlilik şeklidir ve bu şekle uyulmamasının yaptırımı sözleşmenin geçersizliğidir¹²²⁴. Ancak, TBK m. 12/2 uyarınca şekle aykırılık halinde sözleşme baştan itibaren geçersiz olacakken, diğer bir ifadeyle geçmişe etkili (*ex tunc*) bir geçersizlik söz konusuysen, iş hukukunda, işçiyi koruma amacıyla, şekle aykırılık halinde ileriye etkili (*ex nunc*) bir geçersizlik söz konusu olacaktır¹²²⁵.

¹²²⁰ ARSLAN ERTÜRK, s. 99. Yargıtay, çeşitli kararlarında, iş sözleşmeleri bakımından kanunda öngörülen yazılı şekil kurallarının, geçerlilik değil ispat şartı olduğuna hükmetmiştir. Bkz. Y. HGK, 19.3.1986, E. 1984/ 9-555, K. 1986/ 251 (www.kazanci.com); Y. 9. HD., 7.5.2009, E. 2007/ 41218, K. 2009/ 12877 (www.lexpera.com.tr).

¹²²¹ ARSLAN ERTÜRK, s. 99. İş sözleşmesinin şekle aykırılık nedeniyle hükümsüzlüğünün ileriye etkili (*ex nunc*) olduğunun kabulü halinde dahi, iş iş sözleşmesi fesihle sona ermediğinden, işçi, kıdem tazminatı gibi korumalardan mahrum kalacaktır (bkz. SEVİMLİ, s. 16).

¹²²² ARSLAN ERTÜRK, s. 99; SEVİMLİ, s. 17.

¹²²³ TUNÇOMAĞ, Kenan/ CENTEL, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 9. Baskı, İstanbul 2018, s. 85; SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 16. Baskı, İstanbul 2018, s. 311-312; NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 5. Baskı, İstanbul 2014, s. 192; MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ ASTARLI, Muhittin/ BAYSAL, Ulaş, İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2018, s. 98-99; DEMİRCİOĞLU, Murat/ CENTEL, Tankut, İş Hukuku, 18. Bası, İstanbul 2015, s. 91; DOĞAN YENİSEY, s. 334; KAVAK, s. 248.

¹²²⁴ Yargıtay, 3.10.2017 tarihli bir kararında (Y. 9. HD., E. 2015/ 27922, K. 2017/ 14778), belirli süreli iş sözleşmesinin varlığından bahsedebilmek için yazılı bir sözleşmenin bulunması gerektiğine; bu sözleşmeler için yazılı şeklin bir geçerlilik şartı olduğuna hükmetmiştir. Karar için bkz. www.lexpera.com.tr. Yargıtay'ın 9.2.2000 tarihli bir kararında ise (Y. HGK, E. 2000/ 13-77, K. 2000/ 63), takım sözleşmeleri için kanunda öngörülen yazılı şekil şartının (İş Kanunu m. 16/2) geçerlilik şartı olduğu sonucuna ulaşmıştır. Karar için bkz. www.kazanci.com.

¹²²⁵ SÜZEK, s. 312; NARMANLIOĞLU, s. 192; MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI/ BAYSAL, s. 99.

Doktrinadaki ikinci görüş, iş sözleşmelerinin kanunda yazılı olarak yapılmasının öngörüldüğü hallerde, yazılı şeklin bir ispat şekli olduğunu savunmaktadır¹²²⁶. Bu görüş, geçersizlik yaptırımının iş sözleşmesini geriye dönük olarak baştan itibaren geçersiz kılacağını, bu durumun ise iş hukukunun işçiyi koruma prensibi ile bağdaşmayacağını ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, ayrıca, uygulamada, iş sözleşmesinin yazılı olarak yapıp yapılmaması, işveren karşısında zayıf konumda olan işçinin elinde olan bir durum olmadığından, geçersizliğin ileriye dönük olarak etki doğuracağı ileri sürülse dahi, yazılı şeklin bir geçerlilik şekli olarak ele alınması doğru olmayacaktır¹²²⁷. O halde, kanunun öngördüğü yazılı şekle uyulmadan yapılan iş sözleşmeleri geçerlidir; ancak uyumsuzluk halinde, sözleşmenin varlığı yazılı bir belge ile ispatlanmalıdır, bu şekilde ispatlanamaması durumunda, sözleşmeyi geçersiz saymak yerine eğer mümkünse yeniden nitelendirmek yoluna gidilmelidir.

Doktrinadaki üçüncü görüş uyarınca ise, iş sözleşmeleri için kanunda öngörülen yazılı şekil ne geçerlilik ne de ispat şeklidir; yazılı şekil, işçinin korunması ve durumunun açıklık kazanması amacıyla alınan bir önlem ve işverene yüklenen bir yükümlülüktür¹²²⁸. Bu görüşe göre, İş Kanunlarında iş sözleşmelerinin yazılı yapılmasını öngören hükümlerle, bu hükümlere uyulmadığı takdirde işveren veya işveren vekili için cezai yaptırım öngören hükümler bir arada değerlendirilmelidir; her ne kadar şekle aykırılık halinde ilke sözleşmenin geçersizliği olsa dahi, kanunkoyucu bu konuda cezai bir yaptırım öngörmekle zaten sözleşmeyi geçersiz saymadığı yolundaki iradesini ortaya koymaktadır.

Kanundaki şekil hükümleri, atipik iş ilişkisi kuran sözleşmelerde zayıf taraf olan işçiyi koruma amacına hizmet etmektedir; kanun koyucunun amacı, iş hukukunda asıl nitelik taşıyan tam zamanlı ve belirsiz süreli iş sözleşmelerinden sapıldığında, bunu sıkı koşullara bağlayarak, tipik sözleşmelerden haksız sapmaların önüne geçmek ve işçiyi uyarmaktır¹²²⁹. Ancak bu gibi atipik iş sözleşmelerinde, şekil şartına uyulmamasını geçersizlik yaptırımına

¹²²⁶ ŞAKAR, Müjdat, Gerekçeli ve İçtihatlı İş Kanunu Yorumu, Ankara 2011, 6. Baskı, s. 167; EYRENCİ, Öner/TAŞENT, Savaş/ ULUCAN, Devrim, Bireysel İş Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2017, s. 106-107; AKYİĞİT, Ercan, İş Hukuku, 12. Basım, Ankara 2018, s. 137-138.

Doktrinadaki bir görüş, kanunda iş sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmasının zorunlu olduğunun belirtilmediği, sadece yazılı şekilde yapılacağını öngörüldüğü hallerde, söz konusu şekil kuralının bir ispat şartı olarak kabul edilmesi gerektiğini; bu çerçevede süresi bir yıldan az olan iş sözleşmeleri ile çağrı üzerine çalışmayı konu edinen iş sözleşmeleri için kanunda öngörülen yazılı şekil kuralının bir ispat şekli olduğunu savunmaktadır (bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI/ BAYSAL, s. 97-98).

¹²²⁷ ŞAKAR, s. 167.

¹²²⁸ ÇENBERCİ, Mustafa, İş Kanunu Şerhi, 6. Bası, Ankara 1986, s. 259-260; SEVİMLİ, s. 17; ARSLAN ERTÜRK, s. 117-119. Deniz-İş ve Basın-İş Kanunu'na tabi iş sözleşmeleri bakımından öngörülen şekil şartı konusunda aynı yönde bkz. DOĞAN YENİSEY, s. 329-330.

¹²²⁹ ARSLAN ERTÜRK, s. 118.

bağlamak, işçiyi cezalandırmak anlamına gelecektir ki kanunkoyucunun amacı bu değildir; iş sözleşmesinin kuruluşunda şekil şartının amacı göz önünde bulundurulmalı ve şekle aykırılık halinde atipik değil fakat tipik bir iş sözleşmesinin varlığı kabul edilmelidir¹²³⁰.

İş sözleşmesinin yazılı olarak yapılmasının bir diğer amacı da çalışma koşullarının açıklığa kavuşturulması ve işçinin haklarından haberdar olmasının sağlanmasıdır¹²³¹. Şekle aykırılık halinde sözleşmenin geçersiz sayılmaması, işçinin gerekirse mahkemeye başvurarak işverenden kanunun belirttiği koşulları kendisine yazılı olarak bildirmesini talep edebilmesi gerekir¹²³². Buna karşılık, iş sözleşmesinin geçerliliği belirli bir mercinin onamasına veya onayına tabi ise, sözleşmenin yazılı yapılması, idarenin bu sözleşme üzerinde denetim sağlaması amacına hizmet etmektedir ve bu durumda, şekle ilişkin düzenleme artık bir geçerlilik şekli olarak nitelendirilmelidir¹²³³.

Kanaatimizce de, yazılı şekilde yapılmamış bir iş sözleşmesi nedeniyle, sözleşmeyi tipik bir belirsiz iş sözleşmesine uyarlamak yerine tamamen geçersiz saymak, işçinin korunması prensibiyle ve yazılı şekil kuralının öngörülme amacıyla çelişecektir. Bu çerçevede, kanunda bir geçerlilik şekli olarak düzenlenmemiş ve hükümsüzlük yaptırımına bağlanmamış bir şekil kuralının, kanaatimizce, işçinin korunması prensibi çerçevesinde, MÖHUK m. 7 hükmündeki alternatif nitelikli kuralın uygulanmasını bertaraf edecek bir doğrudan uygulanan kural olarak kabulü mümkün değildir. Zira MÖHUK m. 7 hükmü, iş sözleşmelerinin şekli geçerliliğine uygulanacak hukuku tayin etmektedir ve hükümde öngörülen iki hukuktan (*LRA* ve *lex causae*) birinin şekil kurallarına uygun olarak yapılmış bir sözleşmenin şeklen geçerli olacağı düzenlenmek suretiyle işlemin ayakta tutulması hedeflenmiştir. Dolayısıyla maddi hukukta gözetilmemesi halinde geçersizlik yaptırımına bağlanmayan bir şekil kuralının, işlemi ayakta tutmayı hedefleyen bir kanunlar ihtilafı kuralını bertaraf edecek şekilde doğrudan uygulanması düşünülemez. Sonuç olarak, gerek iş sözleşmeleri için öngörülen şekil kurallarının işçiyi koruma amacını her durumda gerçekleştiriyor oluşu, gerekse bu kuralların sözleşmeyi geçersiz kılacak kurallar olarak kabul edilmeyişleri nedeniyle, bunların MÖHUK m. 7 hükmünü bertaraf edecek nitelikte

¹²³⁰ ARSLAN ERTÜRK, s. 118.

¹²³¹ DOĞAN YENİSEY, s. 329-330; ARSLAN ERTÜRK, s. 118. 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun (RG. 20.6.1952, S. 8140) m. 4 hükmünde, gazeteci ile kendisini çalıştıran işveren arasındaki iş sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmasını zorunlu kılan düzenlemenin, gazetecinin haklarının açıklığa kavuşturulmasını amaçladığı ve bu şekil kuralının geçerlilik şekli olmadığı ifade edilmektedir (bkz. TUNCAY, Aziz Can, Hukuki Yönden Basında İşçi İşveren İlişkileri, İstanbul 1989, s. 44).

¹²³² ARSLAN ERTÜRK, s. 118.

¹²³³ ARSLAN ERTÜRK, s. 118.

birer doğrudan kural teşkil etmedikleri kanaatindeyiz. Bununla birlikte, tescil, onay gibi bir şekil zorunluluğu öngörülen ve geçerlilik şekli olarak kabul edebileceğimiz bir kuralın varlığı halinde, ulaştığımız sonuçtan farklı bir değerlendirme yapılabilecektir.

bb. Tüketici Sözleşmeleri

Taraflarından birinin zayıf konumda olduğu ve bu zayıf tarafın esasa ilişkin düzenlemelerle korunmasının hedeflendiği sözleşmelerden bir diğeri tüketici sözleşmeleridir. Tüketici sözleşmelerinde, tüketicinin korunması amacı, sözleşmenin esasına ilişkin hükümlerin yanı sıra şekle ilişkin hükümlere de yansımaktadır. Bu çerçevede, pek çok ülke mevzuatında, tüketicinin, sözleşmenin esaslı unsurları hakkında yeterli derecede bilgi sahibi olabilmesi ve bu konuda yeterince düşünerek sözleşme yapmasının sağlanabilmesi için bazı tüketici sözleşmeleri bakımından çeşitli şekil kurallarına yer verildiği görülmektedir¹²³⁴. Tüketiciyi ve nihayetle kamu yararını korumayı ve geliştirmeyi hedefleyen temel milli politikalar, doğrudan uygulanan kuralların doğumuna sebep olmaktadır¹²³⁵. Tüketici sözleşmesinin özel hukuk sözleşmesi olmasının yanı sıra, tüketiciyi korumaya yönelik kuralların, bu sözleşmenin menfaatine hizmet eden kamu hukuku karakterli kurallar olmaları nedeniyle, bu sözleşmelere ilişkin bazı düzenlemelerin doğrudan uygulanan kural olarak kabulü gündeme gelmektedir¹²³⁶.

Fransız hukukunda, tüketici kredisi ve konut kredisine ilişkin hükümlerin, şekil kuralları da dahil olmak üzere doğrudan uygulanan kural niteliğinde oldukları kabul edilmektedir¹²³⁷. Bu durum, tüketicinin iradesinin korunması bakımından önemli bir işleve sahiptir. Bu doğrultuda, Fransız Yargıtayı, 19 Ocak 1999 tarihli bir kararında¹²³⁸, 19 Haziran 1980 tarihli Roma Konvansiyonu'nun zaman bakımından uygulama alanı bulmadığı bir tüketici kredisi uyuşmazlığında, Fransız Medeni Kanunu'nun 3. maddesi çerçevesinde, 10 Ocak 1978 tarihli Kanun¹²³⁹ hükümlerini, Fransız hâkimi bakımından doğrudan uygulanan kural olarak kabul etmiştir. Ancak, Fransız hukukunda yer alan bir kuralın doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilebilmesi için somut uyuşmazlıkla Fransa arasında bir

¹²³⁴ KURŞAT, s. 458.

¹²³⁵ GÜNGÖR, Mutad Mesken, s. 117.

¹²³⁶ ÖZTEKİN GELGEL, s. 84. Tüketicinin korunması prensibinin devletin sosyo ekonomik politikalarından biri olduğu, bu nedenle, tüketici sözleşmelerinin özel hukukun yanı sıra kamu hukuku ile de ilişkili olduğu yönünde ayrıca bkz. ÖZTEKİN GELGEL, Tüketici Sözleşmeleri, s. 198.

¹²³⁷ LEGIER, Loi Applicable A La Forme, s. 12.

¹²³⁸ Cass. 1er Civ., 19.10.1999, Juris-Data no. 1999-003629; Rev. Crit. DIP 2000, s. 29, note P. Lagarde; JDI 2000, s. 328, note J-B Racine.

¹²³⁹ Kanun metni için bkz. <https://www.legifrance.gov.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000886461>.

bağlantının olması gerektiği kabul edilmektedir¹²⁴⁰. Bu çerçevede, Tüketici Kanunu'nun konut kredisine ilişkin hükümlerinin (m. L312-1 vd.)¹²⁴¹ doğrudan uygulanan kural olarak uygulanabilmesi için kredi uyumsuzluğunun iki açıdan Fransa ile bağlantılı olması gerektiği ileri sürülmektedir¹²⁴². Buna göre, bir yandan uyumsuzluk konusu kredinin Fransız ekonomik düzeni ile bağlantılı olması açısından kredi sözleşmesine konu taşınmazın Fransa'da bulunması; diğer taraftan ise, kredi verenin ya da krediyi kullananın (tüketicinin) yerleşim yerinin Fransa'da olması gerekmektedir¹²⁴³. 23 Mayıs 2006 tarihli bir kararında¹²⁴⁴ ise, Fransız Yargıtayı, Fransız hukukundaki tüketici kredisine ilişkin hükümleri, Roma Konvansiyonu m. 7/2 çerçevesinde doğrudan uygulanan olarak kabul etmiştir. Yargıtay, somut uyumsuzlukta, tüketici kredisine ilişkin Fransız hukukundaki hükümlerin doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmesi bakımından, krediyi kullanan tüketicinin Fransa'da ikamet ediyor oluşunu yeterli görmüştür.

Türk hukukunda, tüketici sözleşmelerinin şekli konusunda, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da çeşitli hükümlere yer verilmiştir. Örneğin, taksitle satış sözleşmesinin geçerliliği, TKHK m. 17/1 gereği, yazılı şekil şartına bağlanmış ve sözleşme metninde belirli hususlara yer verilmesi zorunlu tutulmuş; TKHK m. 21/2 gereği, sözleşmenin zorunlu içeriğini belirleme yetkisi, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'na bırakılmıştır. TKHK m. 17/3 hükmünde, taksitle satış sözleşmesinin yazılı olarak yapılmadıkça geçerli olmayacağı belirtilmiş ve bu geçersizliğin, geçerli bir sözleşme yapmamış olan satıcı veya sağlayıcı tarafından tüketicinin aleyhine ileri sürülemeyeceği hüküm altına alınmıştır¹²⁴⁵. Kanunda

¹²⁴⁰ LEGIER, Loi Applicable A La Forme, s. 12.

¹²⁴¹ Söz konusu hükümler için bkz.

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=690BC2D54CE2A31DEE5C3D430D26A237.tpdil_a14v_2?idSectionTA=LEGISCTA000032226212&cidTexte=LEGITEXT000006069565&dateTexte=20170221.

¹²⁴² 5.02.1981: Rev. crit. DIP 1981, s. 366; PELLETIER, Ph., "Propositions Pour L'Application Dans L'Espace de la Loi du 13 Juillet 1979 Relative à L'Information et à la Protection de L'Emprunteur Dans le Domaine Immobilier", Rev. Crit. DIP 1981, s. 247.

¹²⁴³ Bu konuya ilişkin olarak, Fransız Yargıtayı, 19 Ocak 1999 tarihli bir kararında (Cass. 1er Civ., 19.01.1999: Juris-Data no. 1999-000219), kredi sözleşmesine konu taşınmazın Fransa'da bulunmasının, somut uyumsuzlukta Fransız hukukundaki tüketici kredisine ilişkin hükümlerin doğrudan uygulanması bakımından tek başına yeterli olmayacağına hükmetmiştir. Uyumsuzlukta, taşınmazın bulunduğu yer haricinde, sözleşmeye ilişkin tüm bağlantılar İsviçre'de bulunmaktadır.

¹²⁴⁴ Cass. 1er Civ., 23.05.2006, 03-15.637. Karar için bkz.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007052612&fastReqId=871789664&fastPos=1>.

¹²⁴⁵ Kanunkoyucunun, TKHK kapsamında, şekle aykırılık itirazının sadece tüketici tarafından ileri sürülebilmesi yönündeki tutumunun, tüketicinin karşısında yer alan satıcı ya da sağlayıcı tarafından ileri sürülen şekle aykırılık iddiasının, doğrudan doğruya hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği yönündeki genel kabule dayandığı ifade edilmektedir (bkz. ÖZBİLEN, s. 295; KAVAK, s. 237).

yazılı şekil şartı öngörülen tüketici sözleşmeleri bakımından bir diğer örnek, tüketici kredisi sözleşmeleridir. TKHK m. 22/3 gereği, tüketici kredisi sözleşmesi, yazılı olarak kurulmadıkça geçerli olmayacak; geçerli bir sözleşme yapmamış olan kredi veren, sonradan, sözleşmenin geçersizliğini tüketici aleyhine ileri süremeyecektir.

Tüketici sözleşmelerinin şekli geçerliliğine ilişkin düzenlemelere bir diğer örnek TKHK m. 4 hükmünde yer almaktadır. TKHK m. 4/1 gereği, TKHK kapsamında yazılı olarak gerçekleştirilmesi öngörülen sözleşmeler ile bilgilendirmelerin en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde düzenlenmesi ve bunların bir nüshasının kağıt üzerinde veya kalıcı veri saklayıcısı ile tüketiciye verilmesi gerekmektedir¹²⁴⁶. Söz konusu hüküm gereği, sözleşmede bulunması gereken şartlardan bir veya birkaçının bulunmaması halinde, eksiklik sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecek, bu eksiklik sözleşmeyi düzenleyen tarafından derhal giderilecektir¹²⁴⁷.

Tüketici sözleşmelerine ilişkin bir diğer şekil kuralı örneği olarak, TKHK m. 47/4 hükmü gösterilebilir. Söz konusu hüküm gereği, iş yeri dışında kurulan satış sözleşmelerinin geçerliliği yazılı şekilde yapılmalarına bağlıdır. Ayrıca, sözleşmenin geçerli olabilmesi için, tüketicinin, sözleşmenin kurulduğu tarihi kendi el yazısı ile yazması ve sözleşmeyi imzalaması gerekmektedir. Bu yönüyle, bu hükümde öngörülen şekil kuralı özellikli bir yazılı şekil kuralı teşkil etmektedir¹²⁴⁸. Taksitle satış sözleşmelerinde olduğu gibi, iş yeri dışında kurulan satış sözleşmelerinde de, sözleşmenin şekle aykırılığına ilişkin itiraz sadece tüketici tarafından ileri sürülebilecektir (TKHK m. 47/4).

Türk hukukunda yer alan bu şekil kurallarının, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un uygulama alanına giren sözleşmeler bakımından, yani Türkiye'deki mal ve hizmet

¹²⁴⁶ Doktrindeki bir görüşe göre, TKHK m. 4/1 hükmü, tüketici sözleşmelerinin şekline ilişkin bir düzenleme değildir; söz konusu hüküm, satıcı veya sağlayıcının sözleşmenin içeriğine dair yasal bilgilendirme yükümünü nasıl yerine getirmesi gerektiğine ilişkindir; dolayısıyla, bu hükme aykırı hareket edilmesi halinde, tüketici sözleşmesinin şekli geçerliliği etkilenmeyecek, satıcı ya da sağlayıcının yasal bilgilendirme yükümünü ihlal ettiği sonucuna ulaşılabilecektir (bkz. GÜMÜŞ, Alper, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt I (Madde 1-46), İstanbul 2014, s. 35)

¹²⁴⁷ Doktrinde, tüketici sözleşmesinin şekle aykırılık nedeniyle geçersizliğine neden olmayacak hususların, TKHK m. 4 hükmünde sayılanlarla sınırlı olduğu, zira bu maddede sayılan hususların ancak sözleşmeyi düzenleyen tarafça yerine getirilebilecek koşullar oldukları ifade edilmektedir (bkz. ÖZBİLEN, s. 296). Buna göre, örneğin, sözleşme metninin en az on iki punto büyüklüğünde düzenlenmemiş olması, sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecek, bu durumun sözleşmeyi düzenleyen tarafça derhal düzeltilmesi gerekecektir. Buna karşılık, TKHK m. 17/3 hükmünde olduğu gibi, TKHK'da geçerlilikleri şekil şartına bağlanmış olan sözleşmelerin kanunda öngörülen şekilde düzenlenmemiş olmaları halinde ise, sözleşme geçerli sayılmayacak, ancak, bu geçersizlik, tüketicinin aleyhine olacak şekilde ileri sürülemeyecektir (bkz. ÖZBİLEN, s. 296). Doktrindeki bir diğer görüş ise, TKHK m. 4/1'de (4077 sayılı mülga TKHK m. 6/6) düzenlenen ve sözleşme metninin en az oniki punto büyüklüğünde yapılması gerekliliğini düzenleyen hükme aykırılık halinde, şekle aykırılığa ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiğini savunmaktadır (bkz. KURŞAT, s. 462).

¹²⁴⁸ ÖZBİLEN, s. 298.

piyasalarında yapılan ve kanunda öngörülen tanımlara uyan tüketici sözleşmelerinin şekli konusunda, uyulması zorunlu kurallar oldukları doktrinde ifade edilmektedir¹²⁴⁹. Doktrindeki benzer bir görüş, tüketici kredisi sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılmasını öngören TKHK m. 22/3 (mülga 4077 sayılı Kanun m. 10) hükmünün, Türkiye’deki mal ve hizmet piyasalarında yapılan ve taraflarından birinin tüketici olduğu tüm sözleşmelere uygulanma amacı taşıdığından, milletlerarası emredici nitelikte olduğunu, diğer bir ifadeyle doğrudan uygulanan kural teşkil ettiğini savunmaktadır¹²⁵⁰. Bu görüşe göre, TKHK’nın uygulama alanı Türkiye’deki mal ve hizmet piyasaları ile sınırlı olduğundan, söz konusu koruyucu şekil kuralı, tüketici kredisi sözleşmesinin Türkiye’de yapılmış olduğu hallerde, doğrudan uygulama alanı bulacaktır. Tüketicinin mutad meskeninin Türkiye’de bulunduğu hallerde, TKHK m. 22/3 hükmü, tüketicinin mutad meskeni hukukunun ve aynı zamanda işlem yeri hukuku ve *lex fori’nin* bir parçası olarak uygulanacaktır. Tüketicinin mutad meskeninin Türkiye’de olmadığı hallerde ise, tüketici kredisi sözleşmesi bakımından *traveller’s deal* (MÖHUK m. 26/2/c) durumu söz konusu olamayacağı için, bu sözleşmelerin şekli MÖHUK m. 7 hükmüne tabi olacak, ancak TKHK m. 22/3 hükmünün doğrudan uygulanan kural teşkil etmesi sonucunda, sözleşmenin esasına uygulanacak hukukunun şekil kuralları bertaraf edilecektir¹²⁵¹.

Bir kuralın doğrudan uygulanan kural olarak kabulü halinde, artık esasa uygulanan hukukun o konuda daha elverişli düzenlemelerinin dikkate alınmaması gerekir¹²⁵². Doğrudan uygulanan kurallar, Türk kamu düzeninin yabancı hukukun uygulanmasına müdahalesinden farklı olarak, doğrudan uygulanan kurallarla tüketicinin menfaatinin gözetilip gözetilmediği konusunda esasa uygulanacak hukuk ile karşılaştırma yapılmadan, doğrudan uygulama alanı bulurlar¹²⁵³. Tüketicinin korunması için öngörülen bir kuralın doğrudan uygulanan kural olup olmadığının değerlendirilmesinde, bu kuralın, tüketiciyi koruma amacı dışında, devletin sosyo-ekonomik politikasını yansıtip yansıtmadığı ve iç hukukun özel hukuka hizmet eden kamu hukuku karakterli bir normu teşkil edip etmediği dikkate alınır¹²⁵⁴.

Yukarıda iş sözleşmeleri bakımından yer verildiği üzere, tüketici sözleşmeleri için Türk hukukunda öngörülen şekil kurallarının doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilebilmesi için, bu kuralların sözleşmenin zayıf tarafını teşkil eden tüketiciyi korumak amacıyla getirilmiş olması gerekmektedir. Yukarıda örneklerine yer vermiş olduğumuz şekil

¹²⁴⁹ ÖZDEMİR KOCASAKAL, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 160.

¹²⁵⁰ GÜNGÖR, Tüketicinin Korunması, s. 231.

¹²⁵¹ GÜNGÖR, Tüketicinin Korunması, s. 232.

¹²⁵² ATAMER, s. 445.

¹²⁵³ ÖZTEKİN GELGEL, s. 85.

¹²⁵⁴ ÖZTEKİN GELGEL, s. 85.

kurallarından bazıları, tüketiciyi akdedeceği sözleşme hakkında tekrar düşünmeye sevk etmek suretiyle tüketiciyi korumayı amaçlamakta ve buna bağlı olarak, riayet edilmemeleri halinde tüketici tarafından ileri sürülmek şartıyla sözleşmenin geçersizliğine neden olmaktadır. Bu şekil kurallarının, sözleşmenin zayıf tarafı olan tüketiciyi koruma amacının yani özel koruma amacının yanı sıra, genel koruma amacının da bulunduğunu, yani bu kuralların, genel olarak toplumda tüketicinin bilinçlendirilmesini amaçladıklarını ve bu yönleriyle kamu düzenini de ilgilendirdiklerini söyleyebiliriz¹²⁵⁵. Kanaatimizce de, TKHK’da yer alan ve şekle aykırılık halinde sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğuran şekil kuralları doğrudan uygulanan kural niteliğindedir. Buna karşılık, örneğin TKHK m. 4 hükmünde öngörülen ve yazılı olarak yapılacak sözleşmelerin en az on iki punto büyüklüğünde yazılmalarını zorunlu kılan düzenleme, tüketici sözleşmesinin şekli geçerliliğini etkileyecek bir düzenleme değildir; dolayısıyla, tüketici sözleşmesinin şekline uygulanacak hukuku bertaraf ederek doğrudan uygulama alanı bulacak bir hüküm teşkil etmemektedir.

Sonuç olarak, TKHK’da tüketici sözleşmelerinin geçerliliği için öngörülen şekil kuralları¹²⁵⁶, bu Kanun’un uygulama alanına giren tüketici sözleşmeleri bakımından doğrudan uygulanan kural teşkil etmektedir. Diğer bir ifadeyle, bu şekil kurallarının MÖHUK m. 6 çerçevesinde, Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları olarak, MÖHUK m. 7 hükmünü bertaraf etmek suretiyle doğrudan uygulama alanı bulabilmeleri için, TKHK’nın uygulama alanına giren bir tüketici sözleşmesinin varlığı gerekmektedir.

TKHK’nın “kapsam” başlıklı 2. maddesi gereği, bu Kanun her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaları kapsayacaktır. Doktrinde de ifade edildiği üzere¹²⁵⁷, bu Kanun’un coğrafi bakımdan uygulama alanı, Türk mal ve hizmet piyasalarıyla sınırlı olduğundan, Türkiye’de akdedilen yabancı unsurlu tüketici sözleşmelerinin şekli konusunda, TKHK’nın şekle ilişkin doğrudan uygulanan kural olarak kabul edebileceğimiz hükümlerinin, tüketici sözleşmesinin şekline uygulanacak hukuk dikkate alınmaksızın doğrudan uygulanacağını söyleyebiliriz. Buna göre, tüketicinin mutad meskeninin Türkiye’de olduğu ve sözleşmenin Türkiye’de akdedildiği hallerde, bu sözleşmenin şekli konusunda MÖHUK m.

¹²⁵⁵ Şeklin özel ve genel koruma amacı hakkında bilgi için bkz. Birinci Bölüm/ I/ A.

¹²⁵⁶ TKHK’da, taksitle satış sözleşmeleri (m. 17/3), tüketici kredisi sözleşmeleri (m. 22/3), konut finansmanı sözleşmeleri (m. 32/2) ve iş yeri dışında kurulan sözleşmelerin (m. 47/4) geçerliliği için şekil kuralları öngörülmektedir.

¹²⁵⁷ GÜNGÖR, Tüketicinin Korunması, s. 231; ÖZDEMİR KOCASAKAL, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 160.

26/3¹²⁵⁸ hükmü gereği tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanacağından, bu durumda şekle uygulanacak hukuk ile mahkemenin hukuku örtüşmüş olacaktır. Tüketicinin mutad meskeninin Türkiye dışında olduğu hallerde ise, MÖHUK m. 26/2 hükmünün kapsamına giren bir sözleşme söz konusu olmadığından¹²⁵⁹, bu sözleşmenin şekli MÖHUK m. 7 hükmüne tabi olacak, ancak, TKHK'nın doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilen şekil kuralları, MÖHUK m. 7 hükmünde işlem yeri hukukuna (Türk hukuku) alternatif olarak yetkilendirilen "işlemin esasına uygulanacak hukukun"¹²⁶⁰ şekil kurallarını bertaraf edecektir.

Kanaatimizce, TKHK'nın coğrafi bakımdan uygulama alanı belirlenirken, tüketici sözleşmesinin Türk mal ve hizmet piyasalarını ilgilendirmesi koşulu arandığından, tüketici sözleşmesinin Türkiye dışında akdedildiği ve fakat MÖHUK m. 26/2/c hükmü çerçevesinde, satıcının, mutad meskeni Türkiye'de bulunan tüketiciyi satın almaya ikna etmek amacıyla düzenlediği bir gezi vasıtasıyla, tüketicinin Türkiye dışında bu sözleşmeyi akdettiği hallerde de, TKHK'da tüketici sözleşmelerinin geçerliliği için öngörülen şekil kurallarının doğrudan uygulanan kural olarak kabulü gerekir. Zira bu durumda da milletlerarası özel hukukun tüketiciyi koruma amacı bulunmaktadır ve MÖHUK m. 26/2/c gereği bu sözleşmenin esasına tüketicinin mutad meskeni hukuku olarak Türk hukukunun uygulanması gerekir¹²⁶¹.

cc. Kefalet Sözleşmeleri

Kefalet sözleşmelerinde, iş ya da tüketici sözleşmelerinde olduğu gibi taraflardan birinin sözleşmenin diğer tarafına nazaran sosyo-ekonomik açıdan zayıf konumda olduğunu söylemek mümkün değildir. Bununla birlikte, kefalet sözleşmesinin kural olarak tek tarafa yani kefile borç yükleyen bir sözleşme olması, diğer bir ifadeyle, bu sözleşme ile kefilin karşılıksız borç altına giriyor olması nedeniyle, kefilin alacaklı karşısında korunması ihtiyacı

¹²⁵⁸ Bu tüketici sözleşmesinin esasına uygulanacak hukuk, bu ihtimalde, hukuk seçiminin olmadığı durumlarda, MÖHUK m. 26/2 çerçevesinde belirlenecektir. Tüketici sözleşmesi, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede akdedildiğinden dolayı, bu sözleşmenin esasına tüketicinin mutad meskeni hukuku yani Türk hukuku uygulanacaktır. Ancak, taraflarca tüketicinin mutad meskeni hukuku dışında bir hukukun kararlaştırılmış olması durumunda esasa uygulanacak hukuk Türk hukuku olmayacaktır. MÖHUK m. 26/2 hükmünün koşullarını taşıyan tüketici sözleşmelerinin şekli konusunda, MÖHUK m. 26/3 gereği tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanacağından, bu sözleşmenin şekli herhalükarda Türk hukukuna tabi olacaktır.

¹²⁵⁹ Ancak, mutad meskeni yurt dışında olmakla beraber, MÖHUK m. 26/2/c hükmü¹²⁵⁹ (İlişkinin bir satım sözleşmesi olması hâlinde, satıcının tüketiciyi satın almaya ikna etmek amacıyla bir gezi düzenlemiş ve tüketicinin de bu gezi ile bulunduğu ülkeden başka ülkeye gidip siparişini orada vermiş olması) çerçevesinde Türkiye'ye satım sözleşmesi akdetmek üzere bir gezi ile getirilen kişilerin akdettiği bir tüketici sözleşmesi söz konusu ise, MÖHUK m. 26/2 gereği, bu sözleşmenin esasına tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanacaktır. Bu sözleşmenin şekli konusunda da, MÖHUK m. 26/3 gereği tüketicinin mutad meskeni hukuku yetkili olacaktır.

¹²⁶⁰ Bu tüketici sözleşmesinin esasına uygulanacak hukuk MÖHUK m. 24 uyarınca belirlenecektir.

¹²⁶¹ Tüketici kredisi sözleşmesinin bu yolla akdedilmesi mümkün olmadığından, Türkiye dışında akdedilen bir tüketici kredisi sözleşmesinin şekli konusunda, TKHK m. 22/3 hükmünün doğrudan uygulanması söz konusu olamayacaktır.

doğmaktadır. Türk hukukunda, bu ihtiyaç doğrultusunda TBK m. 583 hükmünde, kefalet sözleşmeleri için nitelikli yazılı şekil şartı öngörülmüştür¹²⁶². Bu şekil kuralı ile, kural olarak karşılıksız borç altına giren kefil daha ciddi düşünmeye sevk etmek, acele karar vermesini engellemek ve üstlendiği yükümlülüğün önemini kavramasını sağlamak amaçlanmıştır¹²⁶³. Bu amaç, şeklin özel koruma amacıdır.

TBK m. 583 hükmünde düzenlenen şekil kuralının özel koruma amacının yanı sıra, genel koruma amacının, yani kamu düzeninin sağlanması amacının bulunup bulunmadığı konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Doktrindeki bir görüşe göre, TBK m. 583 hükmü, kefilin korunmasının yanı sıra sosyal bir korumayı da sağlamakta, ailelerin istenmeyen kefalet sözleşmeleri ile ekonomik ve insani sıkıntılar içine girmesini önlemeye çalışmaktadır; buna karşılık, söz konusu hükmün, alacaklının korunması veya genel anlamda kamu düzeninin sağlanması gibi bir amacı bulunmamaktadır¹²⁶⁴. Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise, şeklin doğrudan amaçları arasında kamu düzeninin sağlanması amacı yer almamakla beraber, şeklin, dolaylı olarak kamu düzenini sağlama amacı bulunmaktadır; zira şekil zorunluluğu ile kefilin iyi düşünmesini sağlamak suretiyle bilinçli borçlanmanın etkisiyle toplum düzeni ve hukuk güvenliğine katkı sağlanmaktadır¹²⁶⁵.

Türk hukukunda kefalet sözleşmesinin şeklini düzenleyen TBK m. 583 hükmünün, özel ve genel koruma amacı birlikte değerlendirildiğinde, söz konusu hükmün, kefalet sözleşmesinin Türk hukuku ile bağlantılı olması şartıyla, MÖHUK m. 6 çerçevesinde doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmesi ve şekle uygulanacak MÖHUK m. 7 hükmünü bertaraf etmesi ihtimali ortaya çıkmaktadır. Doktrindeki bir görüşe göre, kefalet sözleşmeleri için nitelikli yazılı şekil kuralı öngören TBK m. 583 (mülga BK m. 484) hükmünün, karşılıksız olarak yükümlülük altına giren ve asıl borçlunun borcunu ödeyeceği düşüncesiyle verdiği taahhüdün önemini yeteri kadar kavrayamayan kefil tekrar düşünmeye sevk etmek ve uyarmak amacıyla öngörülmesinden hareketle, esasına Türk hukukunun uygulanacağı tüm kefalet sözleşmelerinin şekli geçerliliği bakımından doğrudan uygulanan kural olarak kabulü gerekmektedir¹²⁶⁶. Bu görüş ile aynı sonuca ulaşan bir diğer görüş ise, kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin Türk hukukunda öngörülen kuralın kamu düzenini ilgilendiren bir hüküm olması nedeniyle, kefalet sözleşmesinin esasına Türk hukukunun

¹²⁶² Nitelikli yazılı şekil şartına ilişkin açıklamalar için bkz. Birinci Bölüm/ II/ C/ 2/ b.

¹²⁶³ KILIÇOĞLU, s. 154; TANDOĞAN, Cilt II, s. 740; TAŞDELEN, s. 732-733; GÜNDÜZ, s. 11.

¹²⁶⁴ AYAN, Kefilin Sorumluluğu, s. 150; AYAN, Serkan, Kefalet Sözleşmesi, Ankara 2018, s. 182-183.

¹²⁶⁵ GÜNDÜZ, s. 13.

¹²⁶⁶ ÖZDEMİR KOCASAKAL, Doğrudan Uygulanan Kurallar, s. 160, dn. 311.

uygulandığı hallerde, kefalet sözleşmesi yabancı bir ülkede akdedilse dahi, şekil bakımından *lex causae* olarak Türk hukukunun uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir¹²⁶⁷.

Kanaatimizce, TBK m. 583 hükmünün, karşılıksız borç altına giren kefilin koruma amacının yanı sıra, genel olarak toplum düzenini ilgilendiren genel bir koruma amacı da bulunmaktadır. Zira kefilin geçerli olarak borçlanmasının belirli şekil şartlarına tabi tutulması, doktrinde de ifade edildiği üzere, kefilin üstleneceği sorumluluğun ağırlığı hakkında düşünmeye sevk etmek suretiyle, ailelerin istenmeyen kefalet sözleşmeleri ile ekonomik sıkıntılar içine girmelerini engelleyecektir; ayrıca, kefalet konusunda bilinçli borçlanmanın toplum genelinde yaygınlaşmasını da sağlayacaktır. O halde, söz konusu şekil kuralının devletin sosyal politikalarının bir görünümü olduğunu söyleyebiliriz. Bu çerçevede, kanaatimizce, bu şekil kuralının, yabancı unsurlu bir kefalet sözleşmesinin şekli geçerliliği konusunda, bu sözleşmenin Türkiye ile belirli bir irtibatının olması şartıyla, MÖHUK m. 7 hükmünün uygulanmasını engelleyecek bir doğrudan uygulanan kural teşkil ettiğinin kabulü gerekir.

Türk mahkemeleri önüne gelen yabancı unsurlu bir kefalet sözleşmesinin şekli geçerliliği araştırılırken, TBK m. 583 hükmünün doğrudan uygulanabilmesi için, doktrinde de ifade edildiği üzere, kefalet sözleşmesinin esasına Türk hukukunun uygulanması gerekmektedir. Kefalet sözleşmesinin Türk hukuku ile olan bağlantısı, taraflarca sözleşmenin esasına uygulanmak üzere Türk hukukunun seçilmiş olması hususuna dayanabileceği gibi, objektif bağlama kuralı uyarınca (MÖHUK m. 24/4) kefilin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku olarak Türk hukukunun uygulanması suretiyle de sağlanabilir. Yabancı ülkede akdedilmiş ve esasına yabancı bir ülke hukukunun uygulanacağı bir kefalet sözleşmesinin şekli konusunda, Türk toplum düzenini ilgilendiren bir husus söz konusu olmayacağından, Türk hukukuna ait bir şekil kuralının doğrudan uygulanması gerektiği düşünülemez. Türkiye’de akdedilmiş ancak esasına yabancı bir hukukun uygulanacağı kefalet sözleşmelerinin şekli bakımından da TBK m. 583 hükmünün doğrudan uygulanması gerektiği düşünülebilir. Ancak, işlem yeri hukuku (*LRA*) sözleşme ve taraflarla bağlantısı olmayan tesadüfi bir yer hukuku olabileceğinden, TBK m. 583 hükmünün doğrudan uygulanacağı halleri, *lex causae*’nın Türk hukuku olduğu kefalet sözleşmelerinin şekliyle sınırlamak kanaatimizce daha doğru olacaktır.

Kefalet sözleşmeleri için nitelikli yazılı şekil şartı öngören TBK m. 583/1 hükmü, gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan

¹²⁶⁷ ERDENER, *Locus Regit Actum*, s. 114.

sözleşmelerin şekline de uygulanır (TBK m. 603). Buna göre, kefalet benzeri garanti sözleşmeleri ve teminat amaçlı borca katılma da kefalet sözleşmesinin şekline tabidir¹²⁶⁸. Saf garanti taahhütlerinin de şahsi bir teminat teşkil etmelerinden hareketle aynı şekil kuralına tabi olacakları düşünülebilir. Ancak, doktrinde, saf garantinin her ne kadar şahsi bir teminat olsa da kefalet benzeri bir teminat olmamasından dolayı, TBK m. 603 hükmünün bu taahhütlerin şekli bakımından uygulanmayacağı savunulmaktadır¹²⁶⁹. TBK m. 583/1 hükmünde öngörülen şekil kuralının özel ve genel koruma amacı, kişisel güvence verilmesine ilişkin diğer sözleşmelerle borç altına giren gerçek kişiler bakımından da söz konusu olduğu için, bu sözleşmelerin esasına Türk hukukunun uygulandığı hallerde, sözleşmenin şekli geçerliliği bakımından, MÖHUK m. 7'ye gidilmeksizin, TBK m. 583/1'in doğrudan uygulanacağı kanaatindeyiz. O halde, kefalet sözleşmelerinin yanı sıra, kefalet benzeri garanti sözleşmeleri ile teminat amaçlı borca katılmanın şekli konusunda, bu ilişkilerin esasına Türk hukukunun uygulandığı hallerde, TBK m. 583/1'de öngörülen nitelikli yazılı şekil kuralı doğrudan uygulanacaktır.

Türk hukukunda, kefalet sözleşmelerini nitelikli yazılı şekil şartına tabi tutuan MÖHUK m. 583/1 hükmü, kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi bakımından da uygulama alanı bulur (TBK m. 583/2). Bu durumda, esasına Türk hukukunun uygulanacağı yabancı unsurlu bir kefalet sözleşmesi akdedilmesi için bir yetki verilmesi durumunda, TBK m. 583/1 hükmünün, bu yetkilendirmenin şekli bakımından da doğrudan uygulanan kural teşkil edip etmeyeceği sorusu karşımıza çıkmaktadır. Kural olarak, bu yetkilendirmenin şekli geçerliliği konusunda MÖHUK m. 7 uygulanır; buna göre, yetkilendirmenin yapıldığı yer hukukunun ya da yetkilendirmenin esasına uygulanacak hukukun¹²⁷⁰ şekil kurallarına göre yetkilendirmenin yapılması mümkündür. Ancak, kefil koruma amacının gerçekleşebilmesi için, yetkilendirmenin de kefalet sözleşmesi için öngörülen şekilde yapılması gerekir. Zira örneğin, kefilin sorumlu olacağı azami miktar kefalet sözleşmesinde temsilci tarafından belirtilmiş olsa dahi, yetkilendirme işleminde bu hususun belirtilmemiş olması, temsilcinin temsil yetkisini aştığı hallerde, kefilin, sorumlu olmak istemeyeceği miktarda bir borcun altına girmesine neden olabilecektir. Bu nedenle, devletin sosyal bir politikası olduğunu düşündüğümüz kefil koruma amacı çerçevesinde,

¹²⁶⁸ KAHRAMAN, Zafer, Saf Garanti Taahhütleri, İstanbul 2017, s. 128-129, 136. Gerçek kişilerce kurulan garanti sözleşmelerinin şeklinin TBK m. 583/1'e tabi olacağı yönünde ayrıca bkz. KAVAK, s. 195.

¹²⁶⁹ KAHRAMAN, s. 169. Kefalet benzeri garanti ile saf garanti arasındaki farklar için bkz. KAHRAMAN, s. 17-21.

¹²⁷⁰ Yetkilendirmenin esasına uygulanacak hukuka ilişkin açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm/ IV/ B/ 2/ B.

esasına Türk hukukunun uygulanacağı bir kefalet sözleşmesi için yapılan yetkilendirmenin şekli bakımından, TBK m. 583/2 hükmünün doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

D. Kanuna Karşı Hile

Milletlerarası özel hukukta kanuna karşı hile, tarafların, kanunlar ihtilafı kurallarınca yetkili olan hukukun maddi hukuk hükümlerinin uygulanmasını engellemek amacıyla hileli bir bağlanma ile bağlama noktasını değiştirerek tabi olmak istedikleri başka bir devlet hukukunun uygulanmasını sağlamalarını ifade etmektedir¹²⁷¹. Kanuna karşı hileden bahsedilebilmesi için dört şartın gerçekleşmesi gerekir. Buna göre, somut olaya uygulanması gereken ancak taraflarca uygulanması engellenen bir hukuk söz konusu olmalı; tarafların uygulanmasını istedikleri diğer bir hukuk bulunmalı; hileli sonucun doğumuna neden olacak hukuka uygun bir işlem yapılmalı ve hile amacı mevcut olmalıdır¹²⁷². Kanuna karşı hile, vatandaşlık, yerleşim yeri ya da mutad meskenin değiştirilmesi ile meydana gelebileceği gibi, hukuki işlemin gerçekleştirileceği yerin ya da ifa yerinin değiştirilmesi gibi çok çeşitli hallerde de söz konusu olabilecektir¹²⁷³. Milli hukuk düzenlemelerinde, kanuna karşı hile teşkil eden hileli bağlanmalara ilişkin hükümlere çoğunlukla yer verilmemektedir¹²⁷⁴. Bunun sebebi, kanuna karşı hile teşkil eden olayların çeşitliliği ve bunların hepsinin aynı öneme sahip olmamaları ile açıklanmaktadır¹²⁷⁵.

Türk hukukunda, kanuna karşı hile konusunda özel ya da genel herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Doktrinde, çoğunlukla, kamu düzeni müdahalesiyle kanuna karşı hilenin önlenebileceği kabul edilmektedir¹²⁷⁶. Buna göre, kanuna karşı hile yoluyla bertaraf edilen Türk maddi hukuk kuralı kamu düzenine ilişkin ise, kanuna karşı hile ile elde

¹²⁷¹ NOMER, s. 125; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 90; TEKİNALP/ UYANIK, s. 41-42; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 90; DOĞAN, s. 234; DOĞANGÜN, s. 184.

¹²⁷² BATIFFOL/ LAGARDE, Tome I, s. 594-600; NOMER, s. 126; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 93-94; TEKİNALP/ UYANIK, s. 42; DOĞAN, s. 234-235; DOĞANGÜN, s. 184.

¹²⁷³ NOMER, s. 127; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 91.

¹²⁷⁴ Bununla birlikte, bazı ülke hukuklarında, kanuna karşı hile konusunda özel düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. İsviçre hukukunda, İsviçre MÖHK m. 45 uyarınca, yabancı bir ülkede gerçekleştirilen bir evlilik, taraflardan birinin İsviçre vatandaşı olması ya da her ikisinin de İsviçre'de ikamet etmeleri durumunda, ancak, bu evliliğin İsviçre hukukunda evliliğin geçersizliğine neden olacak düzenlemelerin uygulanmasından kaçmak amacıyla yapılmamış olması halinde geçerli olacaktır.

¹²⁷⁵ NOMER, s. 127.

¹²⁷⁶ NOMER, s. 133; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 103; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 90; DOĞAN, s. 238. Buna karşılık, kanuna karşı hile ile kamu düzeni kavramları arasında bulunan yakın ilişkiye rağmen, bu iki kavramın teknik açıdan farklı kavramlar oldukları; bu nedenle her iki kavramın birbirinden bağımsız olarak düşünülmesi gerektiği ifade edilmelidir (BATIFFOL/ LAGARDE, Tome I, s. 599-600).

edilen sonuç kabul edilmeyecektir¹²⁷⁷. Diğer bir ifadeyle, kanuna karşı hile yoluyla bertaraf edilen hüküm ile korunmak istenen menfaat, kamu düzeninden kabul edilebilecek ağırlıkta ise, kamu düzeni müdahalesi gündeme gelerek hile ile elde edilmek istenen sonuç bertaraf edilecektir¹²⁷⁸. Kanuna karşı hilenin varlığı, tek başına, bir yaptırım uygulanmasına neden olmayacak; ancak hile ile elde edilen sonucun kamu düzenimizle bağdaşmaması ihtimalinde, hileli sonuç tanınmayacaktır¹²⁷⁹.

Hukuki işlemin şekli bakımından alternatif nitelikteki kuralın uygulama alanı bulunduğu hallerde, şekle uygulanması gereken işlem yeri hukuku (*lex loci actus*) ya da işlemin esasına uygulanacak hukuktan (*lex causae*) birinin şekil kurallarının uygulanmasından kaçabilmek için diğerinin öngördüğü şekilde işlemin yapılması, kanuna karşı hile teşkil etmeyecektir¹²⁸⁰. Zira bu imkân zaten kanunda öngörülmüştür; işlemin bu iki hukuktan birinin şekil kurallarına uygun olarak yapılması işlemin şekli geçerliliği bakımından yeterlidir, bu noktada, tarafların hangi saikle hareket ettiklerinin bir önemi bulunmamaktadır¹²⁸¹.

Milletlerarası özel hukukta hukuki işlemlerin şekli konusunda kanuna karşı hile, gerek alternatif nitelikteki kuralın gerekse bu kuralın istisnasını teşkil eden kuralların uygulandığı hallerde, bağlama noktasının hileli olarak değiştirilmesi durumunda söz konusu olacaktır¹²⁸². O halde, taraflar, bir hukuki işlemi, bir hukuktaki şekil zorunluluklarından kaçmak için şekil zorunluluğu öngörmeyen başka bir ülkede yapıyorlarsa ve tarafların sadece söz konusu şekil kurallarından kaçmak için bu işlemi yabancı bir ülkede yaptıkları tespit edilirse, bu durum, hukuki işlemin şekli bakımından işlemin yapıldığı yer hukukunun uygulanmasına engel olacaktır¹²⁸³. Benzer şekilde, örneğin, nişanlılar, sırf dini evlenme yapabilmek için yabancı bir ülkeye gidip bu şekilde evlendikten sonra yaşadıkları ülkeye dönerlerse, bu evliliğin şekli geçerliliği kanuna karşı hile iddiası ile karşılaşabilecektir¹²⁸⁴. Ancak, hukuki işlemlerin

¹²⁷⁷ NOMER, s. 133; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 103.

¹²⁷⁸ DOĞAN, s. 238.

¹²⁷⁹ NOMER, s. 133; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 90; DOĞAN, s. 238.

¹²⁸⁰ DOĞANGÜN, s. 185.

¹²⁸¹ DOĞANGÜN, s. 185.

¹²⁸² DOĞANGÜN, s. 185.

¹²⁸³ Bir Fransız mahkeme kararına konu olayda, bir Fransız, menkul mallar üzerinde bağışlama vaadinde bulunmak istemekte ve Fransız hukukunda bu hukuki işlemin noterde resmi şekilde yapılması öngörülürken, İsviçre hukukunda adi yazılı şekilde yapılması yeterli kabul edilmektedir. Bu kişi, noter masraflarından kurtulmak için İsviçre'ye giderek işlemi adi yazılı şekilde yapmış, Fransız mahkemeleri önünde işlemin şekli geçerliliği sorgulandığında, kanuna karşı hile yapıldığı sonucuna ulaşılmıştır (bkz. ÇELİKEL/ ERDEM, s. 95).

¹²⁸⁴ ÇELİKEL/ ERDEM, s. 91. Fransız içtihadında, nişanlıların, Fransız hukukundaki ilan zorunluluğundan kaçmak amacıyla başka bir ülkede yaptıkları evliliklerin, *LRA* kuralına uygun şekilde gerçekleştirilmesine

şekline uygulanacak hukuk bakımından, kanuna karşı hilenin yasaklanması ve bir yaptırıma bağlanması konusunda doktrinde farklı görüşler olduğu görülmektedir.

Doktrindeki bir görüşe göre, bir yandan, taraflara diledikleri ülkede o ülke hukukunun öngördüğü şekilde işlem yapma imkânı tanınması, diğer yandan, taraflar bu imkândan faydalandığında kanuna karşı hile gerekçesi ile işlemin yapıldığı yer hukukunun uygulanmaması, bir çelişki yaratmaktadır¹²⁸⁵. Tarafların planlı olarak, sırf işlem yapmak amacıyla bir ülkeye gitmeleri, örneğin tasdik işlemi masraflarından kaçmak ya da kolaylaştırıcı şekil kurallarından faydalanmak için işlemin belirli bir ülkede yapılmasını tercih etmeleri, alternatif nitelikli kuralın uygulanması bakımından önem teşkil etmez; işlem yeri hukukunun taraflarca bilinçli bir şekilde seçilmiş olması kanuna karşı hile olarak nitelendirilemez¹²⁸⁶.

Benzer bir görüş, hile kastının ispat edilmesindeki güçlüklerin ve bu konuda hâkime tanınan sınırsız takdir hakkının, kanuna karşı hile kastının varlığı halinde uygulanacak olan butlan yaptırımının çoğunlukla isabetli bir şekilde uygulanmasına engel olacağını; bu nedenle, şekle uygulanacak hukuk konusunda hile teorisinin uygulanmasının mümkün olmadığını ileri sürmektedir¹²⁸⁷.

Doktrindeki bir diğer görüş, taraflara tanınan bu serbestinin, kanuna karşı hile teşkil etmeyecek şekilde kullanılması gerektiğini; kanuna karşı hilenin tespiti çok güç olmakla birlikte, bunun tamamen göz ardı edilmemesi gerektiğini savunmaktadır¹²⁸⁸. Bu görüşle aynı sonuca ulaşan bir görüş, hukuki işlemlerin şekli bakımından yapılan kanuna karşı hilenin, hukuki işlemlerin esası bakımından yapılan kanuna karşı hileden ayrı olarak incelenmesi gerektiğini, şekil konusunda yapılan kanuna karşı hilenin çoğunlukla ciddi sonuçlar doğuracak önemde olmadığını ileri sürmektedir¹²⁸⁹. Buna göre, örneğin, bir hukuki işlemin, sırf daha az masraf yapmak amacıyla başka bir ülkede yapılması durumuna ağır sonuçlar bağlanması yerinde olmayacaktır; kanuna karşı hilenin her somut olayın özelliklerine göre, kanunlar ihtilafı kurallarının genel esasları ile taraf ve işlem menfaatlerinin göz önünde bulundurulması suretiyle çözümlenmesi gerekmektedir.

rağmen, kanuna karşı hile gerekçesiyle geçersiz sayıldığına ilişkin kararlar mevcuttur (bkz. BATIFFOL/ LAGARDE, Tome I, s. 595).

¹²⁸⁵ TEKİNALP/ UYANIK, s. 93, dn. 13.

¹²⁸⁶ TEKİNALP/ UYANIK, s. 93, dn. 13.

¹²⁸⁷ ERDENER, Locus Regit Actum, s. 114-115.

¹²⁸⁸ LEGIER, Loi Applicable A La Forme, s. 26.

¹²⁸⁹ DOĞANGÜN, s. 186. Aynı yönde bkz. DOĞAN, s. 237; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 103.

Hukuki işlemlerin şekli konusunda, kanuna karşı hilenin gündeme gelebileceğini savunan görüş, kanuna karşı hileye bir sonuç bağlanırken kamu düzeni esasından yola çıkılabileceğini; bununla birlikte, kanuna karşı hile ile kamu düzeninin koşul ve sonuçları bakımından farklı kavramlar olduklarını, buradaki kamu düzeni uygulamasının istisnai bir uygulama olarak görülmesi gerektiğini ifade etmektedir¹²⁹⁰. Örneğin, medeni evlenmenin kabul edildiği bir hukuk düzeninde bulunan kişilerin sırf medeni evlenmeyi bertaraf edebilmek için dini evlenmenin kabul edildiği bir ülkeye giderek burada evlenmeleri durumunda, bu evlenme kamu düzenine aykırı sayılabilecektir¹²⁹¹. Özellikle, iki Türk vatandaşının böyle bir evlilik gerçekleştirmeleri durumunda, bu evlilik, Türk hukukunun temel ilkelerinden ve anayasal prensiplerinden olan laiklik ilkesine aykırılık teşkil edecektir¹²⁹². Buna karşılık, medeni evlilikten kaçınmak için dini evlenmenin kabul edildiği bir ülkeye giderek evlenmenin gerçekleştirilmesi durumunda, bu evliliğin kanuna karşı hile gerekçesiyle geçersizlik yaptırımıyla karşılaşp karşılaşmayacağı konusunda, doktrindeki diğer bir görüş, kanuna karşı hile kastının ispatının imkansızlığı nedeniyle bu evliliği şeklen geçersiz saymanın mümkün olmadığını savunmaktadır¹²⁹³.

Kanaatimizce, hukuki işlemlerin şekli konusunda işlem yeri hukukunun tek başına ya da başka bir hukuka alternatif olarak yetkili kılındığı hallerde, hileli bağlanmanın bir yaptırıma bağlanması mümkün değildir. MÖHUK m. 7 hükmünde, taraflara, yapıldığı yer hukukunun ya da esasa uygulanacak hukukun şekil kurallarına uygun bir hukuki işlem yapma imkânı tanınmıştır. O halde, işlemi şeklen ayakta tutma amacı taşıyan bu hüküm uyarınca, tarafların diledikleri ülkede o ülkenin şekil kurallarına uygun bir hukuki işlem yapabilmeleri mümkündür. Bu durumda, kanunun kendilerine tanıdığı imkândan faydalanarak diledikleri ülkede o hukuka uygun bir işlem yapan tarafların, işlemi sırf başka bir ülkenin şekil kurallarından kaçmak maksadıyla bu ülkede yaptıklarının ispatı kanaatimizce mümkün değildir.

Şekil konusunda kanuna karşı hilenin varlığını kabul etmemiz halinde, bunun yaptırımı, hileli sonucun tanınmaması olacaktır. Böylece, *LRA* kuralının uygulanmasında, işlem yeri hileli olarak belirleniyorsa, işlem bu yer hukukunun şekil kurallarına uygun olsa dahi, geçersiz kabul edilebilecektir. Ancak, MÖHUK m. 7 hükmünün uygulama alanı

¹²⁹⁰ DOĞANGÜN, s. 186.

¹²⁹¹ Söz konusu görüş uyarınca, *LRA* ve *lex causae'nin* uygulanmasını bertaraf eden aleniyet şekillerinin hile kastiyla taraflarca bertaraf edilmesi durumunda, bu kuralların kamu düzenine ilişkin kurallar olmaları nedeniyle, bu hileli işlemlerin geçersiz sayılmaları gerekecektir (bkz. DOĞANGÜN, s. 187).

¹²⁹² DOĞANGÜN, s. 187.

¹²⁹³ ÇELİKEL/ ERDEM, s. 103-104.

bulduğu hallerde, hükmün *favor negotii* prensibi çerçevesinde düzenlenmesinin sonucu olarak, işlemin, esasa uygulanacak hukukun şekil kurallarına uygun olarak yapılması, şekli geçerlilik için yeterli olacaktır. O halde, kanaatimizce, MÖHUK m. 7 hükmünün düzenleniş şekli ve amacı da, bu hükmün uygulama alanı bulunduğu hallerde, kanuna karşı hile iddiası ile *LRA* kuralının bertaraf edilmesine engel olacaktır.

E. Zaman Bakımından Uygulama

1. Statü Değişikliği

Kanunların zaman bakımından uygulanması, iç hukuk alanında kanunların yürürlüğe girmesi ve geçmişe yürütmesi gibi meseleleri ortaya çıkarırken, bu konu, birden fazla ülke ile irtibatı olan uyuşmazlıklarda, iç hukuk alanında yaşananlar problemelere ek olarak başka problemlerle karşılaşılmasına neden olur¹²⁹⁴. Söz konusu problemler, uygulanacak hukukun belirlenmesinde kullanılan bağlama noktalarının değişmesi halinde gündeme gelir. Bağlama noktasında değişiklik meydana gelmesi durumunda, hukuki ilişkinin meydana geldiği andaki bağlama noktasının mı yoksa dava tarihindeki mi esas alınacağı problemi ortaya çıkar. Bağlama noktasının zaman içinde değişmesinden kaynaklanan problemler, “değişken statü ihtilafları” (*conflict mobile*) ya da “statü değişikliğinden doğan ihtilaflar” olarak adlandırılmaktadır¹²⁹⁵. Örneğin, kanunlar ihtilafı kurallarına göre ilgilinin milli hukukunun uygulanacağı öngörüldüğü hallerde, ilgilinin sonradan yeni bir vatandaşlık kazanması durumunda, esasa uygulanacak hukuk belirlenirken, hangi andaki vatandaşlığın dikkate alınacağı sorusu ile karşılaşılacaktır.

Statü değişikliğinden doğabilecek ihtilaflar, MÖHUK’ta bazı hukuki olay ve ilişkiler bakımından sabit bağlama kurallarının kabul edilmesiyle, bağlama kuralının sabitleştirilmediği hallerde ise, MÖHUK m. 3 hükmündeki genel nitelikteki düzenleme ile çözülmektedir. MÖHUK m. 3 hükmünde, statü değişikliği halinde, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, dava tarihinin esas alınması gerektiği düzenlenmiştir. Ancak, bu kural, hükümde açıkça belirtildiği üzere, sadece, yetkili hukukun vatandaşlık, yerleşim yeri ya da mutad mesken esasına göre belirlendiği hallerde geçerli olacaktır. Doktrinde, statü değişikliğinden doğan ihtilafların sadece yargıya intikal eden olay ve ilişkilerde değil, yargıya intikal etmemiş olay ve ilişkiler bakımından da söz konusu olabileceği, bunun yanı sıra, yetkili hukukun vatandaşlık, yerleşim yeri ya da mutad mesken esasına göre belirlendiği hallerde, tarafların bir işlemi yaparken işlem anındaki bağlama noktasında yer alan

¹²⁹⁴ DOĞAN, s. 266.

¹²⁹⁵ BATIFFOL/ LAGARDE, Tome I, s. 512; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 165; DOĞAN, s. 266; TEKİNALP/ UYANIK, s. 45; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 45.

düzenlemeyi dikkate almalarının doğal olacağı, söz konusu nedenlerde, MÖHUK m. 3 hükmündeki “dava tarihi”nin “işlem tarihi” olarak anlaşılması gerektiği savunulmaktadır¹²⁹⁶.

Değişken statü ihtilafları, sözleşmenin kuruluş yeri, sözleşmenin ifa yeri, haksız fiilin gerçekleştiği yer gibi bağlama noktaları bakımından söz konusu olmayacaktır¹²⁹⁷. Zira haksız fiilin işlendiği yer ya da sözleşmenin kuruluş yeri bellidir ve değişmesi mümkün değildir. Aynı durum, hukuki işlemlerin şekli konusunda kabul edilen “işlem yeri hukuku” bakımından da söz konusudur¹²⁹⁸. Hukuki işlemin yapıldığı yerin zaman içinde değişmesi söz konusu olamayacağı için işlem yeri hukukunun uygulanması konusunda statü değişikliğinden kaynaklı bir problem doğmayacaktır. Buna karşılık, şekil konusunda işlem yeri hukukuna alternatif olarak yetkili kılınan “işlemin esasına uygulanacak hukuk” bakımından statü değişikliği meydana gelebilir. İşlem anında işlemin esasına uygulanması gereken hukuk, esasa uygulanacak hukuku belirleyen bağlama noktasındaki değişiklik sonucu, uyuşmazlık tarihinde farklılaşabilir. Örneğin, yabancı unsurlu bir tüketici sözleşmesinin esasının tüketicinin mutad meskeni hukukuna tabi olduğu hallerde, tüketicinin sözleşmenin kurulduğu andaki mutad meskeni ile uyuşmazlık tarihindeki mutad meskeninin birbirinden farklı ülkelerde bulunması mümkündür. Bu durumda, tüketici sözleşmesinin şekline uygulanacak hukuk belirlenirken (MÖHUK m. 26/3), tüketicinin sözleşmenin kuruluşu andaki mutad meskeni hukukunun mu yoksa uyuşmazlık andaki mutad meskeni hukukunun mu dikkate alınacağı sorusu gündeme gelir.

Doktrinde, hukuki işlemlerin şekli konusunda, “işlemin yapıldığı andaki” *lex loci actus* ya da *lex causae*’dan hangisi seçilmişse, o hukukun şekle ilişkin kurallarının dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir¹²⁹⁹. MÖHUK’ta, bir geçerlilik koşulu olan “ehliyet” konusunda, statü değişikliği halinde işlem anının esas alınacağı, ehliyete ilişkin çeşitli hükümlerde açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere örnek olarak, evlenme ehliyeti (MÖHUK m. 13/1), evlat edinme ehliyeti (MÖHUK m. 18/1), ölüme bağlı tasarrufta bulunma ehliyeti (MÖHUK m. 20/5) gösterilebilir. Şekil bakımından ise, bu konuda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, şekil konusunda, örneğin, bir tanımanın şekli geçerliliği hakkında, işlem anı esas alınarak tanımanın gerçekleştiği andaki yetkili hukukların göz önünde tutulması gerektiği

¹²⁹⁶ DOĞAN, s. 272.

¹²⁹⁷ ÇELİKEL/ ERDEM, s. 166; ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 47.

¹²⁹⁸ ŞANLI/ ESEN/ ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 47.

¹²⁹⁹ ULUOCAK, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 38; DOĞANGÜN, s. 193.

savunulmaktadır¹³⁰⁰. O halde, işlem anında yetkili olan hukuklardan birine uygun şekilde yapılan bir hukuki işlem, statü değişikliği halinde de geçerliliğini koruyacaktır¹³⁰¹.

Kanaatimizce, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku belirleyen kanunlar ihtilafi kuralında, statü sabitlenmişse, hükümde belirtilen an esas alınarak uygulanacak hukuk tespit edilecek, böylece değişken statü ihtilafi doğmayacaktır. Örneğin, yabancı unsurlu bir mal rejimi sözleşmenin şekline uygulanacak belirlenirken, bu sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk, işlem yeri hukukunun yanı sıra yetkili olacak ve esasa uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 15/1 gereği, taraflarca hukuk seçimi yapılmadığı hallerde, eşlerin evlenme anındaki müşterek milli hukukları, bulunmadığı takdirde, evlenme anındaki müşterek mutad mesken hukukları, bu da bulunmuyorsa Türk hukuku olacaktır. Görüldüğü üzere, söz konusu hükümde, eşlerin evlenme sonrası yeni bir vatandaşlık kazanmaları ya da mutad meskenlerinin değişmesi ihtimaline karşı statü sabitlenerek, "evlenme anındaki" milli hukuk ya da mutad mesken hukuklarının dikkate alınacağı açıkça belirtilmiştir.

Uyuşmazlık konusu hukuki ilişkiye uygulanacak hukuku belirleyen kanunlar ihtilafi kuralında statü sabitlenmemişse, MÖHUK m. 3 hükmündeki genel düzenlemeden yola çıkılarak, "dava tarihindeki" milli hukuk, mutad mesken hukuku ya da yerleşim yeri hukukunun esas alınması gerektiği düşünülebilir. Ancak, kanaatimizce, MÖHUK m. 7 çerçevesinde uygulanacak hukuk belirlenirken, hükmün lafzı ve amacı birarada değerlendirildiğinde, "işlem anının" esas alınması daha doğru olacaktır. Zira MÖHUK m. 7 hükmünde, *lex loci actus* ile *lex causae* birbirine alternatif olarak yetkilendirilmek suretiyle işlemin şeklen ayakta tutulması hedeflenmiştir. Buna göre, taraflar, işlemi yaptıkları esnada, işlemin esasına uygulanacak hukuku göz önünde bulundurarak bu hukukun şekil kurallarına uygun bir işlem yapmış olabilirler. İşlemin yapılmasından sonra, tarafların mutad mesken ya da milli hukuklarındaki değişimler sonucu esasa uygulanacak hukukun farklılaşması, işlemin yeni hukukun şekil kurallarına aykırı olması nedeniyle geçersizliği sonucunu doğurabilecektir. Bu durum, hem işlem hem taraf menfaatini gözetilen MÖHUK m. 7 hükmünün amacına aykırı olacaktır.

Aynı değerlendirme, şekil bakımından *lex causae*'nin tek başına yetkili olduğu ve söz konusu şekil kuralının taraf menfaatini gözetmediği hallerde de geçerli olacaktır. Örneğin, MÖHUK m. 26 hükmünde düzenlenen ve hükmün ikinci fıkrasındaki koşulları sağlayan tüketici sözleşmelerinin şekli konusunda tüketicinin mutad meskeni hukuku tek başına yetkili

¹³⁰⁰ ULUOCAK, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 38.

¹³⁰¹ DOĞANGÜN, s. 193.

olacaktır. Bu hüküm işlem menfaatinden ziyade tüketici sözleşmesinin zayıf tarafını teşkil eden tüketicinin menfaatine hizmet etmektedir. Tüketicinin, sözleşmeyi akdettiği andaki mutad meskeni hukukunun kurallarını gözeterek bir sözleşme yapması olağandır. Söz konusu hüküm tüketiciyi en iyi bildiği hukukun şekil kurallarından faydalanması amacıyla düzenlenmiştir. O halde, tüketicinin mutad meskeninin sözleşme kurulduktan sonra değişmesi ihtimalinde, sözleşmenin şekli geçerliliğın incelenmesi esnasında esasa uygulanacak hukuk belirlenirken, işlem anının esas alınması ve tüketicinin işlem anındaki mutad meskeni hukukunun uygulanması yerinde olacaktır.

2. Uygulanacak Yabancı Hukukun Değişmesi

Kanunların zaman itibariyle uygulanmasına ilişkin sorunlar iç maddi hukuk ya da milletlerarası özel hukuk kurallarının¹³⁰² zaman içinde değişmesi sonucu ortaya çıkar¹³⁰³. Milletlerarası özel hukukta, zaman bakımından uygulama konusunda, statü değişikliğinin yanı sıra karşılaşılabilecek bir diğer problem, kanunlar ihtilafı kurallarının yetkili kıldığı hukukun iç maddi hukuk kurallarının zaman içinde değişmesidir.

Şekle uygulanacak hukukun maddi hukuk kurallarının zaman içinde değişmesi durumunda, işlemin yapıldığı anda şekle uygulanması gereken hukukun o anda yürürlükte bulunan şekil kurallarının mı yoksa uyuşmazlık anında yürürlükte olan şekil kurallarının mı esas alınacağı sorusunun cevaplandırılması gerekmektedir. Örneğın, dini şekilde yapılması gereken bir evlenme, medeni evlenme şeklinde gerçekleştirildikten sonra, yetkili hukukun maddi kuralları değişip medeni evlenme zorunlu hale gelmişse, burada aynı hukuk düzeni içinde şekle ilişkin maddi hukuk kurallarının değişmesi söz konusu olur (*conflits transitoires*) ve hangi andaki kuralların esas alınacağı sorusu gündeme gelir¹³⁰⁴.

Milletlerarası özel hukukta, iç maddi hukuk hükümlerinin değişmesine bağlı zaman bakımından uygulama problemlerinin çözümü konusunda, genel eğilim, yetkili olan hukukun, eski ve yeni kurallarının uygulanma anını belirleyen “yürürlük hukukunun” dikkate alınması

¹³⁰² MÖHUK m. 65 hükmünde, bu Kanun’un yayımı tarihinde yürürlüğe gireceği düzenlenmiştir. Doktrinde, söz konusu hükmün, kanunların zaman itibariyle uygulanmasına ilişkin sorunları çözmeye elverişli olmadığı ifade edilmektedir (bkz. TEKİNALP/ UYANIK, s. 44). Söz konusu görüş, MÖHUK’ta zaman bakımından uygulamaya ilişkin bir hükme yer verilmemesinin nedenini, Medeni Kanun’un Yürürlüğü ve Uygulanması Hakkında Kanun’da (RG., 8.12.2001, S. 24607), Türk Ticaret Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun’da (RG. 14.02.2011, S. 27846) ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda düzenlenmiş hükümlerin bu konuda çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümünde yeterli olacağı düşüncesiyle açıklamaktadır (bkz. TEKİNALP/ UYANIK, s. 44). Bu görüşe göre, söz konusu kanunlardaki yürürlük hükümlerinden yola çıkıldığında, önceki kanun döneminde kurulmuş ve sona ermiş olan hukuki işlem ve ilişkilerin, gerçekleştikleri tarihte yürürlükte olan milletlerarası özel hukuk kurallarına göre çözümlenmesi; önceki kanun döneminde meydana gelen ve halen devam eden hukuki ilişki ve işlemlerin ise, işlemin kurulması ile içeriği bakımından farklı şekilde değerlendirilmesi gerekmektedir (bkz. TEKİNALP/ UYANIK, s. 44-45).

¹³⁰³ DOĞANGÜN, s. 191.

¹³⁰⁴ ULUOCAK, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 38; DOĞANGÜN, s. 192.

yönündedir¹³⁰⁵. O halde, verilen örnek bakımından, ilgili yürürlük hukuku, medeni evliliği geçmişe etkili olarak geçerli kabul ediyorsa, evlilik şekil bakımından geçerli kabul edilecek; yürürlük hukuku geçmişe etkiyi kabul etmiyorsa dini şekilde yapılması gereken evlilik medeni şekilde yapılmış olması nedeniyle geçersiz sayılacaktır¹³⁰⁶.

Doktrinde, yabancı hukukun yürürlük kurallarının, haksız sonuçlar doğurması ya da *lex fori*'nin kamu düzenini sarsacak nitelikte olması halinde, bu kurallarının uygulanmasından kaçınılabileceği ifade edilmektedir¹³⁰⁷. Örneğin, laik evlenme şeklinin, şekle uygulanacak hukuktaki kanun değişikliği ile dini evlenme şekline dönüştürülmesi ihtimalinde, laik evliliğin geçersiz kılınması gibi bir sonuç alınıyorsa, kamu düzeni gözetilmek suretiyle evlilik geçerli sayılabilecektir¹³⁰⁸.

Uyuşmazlığın esasına uygulanacak yabancı hukukun konuya ilişkin yürürlük kuralları içermemesi ihtimalinde, zaman bakımından uygulamaya ilişkin sorunun ne şekilde çözümleneceği konusunda doktrinde fikir birliği mevcut değildir. Doktrindeki bir görüş, hâkimin, bu konudaki kendi kurallarından (*lex fori*'nin yürürlük kuralları) yararlanabileceğini savunmaktadır¹³⁰⁹. Buna karşılık, doktrindeki bir diğer görüşe göre, bu durumda, uyuşmazlığın çözümünde yetkili olan yabancı hukukta zamanlararası kanunlar ihtilafının genel olarak nasıl çözümlendiği dikkate alınarak sonuca ulaşılması gerekmektedir¹³¹⁰. Kanaatimizce, MÖHUK 'un yetkili kıldığı yabancı hukukta, mevcut uyuşmazlık bakımından uygulanması gereken kanuna ilişkin bir yürürlük kuralı bulunmuyorsa, *lex fori* yerine söz konusu yabancı hukuktaki genel yürürlük kurallarına bakılması daha doğru olacaktır. Bu durum, MÖHUK'un işaret ettiği hukukun bir bütün olarak uyuşmazlığa uygulanması gerekliliğinin bir sonucudur.

¹³⁰⁵ ULUOCAK, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 38; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 164; TEKİNALP/ UYANIK, s. 44-45; DOĞANGÜN, s. 192.

¹³⁰⁶ Bir İngiliz mahkeme kararına konu olayda, iki Polonyalı, medeni evlenmeyi kabul eden Avusturya'da dini şekilde evlenmiştir. Bu evlilik, Avusturya hukukuna göre medeni şekilde yapılmadığı için batıldır. Sonradan, Avusturya hukukunda kabul edilen bir kanunla, önceden yapılmış dini evlenmelerin, usulüne göre tescil edilmeleri halinde geçerli olacakları düzenlenmiş, eşlerden biri bu düzenlemeden yararlanarak evliliği tescil ettirmiştir. Bu esnada İngiltere'ye yerleşmiş olan diğer eş, İngiltere'de tekrar evlenmiştir. Avusturya ve İngiltere'de yapılmış olan iki evlilikten hangisinin geçerli olacağına ilişkin çıkan uyuşmazlıkta, İngiliz mahkemesi, Avusturya hukukundaki değişikliği, bu hukuka uygun olarak geçmişe etkili şekilde uygulamış ve ilk evliliği geçerli kabul etmiştir (bkz. CHESHIRE, NORTH & FAWCETT, s. 897; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 164).

¹³⁰⁷ ULUOCAK, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 38; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 164; DOĞANGÜN, s. 192.

¹³⁰⁸ ULUOCAK, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 38; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 164.

¹³⁰⁹ ULUOCAK, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 38; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 164.

¹³¹⁰ TEKİNALP/ UYANIK, s. 45. Benzer bir görüş için bkz. DOĞANGÜN, s. 192.

SONUÇ

Şekil, bir iradeyi dışa yansıtmaya yarayan araçtır. Tüm irade beyanlarında şekil mevcuttur; şekilsiz irade beyanı söz konusu olamaz. Bir hukuki işlemin şekle bağlı olması, beyan sahibinin iradesini dışa yansıtırken belirli bir şekle uyması zorunluluğunu ifade ederken, şekil serbestisi, beyan sahibinin dilediği şekilde iradesini açıklayabilmesidir. Şekil kurallarının özel ve genel koruma amacı bulunur. Şeklin özel koruma amacı, hukuki işlemin taraflarının menfaatini korumaktır. Kefalet sözleşmesi gibi taraflardan sadece birine borç yükleyen sözleşmelerde, şekil kuralı, borç altına giren kişiyi korumayı hedeflerken, taşınmaz satış sözleşmesi gibi her iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, şekil, taraflardan ikisini de korumayı amaçlar. Şeklin genel koruma amacı ise, hukuki işlemin tarafları dışındaki üçüncü kişilerin menfaatleri ile kamu menfaatinin korunmasıdır. Genel koruma amacı güden şekil kurallarına örnek olarak, taşınmaz satış sözleşmesinin tapuda resmi şekilde yapılmasını öngören şekil kuralı gösterilebilir.

Bir hukuki işlemin şekli geçerliliği incelenirken, bu işlemin yabancılik unsuru taşıması halinde, uyuşmazlığa hangi hukukun uygulanacağı meselesi gündeme gelir. Bu mesele kanunlar ihtilafı kuralları ile çözüme kavuşturulur. Hukuki işlemlerin şekli konusunda milli hukuk düzenlemeleri arasındaki farklılıklar, uyuşmazlığa uygulanacak hukukun tespitinin önemini ortaya koymaktadır. Milli hukuk düzenlemeleri, şekil konusunda, çeşitli açılardan farklılaşabilir. İlk olarak, şekle ilişkin temel esaslar bakımından farklılık mevcut olabilir. Örneğin, Türk ve İsviçre hukuklarında, taraflar, kanunda şekle bağlanmamış bir sözleşmeyi belirli bir şekilde yapmayı kararlaştırmışlarsa, bu şekil şartı, karine olarak, geçerlilik şekli teşkil eder. Buna karşılık, Fransız hukukunda, taraflarca kararlaştırılan şeklin, ispat mı yoksa geçerlilik şekli mi olduğu konusunda sözleşmede bir açıklık bulunmuyorsa, hâkim taraf iradelerinin hangi doğrultuda olduğunu araştırıp incelemekle yükümlü olacaktır.

İkinci olarak, milli hukuk düzenlemeleri arasında, hangi hukuki işlemlerin şekle tabi olacağı ya da hukuki işlemin tabi olduğu şekil şartının ne olduğu konusunda farklılıklar bulunabilir. Örneğin, Türk hukukunda miras sözleşmesinin resmi vasiyetname şeklinde düzenlenmesi gerekirken (TMK m. 545/1, 532), İsviçre hukukunda bu sözleşmenin yazılı şekilde yapılması öngörülmektedir (İsv. MK m. 513). Ayrıca, şekil şartının yerine getirilme biçimi de ülkeden ülkeye farklılık gösterebilir. Örneğin, Türk hukukunda, resmi şekil şartının gerçekleşmesi bakımından işlemde birlik ilkesi geçerlidir. Buna göre, taraflar, sözleşmenin kurulmasına yönelik irade beyanlarını, resmi memur önünde, aynı zamanda ve birlikte açıklamak durumundadır. Buna karşılık, Alman hukukunda, geçerliliği resmi şekil şartına

bağlı bir sözleşmenin tarafları, aynı anda resmi memur önünde hazır bulunmak zorunda değildir. Taraflar, kendi irade beyanlarını ayrı ayrı ve farklı zamanlarda resmiyete bağlayabilir.

Son olarak, milli hukuk düzenlemeleri, şekle aykırılığın sonuçları bakımından farklı hükümler ihtiva edebilir. Örneğin, Fransız hukukunda, şekle aykırılığın yaptırımı konusunda, şekil kuralının genel koruma amacı taşıdığı hallerde mutlak hükümsüzlük, özel koruma amacı taşıdığı hallerde ise nisbi hükümsüzlük yaptırımının uygulanacağı kabul edilmektedir. Hem mutlak hem nisbi hükümsüzlük halleri için beş yıllık zamanaçımı süresi öngörülmekte ve geçersizlik ancak dava yoluyla ileri sürülebilmektedir. Buna karşılık, Türk hukukunda, şekle aykırılığın yaptırımı konusunda farklı görüşler ileri sürülmekle birlikte, şekil kuralının genel ya da özel koruma amacı taşımasına bağlı bir ayrıma gidilmemekte ve şekle aykırılığın dava yoluyla ileri sürülme zorunluluğu bulunmamaktadır.

Kanunlar ihtilafı hukukunda, şekle uygulanacak hukuku belirleyen en eski bağlama kuralı, “*locus regit actum*” (*LRA*) olarak ifade edilen “işlemin yapıldığı yer” hukukunu yetkili kılan bağlama kuralıdır. *LRA* kuralının çıkış noktası, pratik zorunluluklar ve işlem güvenliğidir. Amaç, hukuki işlemin en basit şekil kuralları uyarınca yapılması değil; tarafların öngörebilecekleri ve hakkında kolayca bilgi sahibi olabilecekleri bir hukukun uygulanması suretiyle işlemin geçerliliğinin sağlanmasıdır. *LRA* kuralı, işlemin yapılmasında taraflara hız ve kolaylık sağlaması, diğer taraftan işlemin geçerli olarak kurulmasını sağlaması dolayısıyla hem taraf menfaatine hem de işlem menfaatine hizmet etmektedir.

LRA kuralı, günümüzde, bazı istisnai haller haricinde, mutlak bir uygulama alanına sahip değildir; işlemin esasına uygulanacak hukuka (*lex causae*) alternatif olarak uygulanmaktadır. *LRA* kuralı işlem menfaatine hizmet eder ve işlemi geçerli kılmayı hedefler. *LRA*'nın kabulü kolaylık ve pratiklik sağlarken, hukuki işlemlerde bütünlük fikri, işlemin içeriği ve hükümleri ile şeklinin aynı hukuka (*lex causae*) tabi olmasını haklı kılar. İşlem yeri hukukunun emredici olarak uygulanması, özellikle elektronik sözleşmelerde, sözleşmenin kurulduğu yerin belirsiz ya da tesadüfi olması nedeniyle sorun teşkil edebilir. Ayrıca, tarafların işlemi gerçekleştirdikleri ülke hukukuna yabancı olmaları ve bu hukuku bilmemeleri ihtimal dahilindedir. *LRA*'nın zorunlu uygulama alanına sahip olması, işlemin geçersizliği sonucunu doğurabilir. Bu nedenle, işlemin esasına uygulanacak hukukun uygulanmasının yasaklanması, *LRA* kuralının kabul gerekçesiyle örtüşmez.

Türk hukukunda, MÖHUK m. 7 hükmünde, işlemi ayakta tutma amacı (*favor negotii* prensibi) çerçevesinde, hukuki işlemlerin şekli konusunda, *LRA* ile *lex causae*'nin birbirine alternatif olarak yetkili olacağı düzenlenmiş; işlemin bu iki hukuktan birinin şekil kurallarına

uygun olması halinde geçerli olacağı öngörülmüştür. Hukuki işlem, her iki hukuka göre de geçersizse, şekle aykırılığın sonuçlarına *favor negotii* prensibi çerçevesinde, daha hafif yaptırım öngören hukukun uygulanması gerekir.

MÖHUK m. 7 hükmünün kapsamı belirlenirken, öncelikle, hangi konuların şekle ilişkin olduğunun tespiti gerekir. Bu bir vasıflandırma konusudur ve *lex fori*'ye yani Türk hukukuna göre yapılır. İradenin içeriğiyle ilgili olmayan, sadece dış dünyaya nasıl yansıtılacağını belirleyen kurallar şekle ilişkin kabul edilir. Şekil konusunun vasıflandırılmasında özellik arz eden hususlar; kuralın şekle ya da esasa ilişkin olması, mahkeme kararının ya da idari makamın izninin gerekliliği ve şekil kuralının maddi hukuk ya da usul hukuku bakımından sonuç doğurması meseleleridir.

Hukuki işlemin geçerli olarak kurulabilmesi için mahkeme kararı ya da idari makam iznine ihtiyaç duyulması halinde, kanaatimizce, bu iznin verilebilmesi için söz konusu makam tarafından hukuki işlemin esasına ilişkin bir denetim yapılıyorsa, izin ya da kararın gerekliliği şekle değil esasa ilişkin kabul edilmelidir. Bu çerçevede, boşanma ve evlat edinme kararları için Türk hukukunda öngörülen mahkeme kararı zorunluluğu, esasa ilişkin bir meseledir. Bununla birlikte, Türkiye'de gerçekleşen boşanma ve evlat edinmeler bakımından, bu işlemlerin esasına uygulanacak hukuk mahkeme kararı gerekliliği öngörmese bile, ailenin ve çocuğun korunması prensipleri çerçevesinde, Türk hukukundaki mahkeme kararı zorunluluğuna ilişkin kurallar, MÖHUK m. 6 gereği doğrudan uygulanmalıdır.

Vasıflandırma ihtilafı olan hallerde, kural olarak, *lex fori* yöntem uyarınca, Türk hukukundaki vasıflandırma dikkate alınır. Ancak, uyuşmazlık konusunu Türk hukukunun öngördüğü hukuki kalıp içine soktuğumuzda, işlemin geçersizliği sonucuna ulaşıyor, buna karşılık, işlemin esasına uygulanacak hukukun vasıflandırması dikkate alındığında işlem geçerli oluyorsa, esasa uygulanacak hukukun vasıflandırmasının dikkate alınması, milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine daha çok hizmet edecektir.

MÖHUK m. 7 hükmü, hukuki işlemin şekle tabi olup olmadığı ve şekle aykırılık halinde bunun sonuçlarının neler olacağı meselelerinin yanı sıra, hukuki işlemin hazırlık aşaması ve devamı süreçlerinde karşılaşılabilecek şekil problemlerini de kapsar. MÖHUK m. 7, şekle uygulanacak hukuku belirleyen genel kanunlar ihtilafı kuralıdır. Kanunda bir hukuki işlemin şekli bakımından özel bir kanunlar ihtilafı kuralı öngörülmüşse, MÖHUK m. 7 uygulama alanı bulmaz. Bu çerçevede, MÖHUK m. 24'e tabi sözleşmeler, iş sözleşmeleri, eşya taşıma sözleşmeleri, fikri haklara ilişkin sözleşmeler, temsil yetkisi verilmesi işlemi, tüketici sözleşmeleri hariç olmak üzere hukuk seçimi, mal rejimi sözleşmesi, taşınırın aynına ilişkin hukuki işlemlerin şekli (örneğin mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi), evlat

edinmede şekil problemleri (örneğin evlat edinmede ana ve babanın rızasının şekli), soybağını kuran yöntemlerin gerçekleştirilme biçimi (örneğin tanınmanın şekli) MÖHUK m. 7 hükmünün kapsamındadır.

MÖHUK m. 7 çerçevesinde, *LRA* kuralının uygulanması, tek taraflı hukuki işlemler bakımından bir özellik arz etmez. Tek taraflı hukuki işlemlerde, işlem yeri, iradenin açıklandığı yerdir. İki taraflı hukuki işlemlerde, işlem anında tarafların aynı ülkede bulunmaları durumunda, işlem yerinin tespitinde güçlük yaşanmayacaktır. Buna karşılık, işlem anında tarafların farklı ülkelerde bulunmaları, yani sözleşmenin kurulmasına yönelik irade açıklamalarının farklı ülkelerde yapılmış olması ihtimalinde, işlem yeri olarak hangi ülke hukukunun uygulanacağı sorusu gündeme gelir. Bu mesele, gerek hazırlar arası gerekse hazır olmayanlar arası akdedilen sözleşmelerde karşımıza çıkar. MÖHUK m. 7 hükmü bu konuda bir boşluk içermektedir.

İşlem yerinin tespiti meselesi, bağlama konusunun vasıflandırılmasına ilişkindir ve bu vasıflandırma *lex fori*'ye göre yapılacaktır. Türk hukukunda, sözleşmenin kuruluş yerini belirleyen özel bir düzenleme mevcut değildir. Sözleşmenin kuruluş anına ilişkin düzenlemelerden yola çıkılarak bu belirleme yapılmaktadır. Söz konusu hükümlerden yola çıkıldığında, işlem yeri olarak, taraflarca öngörülmesi mümkün olmayan tesadüfi bir hukukun uygulanması gündeme gelebilir. Bu durum, özellikle, elektronik sözleşmelerde karşımıza çıkar. Zira taşınabilir bilgisayarlar aracılığıyla akdedilebilen bu tür sözleşmelerde, öneri ya da kabul beyanlarının dünyanın herhangi bir yerinde açıklanması mümkündür.

Taraflarca öngörülemeyecek tesadüfi bir yerin işlem yeri olarak uygulanması, *LRA*'nın kabul gerekçeleri ve *favor negotii* prensibiyle örtüşmez. Bu nedenle, kanaatimizce, MÖHUK'ta şu yönde bir hükmün düzenlenmesi yerinde olacaktır: "*Tek taraflı hukuki işlemler, işlemin yapıldığı ülke hukukunun ya da işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun öngördüğü şekilde yapılabilir. Bir sözleşme, sözleşmenin kurulmasına yönelik irade açıklamalarının aynı ülkede yapılması halinde, bu ülke hukukunun ya da sözleşmenin esası hakkında yetkili olan hukukun öngördüğü şekilde yapılabilir. Bir sözleşme, sözleşmenin kurulmasına yönelik irade açıklamalarının farklı ülkelerde yapılması halinde, iradelerin açıklandığı ülke hukuklarından birinin ya da sözleşmenin esası hakkında yetkili olan hukukun veya tarafların irade açıklamalarını yaptıkları andaki mutad mesken hukuklarından birinin öngördüğü şekilde yapılabilir*"

MÖHUK m. 7 çerçevesinde, işlem yeri hukukuna alternatif olarak işlemin esasına uygulanacak hukukun yetkili olması, sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun subjektif yöntemle belirlenmesi yani bir hukuk seçiminin varlığı halinde, bazı soruları gündeme

getirmektedir. Bu sorulardan ilki, hukuk seçimi imkanına bağlı olarak, tarafların *LRA* kuralının uygulanmasına engel olup olamayacaklarıdır. Kanaatimizce, MÖHUK 'ta hukuk seçimine açıkça imkân tanınan haller dışında, esasa uygulanacak hukukun taraflarca belirlenmesi mümkün olmadığından ve MÖHUK m. 24/1 hükmü şekli kapsamadığından, şekil konusunda bir hukuk seçimi yapılması mümkün değildir. Bu durum, tarafların seçtikleri hukuka aykırı ve fakat işlem yeri hukukuna uygun olarak yaptıkları sözleşmelerin yanı sıra seçilen hukuka uygun olup da işlem yeri hukukundaki doğrudan uygulanan kurallara aykırı olarak düzenlenen sözleşmeler bakımından önem teşkil eder. Şekle ilişkin hukuk seçimi yapılamaması sonucu, ilk ihtimalde, işlem yerine uygun yapılmış sözleşme geçerli kabul edilecekken, ikinci ihtimalde, sözleşme, *lex causae*'nin şekil kurallarına uygun olsa dahi, *LRA*'nın doğrudan uygulanan kurallarına aykırı olması dolayısıyla geçersiz sayılacaktır.

Sözleşmenin esasına uygulanmak üzere taraflarca seçilen hukukun sözleşmenin şekli konusunda işlem yeri hukukuna alternatif olarak yetkili olmasının gündeme getirebileceği bir diğer mesele, kısmi hukuk seçiminin varlığı halinde, *lex causae* olarak hangi hukukun esas alınacağı hususudur. Zira bu durumda taraflar ya sözleşmenin bir kısmı için hukuk seçimi yapmakta ve geri kalan kısma uygulanacak hukuk objektif yöntem uyarınca belirlenmekte ya da sözleşmenin farklı kısımları için farklı hukukların uygulanacağını kararlaştırmaktadır. Herhalükarda *lex cause* olarak birden fazla hukuk mevcut olacağı için hangisinin şekli geçerlilik değerlendirmesinde *lex causae* olarak dikkate alınacağı sorusunun cevaplandırılması gerekir. Kanaatimizce, *favor negotii* prensibi çerçevesinde, sözleşmenin, esas bakımından yetkili olan hukuklardan herhangi birinin şekil kurallarına uygun olarak yapılmış olması, şekli geçerlilik için yeterli sayılmalıdır.

Sözleşmenin kurulmasından sonra yapılan ya da değiştirilen hukuk seçiminin sözleşmenin geçerliliğini etkileyip etkilemeyeceği konusunda ise, iki ihtimal ayrı ayrı değerlendirilmelidir. İlk olarak, şeklen geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmenin sonradan yapılan hukuk seçimiyle geçersiz hale gelip gelmeyeceği belirlenirken, MÖHUK m. 7 hükmünün amacı ile Türk hukukunda kanunların zaman bakımından yürürlüğüne ilişkin prensiplerin dikkate alınması gerekir. Zira bu durumda sözleşmenin kuruluş anında esasa uygulanması gereken hukuk ile esasa uygulanmak üzere sonradan seçilen hukuk arasında, eski kanun – yeni kanun ilişkisi mevcuttur. "Kanunların geçmişe etkili olmaması" ilkesi gereği, eski kanun zamanında bu kanuna göre kurulmuş ve tamamlanmış işlemler yeni kanundan etkilenmez. Buna göre, sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka göre şeklen geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmenin, taraflarca sonradan seçilen hukukun şekil kurallarına aykırı olması, bu sözleşmenin geçersiz olması sonucunu doğurmaz.

İkinci olarak, şeklen geçersiz bir sözleşmenin sonradan yapılan hukuk seçimi ile hüküm doğurup doğurmayacağı konusunda, yine kanunların geçmişe etkili olmaması prensibinden yola çıkıldığında, burada da tamamlanmış bir işlem söz konusu olduğundan, geçersiz bir sözleşmenin geçerli hale gelmeyeceği sonucuna ulaşılır. Bununla birlikte, sözleşmenin kurulduğu tarih itibariyle şekle uygulanması gereken hukukun şekle aykırılığa bağladığı sonuçlar dikkate alınmalıdır. Bu hukukta şekle aykırılık halinde kesin hükümsüzlük ya da yokluk yaptırımı öngörülmesi halinde sözleşme geçerli hale gelmeyecektir. Buna karşılık, söz konusu hukukta düzelebilir bir geçersizlik hali yani "iptal edilebilirlik" yaptırımı öngörülüyorsa, bu durumda işlem henüz tamamlanmadığından, sözleşmeyi şeklen geçerli kılacak bir hukukun esasa uygulanmak üzere taraflarca sonradan seçilmesi halinde sözleşme yeni statüye tabi olacak ve geçerli sayılacaktır.

Kanunda, hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuk konusunda özel bir kanunlar ihtilafı kuralının düzenlendiği hallerde, MÖHUK m. 7 hükmü uygulama alanı bulmaz. Bu çerçevede, MÖHUK m. 26'da sayılan koşulları sağlayan tüketici sözleşmeleri (MÖHUK m. 26/3), taşınmazların aynına ilişkin hukuki işlemler (MÖHUK m. 21/4), kambiyo senetleri (TTK m. 767, 778, 820) ve ölüme bağlı tasarrufların (MÖHUK m. 20/4) şekli, MÖHUK m. 7 hükmüne tabi değildir. Bunun yanı sıra, MÖHUK m. 7 hükmünde belirtilen hukuklardan birinin (*lex causae* ve *LRA*) ya da *lex fori*'nin uyuşmazlık konusuna ilişkin doğrudan uygulanan kurallarının varlığı, MÖHUK m. 7 hükmünün alternatif niteliğinin ortadan kalkmasına neden olur. Bu durumda, hukuki işlemin şeklen geçerli olup olmadığı, söz konusu doğrudan uygulanan kurallara uygun olup olmadığına göre belirlenir.

Evlenmenin şekli konusunda MÖHUK m. 13/2 gereği, evliliğin gerçekleştiği ülke hukuku (*LRA*) tek başına yetkilidir. Evliliğin şekli, evlilik merasimine ilişkin hususlar, evlilik öncesi ilan zorunlulukları, evliliğin temsilci aracılığıyla gerçekleşip gerçekleşmeyeceği, evlenme akdinin tamamlandığı an gibi konuları içerir. Evlilik benzeri yaşam modellerinin şekli konusunda da *LRA* kuralı tek başına uygulama alanı bulur. Evlenmenin şekli bakımından *LRA* kuralının uygulanması sonucu, Türkiye'de gerçekleştirilen evliliklerin Türk Medeni Kanunu'nda öngörülen merasime uygun olması gerekirken, yabancı ülkelerde gerçekleştirilen evliliklerin şekli geçerliliği, evliliğin gerçekleştiği ülke hukukuna tabi olur. Bu çerçevede, iki Türk vatandaşının dini merasimi kabul eden bir ülkede bu şekilde evlenmeleri halinde, bu evlilik Türk hukuku bakımından da geçerli kabul edilecektir.

MÖHUK m. 2/3 gereği, kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilaflarda, kanunda aksi açıkça öngörülmemişse atıf dikkate alınacaktır ve hâkimin atfı uygulayıp uygulamama konusunda bir takdir hakkı bulunmamaktadır. Evliliğin geçerliliğine ilişkin bir uyuşmazlığın,

aile hukuku kapsamında yer aldığı şüphesizdir. MÖHUK m. 13/2 düzenlemesinde atfin uygulanmayacağına açıkça belirtilmemiş olması karşısında, evliliğin şekline uygulanacak hukuk tespit edilirken, atfin uygulanması gerekecektir. Bununla birlikte, atfin uygulanması bazı durumlarda, LRA kuralının düzenlenme amacına aykırı sonuçlar doğurabilecektir. Örneğin, yapıldığı ülke hukukunun öngördüğü dini merasimle gerçekleşen bir evlilik, bu ülkede evliliğin şekline tarafların müşterek hukuklarının uygulanması ve müşterek hukukta medeni evliliğin öngörülmesi nedeniyle, Türk hukuku bakımından geçersiz sayılacaktır. Bu durum, gerek hükmün amacına gerek taraf menfaatlerine aykırıdır. Bu çerçevede, kanaatimizce, MÖHUK m. 13/2 hükmünde, “*evliliğin şekline yapıldığı ülke hukukunun maddi hukuk hükümlerinin uygulanacağı*” şeklinde bir düzenlenmeye yer verilmesi yerinde olacaktır.

MÖHUK m. 7 hükmünün kapsamı dışında kalan bir diğer konu, taşınmazların aynına ilişkin hukuki işlemlerdir. MÖHUK m. 21/4 gereği, taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin hukuki işlemlere, şekil yönünden, bu malların buldukları ülke hukuku (LRS) uygulanacaktır. Söz konusu hükümde yer alan “taşınmazların aynına ilişkin hukuki işlemler” ile taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin hem borçlandırıcı hem de tasarruf işlemlerinin mi kastedildiği yoksa borçlandırıcı işlemlerin kapsam dışı bırakılarak sadece tasarruf işlemlerinin mi hükme dahil olduğu hususunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır.

Kanaatimizce, bu konuda, Türk maddi hukukundaki borçlandırıcı işlem – tasarruf işlemi ayırımından yola çıkılması gerekir. Söz konusu işlemlerin, Türk maddi hukukunda, birbirinden bağımsız işlemler olmaları ve MÖHUK’ta yer alan kanunlar ihtilafı kurallarının bu ayırım gözetilerek düzenlenmeleri (örneğin MÖHUK m. 21, 25) dolayısıyla, MÖHUK m. 21/4 hükmünün sadece taşınmaz üzerindeki aynı haklara ilişkin tasarruf işlemlerini kapsadığı kabul edilmelidir. Buna göre, taşınmazın aynına ilişkin borçlandırıcı işlemler, MÖHUK m. 7 çerçevesinde, işlem yeri hukukunun ya da taşınmazın bulunduğu ülke hukukunun öngördüğü şekilde yapılabilecektir. Bununla birlikte, Türk hukukunda, taşınmazlar üzerindeki mülkiyet ve sınırlı aynı hakların devrine ilişkin sözleşmelerin tapuda yapılmasını öngören resmi şekil kuralının, doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

TMK m. 1007 hükmünde “Devletin tapu sicilinin tutulmasından sorumluluğunu” öngören düzenleme gereği, şekil bakımından geçerli olmayan bir sözleşmeye istinaden tapuda tescil işlemi yapılırsa, bu yolsuz tescile dayanarak TMK m. 1023 çerçevesinde iyi niyetli üçüncü kişilerin aynı hak kazanımları korunacak, böylece gerçek malikin uğradığı zarardan dolayı Devletin sorumluluğu gündeme gelecektir. Ayrıca, tapu sicilinde gerçekleşecek olan tescil işleminin sebebe bağlı olması dolayısıyla, Türkiye’deki taşınmaza ilişkin olarak yabancı bir ülkede o yer hukukuna uygun şekilde yapılmış bir satış sözleşmesine dayanarak tapuda

tescil talebi söz konusu olduğunda, Türk tapu memuru, bu sözleşmenin yabancı hukuka uygunluğunu denetleyemeyeceğinden, bu sözleşmeye istinaden tescil işlemini gerçekleştiremeyecektir. Bu nedenlerle, Türkiye'deki bir taşınmazı konu alan satış sözleşmesi, bağışlama vaadi, alım ve geri alım sözleşmeleri ile taşınmaz üzerinde ipotek, irtifak ve taşınmaz yükü tesisi öngören sözleşmelerin tapuda resmi şekilde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Buna karşılık, Türkiye'deki bir taşınmazı konu edinen ve noterde gerçekleşmesi gereken işlemler bakımından (örneğin taşınmaz satış vaadi), tapu sicilinin tutulmasına ilişkin prensipler geçerli olmadığından, bu işlemlerin MÖHUK m. 7 çerçevesinde, noterde resmi şekilde ya da işlem yeri hukukun öngördüğü şekilde yapılmaları mümkündür.

Tapuda gerçekleşecek şerh işlemlerinin dayanağını teşkil eden şerh anlaşmalarının şekli konusunda ise, taşınmazların aynına ilişkin borçlandırııcı işlemlerin şeklinde olduğu gibi, MÖHUK m. 7 uygulanacaktır. Türk tapu siciline hâkim olan prensipler, tescilin yanı sıra şerh işlemi bakımından da geçerlidir. Tapu memurunun şerh işlemini gerçekleştirirken, şerh anlaşmasının yabancı bir hukuka uygunluğunu incelemesi mümkün olmadığından, Türk hukukunda, şerh anlaşması için öngörülen şekil kurallarının, Türkiye'de bulunan taşınmazlar üzerindeki şahsi haklara ilişkin verilecek şerhler bakımından doğrudan uygulanan kural teşkil ettikleri kanaatindeyiz. Aynı esas, tapuya şerh edilecek olan sözleşmenin şekli bakımından da söz konusudur.

Türk hukukundaki doğrudan uygulanan kurallar istisna olmak kaydıyla, taşınmazların aynına ilişkin borçlandırııcı işlemler, MÖHUK m. 7 çerçevesinde, taşınmazın bulunduğu ülke hukukunun yanı sıra işlem yeri hukukunun şekil kurallarına uygun olarak yapılabilecektir. Bununla birlikte, resmi bir sicile tescilin dayanağını oluşturan hukuki işlemlerin, sicilin bulunduğu ülke hukuku dışında bir hukuka uygun olarak yapılmaları, pratikte, tescil işleminin gerçekleşmemesine neden olabilir. Zira resmi memurun söz konusu işlemin yabancı hukuka uygunluğunu denetlemesi beklenemez. Aynı durum, taşınmazın bulunduğu ülkede bir başkasını temsilen işlem yapacak kişilerin yetkilendirilmesi bakımından da söz konusudur.

Yetkilendirme işlemi, yetkilendirmenin yapıldığı ülke hukuku ya da yetkilendirmenin esasına uygulanacak hukukun öngördüğü şekle uygun olsa dahi, temsile konu işlemin yapıldığı ülkedeki şekil şartlarını taşıyor ise, işlemin gerçekleştirilememesi ihtimali gündeme gelir. Bu çerçevede, MÖHUK m. 21/4 düzenlemesine şu yönde bir hükmün eklenmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz: *“Taşınmazların aynına ilişkin borçlandırııcı işlemler ile tasarruf işlemlerinin şekli taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna tabidir. Taşınmazın bulunduğu ülke hukukunda, taşınmazın aynına ilişkin yapılacak işlemlerle ilgili*

yetkilendirmelerin şekli bakımından özel bir düzenlemeye yer verildiği hallerde, yetkilendirme, taşınmazın bulunduğu ülke hukukunun öngördüğü şekilde yapılır”

MÖHUK m. 7 hükmünün alternatif niteliğinin ortadan kalkma ihtimalinin bulunduğu bir diğer durum, işlem yeri hukuku ya da işlemin esasına uygulanacak hukukta söz konusu işlem bakımından resmi şekil şartı öngörülmesidir. Resmi şekil şartının öngörüldüğü hallerde, şekle uygulanacak hukuku belirleyen alternatif nitelikli kuralın uygulanıp uygulanmayacağı, resmi şekil şartı öngören hukukun hukuki işlemin şekli konusunda tek başına yetkili olup olmayacağı sorusu gündeme gelir. Zira resmi memur, kendisini yetkili kılan devletin hukukunun öngördüğü sınırlar içinde ve bu hukukta kabul edilen şekil kurallarına göre işlemi gerçekleştirmek zorundadır; resmi bir memurun, kendisini yetkilendiren devletin hukuku dışında bir hukuku uygulama imkânı mevcut değildir (*auctor regit actum* prensibi).

Bir hukuki işlemin gerçekleştirilebilmesi için resmi bir makamın katılımının gerekli olduğu hallerde, “*auctor regit actum*” prensibi gereğince, başvuru resmi makamın kendisini yetkili kılan hukuk (*lex auctoris*) dışında bir hukuku uygulayamayacağı konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Dolayısıyla, şekle uygulanacak hukuk konusunda prensipte *lex loci actus* ile *lex causae* arasında alternatif yetki söz konusu olsa dahi, tarafların işlemi resmi bir makam önünde yapmaları durumunda, şekle uygulanacak hukuk bakımından alternatif yetki ortadan kalkacaktır. Bununla birlikte, işlemin esasına uygulanacak hukuk, işlemin resmi makamın katılımıyla gerçekleştirilmesini zorunlu kılmıyorsa, söz konusu işlem, yapıldığı ülkede resmi şekil şartına bağlı olsa dahi esasa uygulanacak hukuka uygun şekilde de gerçekleştirilebilecektir. Buna karşılık, resmi şekil şartı esasa uygulanacak hukukta öngörülüyorsa, işlemin resmi şekil şartı öngörmeyen bir ülkede gerçekleştirilememesi ihtimali gündeme gelir.

MÖHUK m. 7 hükmünün kapsamı dışında kalan bir diğer konu, usul hukuku işlemlerinin şeklidir. Milletlerarası usul hukukunda *lex fori* hakimiyeti söz konusu olduğundan, Türk mahkemeleri önünde görülen bir davada, usul işlemlerinin şekli bakımından Türk hukuku uygulanır. Usul işlemlerinin şekli ile kastedilen, taraf usul işlemleri ile usul hukuku sözleşmelerinin şeklinin yanı sıra ispat şekline ilişkin kurallardır. Usul işlemlerinin şekli konusunda, kural olarak, *lex fori* tek başına yetkili olmakla birlikte, milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti bakımından, tarafların meşru beklentilerinin karşılanabilmesi için, usule ilişkin bazı şekil meselelerinde, *lex fori* yerine başka bir hukukun uygulanması gündeme gelebilir. Bu husus, özellikle, ispat vasıtaları hususunda karşımıza çıkar.

Türk mahkemelerinde görülen bir davada, delillerin değerlendirilme ve incelenme usulü ile sunuluş şeklinin *lex fori* olarak Türk hukukuna tabi olacağı konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Zira bu işlemler, sadece yargılama aşamasını ilgilendirmekte ve bu konuda usul hukukuna hâkim olan *lex fori* prensibinden ayrılmayı haklı kılacak bir gerekçe bulunmamaktadır. Buna göre, tanıkların nasıl dinleneceği ya da yeminin nasıl verdirileceği gibi hususlarda Türk hukuku uygulama alanı bulur. İspat vasıtalarının neler olduğu meselesi ise, tarafları ve hâkimi sadece yargılama esnasında bağlamaz; bu mesele, yargılama aşamasını olduğu kadar, yargılama öncesi hukuki işlemin yapıldığı esnadaki taraf davranışlarını da etkiler. Sözleşme bakımından şekil serbestisi söz konusu olsa dahi, sözleşme konusunun miktarı bakımından senetle ispat zorunluluğu mevcut ise, taraflar, bu sözleşmeyi yazılı olarak akdetmek zorunda kalırlar.

Senetle ispat zorunluluğu öngörülmeleyen bir ülkede o ülke hukukuna uygun olarak akdedilen bir sözleşmeden doğan uyumsuzluklarda, özellikle sözleşmenin esasına yine senetle ispat zorunluluğu öngörülmeleyen bir ülke hukukunun uygulandığı hallerde, tarafların Türk hukukundaki bu zorunluluğa ilişkin kuralı (HMK m. 200-201) gözetmeleri kendilerinden beklenemeyecektir. Bu çerçevede, Türk hukukunda, karşılaştırmalı hukuk örneklerinde olduğu gibi, liberal bir sistem benimsenerek, MÖHUK m. 7'ye şu doğrultuda bir hükmün eklenmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz:

“Bir hukuki işlem, işlemin yapıldığı ülke hukukunun ya da işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun veya mahkemenin hukukunun öngördüğü delillerle ispatlanabilir. İşlem yeri hukuku ile esasa uygulanacak hukukun öngördüğü delillerin kullanılabilmesi için hukuki işlemin bu ülke hukuklarına göre şeklen geçerli olması ve mahkemenin hukukunda söz konusu delillerin kullanımına izin verilmesi gerekir”.

İspat vasıtaları konusunda, önerdiğimiz doğrultuda bir hüküm kanuna eklenmediği müddetçe, mevcut hukuki düzenlemeler karşısında, MÖHUK m. 7 hükmünün uygulanamayacağı kanaatindeyiz. Zira MÖHUK m. 7 hükmünde hukuki işlemlerin şekli bakımından yetkili olan hukuklar arasında mahkemenin hukuku yer almamaktadır. İspat vasıtalarının yargılamanın işleyişine dair olmaları ve Türk hukukundaki ispat vasıtalarından bazılarının (örneğin yemin) sadece yargılama aşamasını ilgilendirmeleri karşısında, hâkimin hukukunun bu konudaki yetkisinin tamamen bertaraf edilmesi kanaatimizce mümkün değildir.

MÖHUK m. 7 hükmündeki alternatif niteliği ortadan kaldırabilecek bir diğer durum, konuya ilişkin doğrudan uygulanan kuralların varlığıdır. Doğrudan uygulanan kurallar, *lex fori*'nin, *lex causae*'nin ve üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları olarak karşımıza çıkar. Hukuki işlemin şekli geçerliliğinin sorgulandığı bir uyumsuzlukta, MÖHUK m. 7

hükümünün uygulama alanı bulunduğu hallerde, esasa uygulanacak hukuk iki tanedir: *lex causae* ve *LRA*. Bu iki hukuktan birinde konuya ilişkin doğrudan uygulanan kuralların varlığı, şekil konusunda alternatif olarak yetkili olan diğer hukukun uygulanmasına engel olur, yani alternatif niteliği ortadan kaldırır. Ancak, işlem yerinin bazı durumlarda tesadüfi bir yer olması nedeniyle, *LRA*'nın doğrudan uygulanan kurallarının her durumda alternatif niteliği ortadan kaldırmayacağını kabulü gerekir.

Üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları bakımından ise, Türk hukukundaki mevcut kanuni düzenlemeler karşısında, hukuki işlemle sıkı ilişkili üçüncü bir devletin şekle ilişkin doğrudan uygulanan kurallarının uygulama alanı bulması söz konusu olamaz. Bununla birlikte, şekil konusunda, bazı durumlarda, hukuki işlemle sıkı ilişkili üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması ihtiyacı doğabilir. Bu husus, özellikle, hukuki işlemin esasına uygulanacak hukukta bu işlem için yapılacak yetkilendirmelerin özel bir şekil şartına bağlandığı durumlarda karşımıza çıkar. Örneğin, kefalet sözleşmelerinde, kefilin korunması amacının gerçekleşebilmesi için kefalet sözleşmesi akdedilmesine ilişkin yapılacak yetkilendirmenin de kefalet sözleşmesinin şekline tabi olması gerekir. Kefalet sözleşmesinin esasına uygulanacak hukukta öngörülen böyle bir gereklilik, kefaletle ilişkin yetkilendirmenin şekli konusunda, yetkilendirme işlemiyle sıkı ilişkili üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralı teşkil eder. Bu çerçevede, MÖHUK'ta, sözleşmelerin yanı sıra tek taraflı hukuki işlemleri (örneğin tek taraflı irade beyanıyla temsil yetkisi verilmesi) de kapsayacak şekilde, genel bir hükümlerle, hukuki işlemle sıkı ilişkili üçüncü bir ülkenin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının "uygulanabilmelerine" imkân tanıyan bir düzenlemeye yer verilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Türk hukukunda yer alan doğrudan uygulanan kural niteliğindeki şekil kuralları, MÖHUK m. 6 çerçevesinde, şekil konusunda uygulanması gereken hukuku bertaraf eder. Türk hukukundaki bir şekil kuralının doğrudan uygulanan kural olarak kabulü için, bir kuralın, devletin ekonomik, sosyal ya da siyasi politikalarını gerçekleştirme amacıyla düzenlenmiş olması gerekir. Tescil ve ilan zorunluluklarına ilişkin şekil kuralları (aleniyet şekilleri) ile sözleşmenin taraflarından birini koruma amacıyla getirilen şekil kurallarının bu kapsamda değerlendirilmeleri mümkündür. Bu çerçevede, Türk hukukunda, ticari işletmelere ilişkin işlemler, mülkiyeti saklı tutma sözleşmeleri ve finansal kiralama sözleşmeleri için öngörülen tescil hükümleri ile iş, tüketici ve kefalet sözleşmeleri için öngörülen şekil kurallarının doğrudan uygulanan kural niteliğinde olup olmadıkları tespit edilmelidir.

Türk ticaret siciline yapılan gerek bildirimci gerekse kurucu nitelikteki tescil işlemleri, ticaret hayatına ilişkin olarak toplumun bilgilendirme ihtiyacının karşılanmasına hizmet eder.

Ticaret siciline tescili zorunlu olduğu halde tescil edilmemiş veya tescil edilip de ilanı zorunlu iken ilan edilmemiş olgular, ancak bunları bildiği ya da bilmesi gerektiği hallerde üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir. Ticaret sicilinin aleniyet fonksiyonu sayesinde üçüncü kişilerin dolayısıyla kamunun menfaatlerinin korunması amaçlanır. Bu çerçevede, ticaret siciline tescil şartı öngören şekil kurallarının doğrudan uygulanan kural olarak kabulü gerekir. Buna karşılık, mülkiyeti saklı tutma sözleşmelerinin geçerliliği için öngörülen tescil şartı (TMK m. 764), doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmemeli ve işlem yeri hukukuna uygun olarak kurulan bir mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi, Türkiye’de tescil edilmemiş olsa dahi, taraflar arasında hüküm ifade etmelidir. Zira mülkiyeti saklı tutma siciline yapılan tescilin işlevi, tarafları sözleşme akdetme esnasında düşünmeye sevk etmek suretiyle onları korumak değil, alıcının alacaklılarına karşı ispat kolaylığı sağlamaktır. Tescil, mülkiyeti saklı tutma kaydının alıcının cebri icra yoluyla takipte bulunan alacaklılarına karşı ileri sürülebilmesini sağlar.

Finansal Kiralama Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu m. 22/1 hükmünde öngörülen tescil ve şerh zorunluluğunun ise, finansal kiralama sözleşmesinin geçerliliği için gereken bir şekil şartı olmadığı kanaatindeyiz. Zira “sözleşmenin şekli ve tescili” başlıklı söz konusu hükümde, sözleşmenin yazılı şekilde yapılacağı belirtildikten sonra, tescil ve şerh zorunluluğu düzenlenmiş; buna karşılık, bu zorunluluğa uyulmadığı takdirde sözleşmenin kurulmayacağına ilişkin bir ibareye yer verilmemiştir. Söz konusu tescil hükmünün taraflar arasındaki sözleşmenin şekli geçerliliği üzerinde bir etkisinin bulunmaması nedeniyle, tescil şartının, taraflar arasındaki hukuki ilişki çerçevesinde tarafları korumaya yönelik bir kural olmadığı, sadece tarafların bu sözleşmeden doğan haklarını üçüncü kişilere karşı ileri sürebilmeleri imkanını sağladığı sonucuna ulaşılır. Bu çerçevede, söz konusu kuralın bir doğrudan uygulanan kural olmadığı kabulü gerekir. Buna göre, yabancı unsurlu bir finansal kiralama sözleşmesi, Türkiye’de özel sicile tescil edilmemiş ya da tapu kütüğüne şerh olunmamış olsa dahi, MÖHUK m. 7 hükmünde öngörülen hukuklardan birinin öngördüğü şekilde yapılmışsa, geçerli olacak ve taraflar arasında hüküm doğuracaktır.

Türk hukukunda, iş sözleşmeleri bakımından öngörülen şekil kuralları, atipik iş ilişkisi kuran sözleşmelerde zayıf taraf olan işçiyi koruma amacına hizmet eder; bu şekil kurallarının amacı, iş hukukunda asıl nitelik taşıyan tam zamanlı ve belirsiz süreli iş sözleşmelerinden sapıldığında, bunu sıkı koşullara bağlayarak, tipik sözleşmelerden haksız sapmaların önüne geçmek ve işçiyi uyarmaktır. Ancak bu gibi atipik iş sözleşmelerinde, şekil şartına uyulmamasını geçersizlik yaptırımına bağlamak, işçiyi cezalandırmak anlamına gelecektir; şekle aykırılık halinde atipik değil fakat tipik bir iş sözleşmesinin varlığı kabul edilmelidir. Bu

çerçeve, kanunda bir geçerlilik şekli olarak düzenlenmemiş ve hükümsüzlük yaptırımına bağlanmamış bir şekil kuralının, kanaatimizce, işçinin korunması prensibi çerçevesinde, MÖHUK m. 7 hükmündeki alternatif nitelikli kuralın uygulanmasını bertaraf edecek bir doğrudan uygulanan kural olarak kabulü mümkün değildir.

Türk hukukunda, tüketici sözleşmelerinin geçerliliği için öngörülen şekil kuralları, tüketiciyi akdedeceği sözleşme hakkında tekrar düşünmeye sevk etmek suretiyle tüketiciyi korumayı amaçlamakta ve buna bağlı olarak, riayet edilmemeleri halinde tüketici tarafından ileri sürülmek şartıyla sözleşmenin geçersizliğine neden olmaktadır. Bu çerçevede, Türkiye’de akdedilen yabancı unsurlu tüketici sözleşmelerinin şekli konusunda, TKHK’da tüketici sözleşmelerinin geçerliliği için öngörülen şekil kurallarının doğrudan uygulanması gerekir.

Son olarak, Türk hukukunda kefalet sözleşmeleri için nitelikli yazılı şekil şartı öngören TBK m. 583 hükmünün, esasına Türk hukukunun uygulanacağı kefalet sözleşmeleri bakımından doğrudan uygulanan kural teşkil ettiği kanaatindeyiz. Söz konusu hükmün, karşılıksız borç altına giren kefil koruma amacının yanı sıra, genel olarak toplum düzenini ilgilendiren genel bir koruma amacı da bulunmaktadır. Zira kefilin geçerli olarak borçlanmasının belirli şekil şartlarına tabi tutulması, kefil üstleneceği sorumluluğun ağırlığı hakkında düşünmeye sevk etmek suretiyle, ailelerin istenmeyen kefalet sözleşmeleri ile ekonomik sıkıntılar içine girmelerini engelleyecektir; ayrıca, kefalet konusunda bilinçli borçlanmanın toplum genelinde yaygınlaşmasını da sağlayacaktır. Kefalet sözleşmelerinin yanı sıra, kefalet benzeri garanti sözleşmeleri ile teminat amaçlı borca katılmanın şekli konusunda, bu ilişkilerin esasına Türk hukukunun uygulandığı hallerde, TBK m. 583/1’de öngörülen nitelikli yazılı şekil kuralı doğrudan uygulanacaktır. Ayrıca, kefil koruma amacı çerçevesinde, esasına Türk hukukunun uygulanacağı bir kefalet sözleşmesi için yapılan yetkilendirmenin şekli bakımından da, TBK m. 583/2 hükmünün doğrudan uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- ACAR, Özlem, Türk Borçlar Hukukunda Müteselsil Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2015.
- ACUN MEKENGECİ, Merve, Aynı Haklardan Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme, İstanbul 2016.
- ACUN MEKENGECİ, Merve, Milletlerarası Özel Hukukta Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmeleri, İstanbul 2014 (Kısaltma: Finansal Kiralama Sözleşmesi).
- ACUN MEKENGECİ, Merve, "5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Kapsamında Atıf (Renvoi) Prensiplerinin Uygulanması", EÜHFD, Cilt: XVII, Sayı 3-4, 2013 (Kısaltma: Atıf).
- AKGÜN, Cansu, "Konsolosluk Evlenmelerinin Şekline Uygulanacak Hukuk", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XXI, Yıl: 2017, Sayı: 3.
- AKINCI, Ziya, Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, İzmir 1996.
- AKINCI Ziya/ DEMİR GÖKYAYLA Cemile, Milletlerarası Aile Hukuku, İstanbul 2010.
- AKKANAT Halil, "Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının MK m. 2 Hükmü Aracılığı ile Aşılması: Örnek Bir Yargıtay Kararı ve Değerlendirmesi", Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, İstanbul 2007.
- AKYIĞIT, Ercan, İş Hukuku, 12. Basım, Ankara 2018.
- ALİBABA, Arzu, Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi Ve Sınırlandırılması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara 2005.
- ALTAŞ, Hüseyin, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998.
- ALTHAMMER, Cristoph/ MAKRIS, Spyros, Rome I Regulation Pocket Commentary, Edited by Franco Ferrari, 2015.
- ALTOP, Atilla, Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara 1990.
- ANCEL, B./ LEQUETTE Y., Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Française de Droit International Privé (GAJFDIP), 4e Edition, Dalloz, 2001.
- ANTALYA, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: I, İstanbul 2015 (Kısaltma: Cilt I).
- ANTALYA Gökhan, Hukuki İşlemlerin Şekle Bağlanması Gereken Noktaları, Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1991 (Kısaltma: Şekil).
- ARKAN, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Yirmi Üçüncü Basımdan Tıpkı Basım, Ankara 2017.
- ARSLAN ERTÜRK, Arzu, İş Sözleşmesinde Şekil, İstanbul 2017.

- ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder/ TAŞPINAR AYVAZ, Sema, Medeni Usul Hukuku, 3.Baskı, Ankara 2017.
- ATALAY, Oğuz, Medeni Usul Hukuku, Cilt II, Editörler: Hakan Pekcanitez/ Muhammet Özekes/ Mine Akkan/ Hülya Taş Korkmaz, 15. Bası, İstanbul 2017.
- ATALI, Murat, “*Türk Medeni Usul Hukuku Açısından Davada Yabancıların Durumu*”, Vatandaşlık Göç Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler, Uluslararası Sempozyum Bildirileri, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 175, Ankara 2010.
- ATAMAN- FİĞANMEŞE, İnci, “*Çifte Vatandaşlık Halinde MÖHUK’un 4. Maddesinin B ve C Bentlerinin Uygulama Alanı*”, MHB, Yıl: 1999, Cilt: 19, Sayı: 1-2, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan.
- ATAMER, Yeşim, “*Devletler Özel Hukukunda Tüketicinin Korunması*”, İHFM, Cilt: LV, 1995-1996.
- AUDIT, Bernard/ D’AVOUT, Louis, Droit International Privé, 7e Edition, Paris 2013.
- AYAN, Serkan, Kefalet Sözleşmesi, Ankara 2018 (Kısaltma: Kefalet Sözleşmesi).
- AYAN, Serkan, Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu, Ankara 2013 (Kefilin Sorumluluğu).
- AYANOĞLU MORALI, Ahu, “*Mülkiyeti Saklı Tutma Kaydının Anlamı ve Teminat Fonksiyonu*”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 3, Sayı: 1, 2004/1.
- AYBAY, Rona, Tarih ve Hukuk Açısından Konsolosluk, İstanbul 2009 (Kısaltma: Konsolosluk).
- AYBAY, Rona/ DARDAĞAN, Esra, Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması, 2. Baskı, İstanbul 2008.
- AYGÜN, Mesut, “*Güncel Gelişmelerin Işığında Çekten Doğan Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti*”, AÜHFD, 61 (3) 2012 (Kısaltma: Çek).
- AYGÜN, Mesut, “*Kambiyo Senetlerinden (Polişe, Bono ve Çekten) Doğan Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukuk Sorunu*”, Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı, Ed. Ayfer UYANIK ÇAVUŞOĞLU/ Zeynep Derya TARMAN, İstanbul 2014 (Kısaltma: Kambiyo Senetleri).
- AVCI, Ali, “*Eser (İstisna) Sözleşmesinde Şekil ve Bağlanan Sonuçlar*”, TAAD, Yıl: 6, Sayı: 21, 2015.
- BALKAR BOZKURT, Süheyla, “*Uluslararası Özel Hukukta Bitmeyen Tartışma: Atıf (Renvoi) Teorisi, Uygulaması ve Değerlendirilmesi*”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014/2, Doç. Dr. Melike Batur Yamaner’in Anısına Armağan, Cilt II, İstanbul 2015 (Kısaltma: Atıf)

- BARAN, ÇELİK, Neşe, Milletlerarası Unsurlu Ölümüne Bağlı Tasarruflara Uygulanacak Hukukun Tayini, Ankara 2011.
- BARNICH, Laurent, Les Actes Juridiques En Droit International Privé, Bruylant Bruxelles, 2001.
- BAŞPINAR, Veysel, “*Taşınmaz Satımında Vekale*”, AÜHFD, Cilt: 45, Sayı: 1, 1996.
- BATIFFOL, Henri/ LAGARDE, Paul, Traité de Droit International Privé, Tome I, 8eme Edition, Paris 1993 (Kısaltma: Tome I).
- BATIFFOL, Henri/ LAGARDE, Paul, Droit International Privé, Tome II, 7eme Edition, Paris 1983 (Kısaltma: Tome II).
- BAYATA CANYAŞ, Aslı, AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural, Ankara 2012 (Kısaltma: Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk).
- BAYATA CANYAŞ Aslı, “*5718 Sayılı Yeni MÖHUK Uyarınca Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Özellikle Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları*”, Haluk Korunalp Anısına Armağan, Cilt: 3, Ankara 2009 (Kısaltma: Doğrudan Uygulanan Kurallar).
- BAYSAL, Başak, “*Türk Borçlar Kanunu’nun Yürürlüğü*”, İÜHFM, Cilt: LXX, Sayı: 1, 2012.
- BILCIURESCO, Alexandre, La Forme des Actes Juridiques en Droit International Privé, 1905.
- BİLGE, Mehmet Emin, Ticaret Sicili, İstanbul 1999.
- BONOMI, Andrea, “*Le Régime des Regles Impératives et des Lois de Police Dans le Reglement Rome I Sur la Loi Applicable aux Contrats*”, Le Nouveau Reglement Européen Rome I Relatif a la Loi Applicable Aux Obligations Contractuelles, Ed. Eleanor Cashin Ritaine / Andrea Bonomi, 2008 (Kısaltma: Regles Impératives).
- BONOMI, Andrea, Loi Sur le Droit International Privé – Commentaire Romand, Editeur Andreas Bucher, 2011 Bale.
- BUCHER, Andreas / BONOMI, Andrea, Droit International Privé, 2013.
- BUREAU, Dominique / MUIR WATT, Horatia, Droit International Privé/ 2, Partie Spéciale, 3e Edition, Paris 2014.
- CARBONNIER, Jean, Droit Civil 4 Les Obligations, 22eme Edition, Paris 2000.
- CHANTEPIE, Gael/ LATINA, Mathias, La Reforme du Droit des Obligations, Commentaire Theorique et Pratique Dans L’Ordre du Code Civil, Dalloz, 2016.
- CHESHIRE, NORTH & FAWCETT, Private International Law, Edited by Paul Torremans, 15th Edition, Oxford University Press 2017.

- CORNELOUP, Sabine, *La Publicité des Situations Juridiques Une Approche Franco-Allemande du Droit Interne et du Droit International Privé*, Paris 2003.
- ÇALIŞKAN, Zeynep, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 26. Maddesine Göre Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, MHB, Yıl: 28, Sayı: 1-2, 2008 (Kısaltma: Tüketici Sözleşmeleri).
- ÇELİKEL, Aysel, *Menkul Eşya Üzerinde Aynı Haklardan Doğan Kanunlar İhtilafı*, İstanbul 1972 (Kısaltma: Menkul Eşya).
- ÇELİKEL, Aysel, “*Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Atıf Prensibinin Uygulanması*”, MHB, Yıl: 3, Sayı: 2, 1983 (Kısaltma: Atıf Prensibi).
- ÇELİKEL, Aysel/ ERDEM, Bahadır: *Milletlerarası Özel Hukuk*, Yenilenmiş 15. Bası, İstanbul 2017.
- ÇELİKTAŞ, Demet, “*Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırılığı İleri Sürmenin Sınırı Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*”, Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı, Ankara 1988.
- ÇENBERCİ, Mustafa, *İş Kanunu Şerhi*, 6. Bası, Ankara 1986.
- ÇINAR, Kazım, *Milletlerarası Özel Hukukta Taşınmazlara İlişkin Sözleşmeler*, İstanbul 2016.
- ÇİFTÇİ, Pınar, *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları*, Ankara 2018.
- DARDAĞAN KİBAR, Esra, “*Güncel Gelişmeler Işığında Atıf Sorununa Bakış Denemesi*”, 10. Yılında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Editörler Feriha Bilge Tanrıbilir/ Gülce Gümüşlü Tunçağıl, Ankara 2018.
- DELİDUMAN, Seyithan, “*Medeni Usul Hukukunda Senet ve Senetlerle Yazılı Şekil Arasındaki İlişki*”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 1-2, 2000.
- DEMİR GÖKYAYLA, Cemile, *Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri*, 2. Bası, İstanbul 2013.
- DEMİRCİOĞLU, Murat/ CENTEL, Tankut, *İş Hukuku*, 19. Bası, İstanbul 2016.
- DEMİRKOL, Berk, *Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk (Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 24. Maddesi Çerçevesinde)*, 2. Baskı, İstanbul 2014.
- DICEY/ MORRIS/ COLLINS, *The Conflict of Laws, Volume 2*, Ed. Lord Collins, 15th Edition, London 2012.
- DİNAR, Cem, *Niyet Mektubunun Hukuki Niteliği ve Bağlayıcılığı*, İstanbul 2008.
- DOĞAN, Vahit, “*Atıf Teorisindeki Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku*”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Yıl: 1998, Sayı: 1-2 (Kısaltma: Atıf).
- DOĞAN, Vahit, *Teminat Mektupları*, 5. Baskı, Ankara 2015 (Kısaltma: Teminat Mektupları)

- DOĞAN, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk (Genel Esaslar, Milletlerarası Usul Hukuku, Bağlama Kuralları), 5. Bası, Ankara 2019.
- DOĞAN YENİSEY, Kübra, İş Hukukunun Emredici Yapısı, İstanbul 2014.
- DOĞANAY, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, 2. Cilt Madde 480-815, 4. Bası, İstanbul 2004.
- DOĞANGÜN, Temel, Türk Hukukunda Yabancı Unsurlu Hukuki İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996.
- DORNIS, Tim W., Rome I Regulation Pocket Commentary, Edited by Franco Ferrari, 2015.
- DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan/ GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul 2018.
- DURAL, Mustafa/ ÖZ/ Turgut, Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2016.
- DURAL, Mustafa/ SARI, Suat, Türk Özel Hukuk Cilt: I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2018, 13. Baskı.
- DUTOIT, Bernard, Droit International Privé Suisse – Commentaire de la Loi Fédérale du 18 Décembre 1987, 5e Edition, Bale 2016.
- EKŞİ, Nuray, “*Kanunlar İhtilafı Alanında Incorporation*”, MHB, 1999-2000 (1-2), Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, İstanbul 2001 (Kısaltma: *Incorporation*).
- EKŞİ, Nuray, “*Konsolosluklarda Yapılan Evlenmelerin Şekli Geçerliliği*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl: 2016, Cilt: 22, Sayı: 3, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Cilt I (Kısaltma: *Konsolosluklarda Yapılan Evlenmeler*).
- EKŞİ, Nuray, Milletlerarası Özel Hukukta Medeni Olmayan Evliliklerin ve Adli Olmayan Boşamaların Tanınması, İstanbul 2012.
- EKŞİ, Nuray, Milletlerarası Ticaret Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2015 (Kısaltma: *Milletlerarası Ticaret*).
- EKŞİ, Nuray, Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku, İstanbul 2013 (Kısaltma: *Miras Hukuku*).
- EKŞİ, Nuray, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanuna İlişkin Yargıtay Kararları, İstanbul 2010.
- ELÇİN, Doğa, Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 2012.
- ENGEL, Pierre, Traité des Obligations En Droit Suisse, 2e Edition, Staempfli Editions SA Berne 1997.

- ERDENER, Nihal, *Türk Devletler Hususi Hukuku Sisteminde Locus Regit Actum Kaidesinin Tatbiki*, İstanbul 1958 (Kısaltma: Locus Regit Actum).
- ERDENER, Nihal, “*L’Application de la Règle LOCUS REGIT ACTUM En Droit International Privé Turc*”, *Annales de la Faculté de Droit d’İstanbul*, Cilt 9, Sayı 9-11 (1959) (Kısaltma: Application de LRA).
- ERDEM, Bahadır, “*5718 sayılı MÖHUK’ta Düzenlenen Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Uygulanacak Olan Hukuk*”, *Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri*, İstanbul 2010.
- ERDEM, Mehmet, *Aile Hukuku*, 2. Baskı, Ankara 2019 (Kısaltma: Aile Hukuku).
- ERDOĞAN, Ersin, *Medeni Usul Hukuku Kurallarının Yer Bakımından Uygulanması*, Ankara 2016.
- ERDOĞAN, İhsan, “*Hukuki Muamelelerde Şekle Aykırılığın Sonuçları*, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*”, Cilt: 1, Sayı: 1, 1997 (Kısaltma: Şekle Aykırılık).
- ERDÖNMEZ, Güray, *Medeni Usul Hukuku*, Cilt II, Editörler: Hakan Pekcanitez/ Muhammet Özekes/ Mine Akkan/ Hülya Taş Korkmaz, 15. Bası, İstanbul 2017.
- ERDÖNMEZ, Güray, *Medeni Usul Hukuku*, Cilt I, Editörler: Hakan Pekcanitez/ Muhammet Özekes/ Mine Akkan/ Hülya Taş Korkmaz, 15. Bası, İstanbul 2017 (Kısaltma: Cilt: I).
- EREN, Fikret, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Baskı, Ankara 2018.
- ERKAN, Mustafa, “*Kambiyo Senetlerinin Şekil Bakımından Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk: Tamamlayıcı Kuralda Vatandaşlık Faktörü*”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 18, Sayı: 2 (Özel Sayı: 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’nu Beklerken-Sempozyum), Yıl: 2012 (Kısaltma: Kambiyo Senetleri).
- ERKAN Mustafa, “*MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış*”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 15, Yıl: 2011, Sayı: 2 (Kısaltma: MÖHUK m. 31).
- EROĞLU, Orhan, “*Niyet Mektuplarının Hukuki Niteliği*”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2014/ 2.
- ERSEN PERÇİN, Gizem, “*Evlenme Hakkının Yabancılar Tarafından Kullanılmasında İstisnai Bir Yöntem: Konsolosluk Evlenmeleri*”, *Legal Hukuk Dergisi*, Özel Sayı Aralık 2014, Rona Aybay’a Armağan (Kısaltma: Konsolosluk Evlenmeleri).
- ERSEN PERÇİN, Gizem, *Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Mal Rejimleri Uygulanacak Hukuk-Milletlerarası Yetki-Tanıma ve Tenfiz*, İstanbul 2014 (Kısaltma: Mal Rejimleri).

- ERSEN, Gizem, Yabancıların Evlenme Hakkı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi, İstanbul 2007.
- ESEN, Emre, "Yabancılık Unsuru Taşıyan Mülkiyeti Saklı Tutma Sözleşmesi Hakkında Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", İÜHFİM, Yıl: 2007, Cilt: LXV, Sayı: 2.
- EYRENCİ, Öner/ TAŞENT, Savaş/ ULUCAN, Devrim, Bireysel İş Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2017.
- FAGES, Bertrand, Droit des Obligations, 4eme Edition, Paris 2013.
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, "Medeni Kanununun 50. Yıldönümünde Hakların Kötüye Kullanılması", Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu, 1. Tebliğler, İstanbul 1978.
- FURRER, Frank, Heilung des Formmangels in Vertrag, Zürich 1992.
- GİRAY, Faruk Kerem, "Aile Konutu Kavramının Kanunlar İhtilafı Hukukunca Değerlendirilmesi", MHB, Yıl: 23, Sayı: 1-2, 2003 (Kısaltma: Aile Konutu).
- GİRAY, Faruk Kerem, "Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyetinin 5718 sayılı MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi", YÜHFD, Cilt: VIII, Sayı: 2 (2011), Cilt: IX, Sayı: 1 (2012), Özel Sayı: Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan (Kısaltma: Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyeti).
- GUGGENHEIM, Daniel, Commentaire Romand, Code des Obligations I, Editeurs: Luc Thevenoz-Franz Werro, Art. 11-16, Geneve 2003 (Kısaltma: Commentaire Romand).
- GUGGENHEIM, Daniel, L'invalidité des Actes Juridiques en Droit Suisse et Comparé, Geneve 1970.
- GÜNDÜZ, Ş. Deren, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinin Şekli, İstanbul 2015.
- GÜVERCİN ŞAHAN, Ayşe, "5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Çerçevesinde Franchise Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Tayini", MHB, Yıl: 2018, Cilt: 38, Sayı: 2.
- GÖĞER, Erdoğan, Kanunlar İhtilafı (İçtihatlar Açısından Bağlama Kuralları), Ankara 1973.
- GÖKSU, Mustafa, "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Senetle İspat Kuralları ve Bunların İstisnaları", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, (s. 53-65), 1(1), 2011, s. 55-56).
- GÜMÜŞ, Alper, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Cilt I (Madde 1-46), İstanbul 2014.
- GÜNER, Cemil, Milletlerarası Unsurlu Acente İlişisine Uygulanacak Hukuk, Ankara 2014.
- GÜNGÖR Gülin, Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, Ankara 2000 (Kısaltma: Tüketicinin Korunması).

- GÜNGÖR Gülin, “*Tüketicinin Mutad Meskeni Hukuku – Düşünsel Temeller*”, AÜHFD, Cilt: 57, Sayı: 2, 2008 (Kısaltma: Mutad Mesken).
- GÜZEL, Ali/ ERTAN, Emre/ UGAN, Deniz, “*Avrupa Birliği ve Türk İş Hukukunda İşverenin Çalışma Koşulları Hakkında İşçileri Bilgilendirme Yükümlülüğü*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Özel Sayı: Ünal Narmanlıoğlu’na Armağan, İzmir 2007.
- HATEMİ, Hüseyin, İntikal (Geçiş) Dönemi Hukuku, İstanbul 2004.
- HATEMİ Hüseyin/ GÖKYAYLA Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Baskı, İstanbul 2015.
- HIRSCH, Ernst, Ticaret Hukuku Dersleri, Cilt 3, Kıymetli Evrak, İstanbul 1939.
- HUYSAL, Burak, “*Nüfus Hizmetleri Kanunu Kapsamında Yabancı Boşanma Kararlarının Doğrudan Tescili*”, MHB, Cilt: 37, Sayı: 2, 2017, Yücel Sayman’a Armağan.
- HUYSAL, Burak, Milletlerarası Özel Hukukta Temsile Uygulanacak Hukuk (Mukayeseli Maddi Hukuk ve Kanunlar İhtilafı Kurallarıyla Birlikte), İstanbul 2015 (Kısaltma: Temsil).
- İMRE, Zahit/ ERMAN, Hasan, Miras Hukuku (Yasal Mirasçılık-Ölüme Bağlı Tasarruflar-Mirasın Geçmesi-Mirasın Taksimi), 13. Basım, İstanbul 2017.
- İNAL, Emrehan, “*Açığa Atılan İmzanın Geçerliliği Sorunu*”, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, İstanbul 2004.
- İNCEOĞLU, M. Murat, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul 2009.
- KAHRAMAN, Zafer, Saf Garanti Taahhütleri, İstanbul 2017.
- KAPANCI, K. Berk, “*Türk Borçlar Kanunu’nun 14. Maddesinin Öngördüğü Yeni Şekil Düzenlemesinin Getirdikleri*”, MÜHF-HAD, Cilt: 18, Sayı: 1, 2012 (s. 403-430).
- KAVAK, Yalçın, Borçlar Hukukunda Yazılı Şekil, İstanbul 2015.
- KAYE, Peter, The New Private International Law of Contract of The European Community, 1993.
- KELLER, Max/ SCHOBI, Christian, Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Aufl., Basel 1988.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2018.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., “*Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması*”, AÜHFD, 1981, Sayı: 1-4, Cilt: 38 (Kısaltma: Taşınmaz Satımında Şekil).
- KLASS, Gregory, Contract Law in the USA, Boston 2010.
- KLÖHN, Lars, Rome Regulations Commentary, Second Edition, Edited by Graf-Peter Callies, 2015.

- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1987 (Kısaltma: Miras Hukuku).
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul 1959.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip/ HATEMİ Hüseyin/ SEROZAN Rona/ ARPACI Abdülkadir, Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt: Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, 6. Tıpkı Bası, İstanbul 2014.
- KÖSOĞLU, Mehmet, “*Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 31. Maddesi: Sözleşme ile Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması*”, MHB, Yıl: 28, Sayı: 1-2, 2008.
- KUNTALP, Erden, Finansal Kiralama Kanunu’na Göre Finansal Kiralama (Leasing) Tanımı ve Hükümleri, Ankara 1988.
- KURŞAT, Zekeriya, “*Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunda Öngörülen Şekil Kuralları ve Şekle Aykırılığın Yaptırımı*”, Prof. Dr. Zahit İmre’ye Armağan, İstanbul 2009.
- KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt III, 6. Bası, İstanbul 2001 (Kısaltma: Cilt III).
- KURU, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul 2016.
- LABORDE, Jean-Pierre/ SANA- CAHALLE de NERE, Sandrine, Droit International Privé, 18e Edition, 2014.
- LAGARDE, Paul, “*Le Nouveau Droit International Prive des Contrats Apres L’entrée En Vigueur de la Convention de Rome du 19 Juin 1980*”, Rev. Crit. DIP 1991.
- LAGARDE, Paul, “*The Scope of the Applicable Law in the E.E.C. Convention*”, (s. 49-57) Contract Conflicts- The E.E.C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: A Comparative Study, Ed. P. M. North, New York 1982 (Kısaltma: E.E.C. Convention).
- LALE, Muktedir, Özetli İçtihatlı Yargıtay Uygulamalarında Milletlerarası Özel ve Usul Hukuku, Ankara 2014.
- LANDO, Olé, Principles of European Contract Law, 2003.
- LEGIER, Gérard, “*Actes Juridiques – Forme – Loi Applicable à la Forme*”, JurisClasseur Droit International, Fascicule 551-10 (2007). (Kısaltma: Loi Applicable A La Forme).
- LEGIER, Gérard, “*Actes Juridiques, Forme, Domaine de la Loi Applicable A La Forme*”, JurisClasseur, 2007, Fascicule 551-20 (2007) (Kısaltma: Domaine de la Loi Applicable).
- LOACKER, Rome Regulations Commentary, Second Edition, Edited by Graf-Peter Callies, 2015.

- LOUSSOUARN, Yvon / BOUREL, Pierre / VAREILLES-SOMMIERES, Pascal de: Droit International Privé, 2013.
- MALAURIE, Philippe/ AYNES, Laurent/ STOFFEL-MUNCK, Philippe, Droit des Obligations, 7e edition, LGDJ, 2015.
- MALINVAUD, Philippe/ FENOUILLET, Dominique, Droit des Obligations, 12e Edition, LexisNexis 2012.
- MANDERY, Maya: Party Autonomy in Contractual and Non-Contractual Obligations, 2014, Köln 2014.
- MARTINY, Dieter, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band VII, 2. Aufl. 1990, EGBGB Art. 29.
- MAZEAUD, Henri et Leon/ MAZEAUD, Jean/ CHABAS, François, Leçons de Droit Civil Tome II/ Premier Volume Obligations Theorie Generale, 9e Edition, 1998.
- MAYER, Pierre / HEUZE, Vincent: Droit International Privé, 2014.
- MCPARLAND, Michael, The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations, 2015.
- MELIN, François, Droit International Privé, 6e Edition, 2014.
- MERİÇ, Nedim, "HMK ve İİK'da Yer Alan Parasal Sınırlar", LEGALBANK Elektronik Hukuk Bankası.
- MESCİ, Barış, "Milletlerarası Özel Hukukta Atıf", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. iur. Merih Kemal Omağ'a Armağan, Cilt: 16, Sayı: 2, Temmuz 2017, Cilt II.
- MEYZAUD-GARAUD, Marie-Christine, Droit International Privé, 4e Edition, 2014.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ ASTARLI, Muhittin/ BAYSAL, Ulaş, İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2018.
- NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 5. Baskı, İstanbul 2014.
- NASRALLAH, Mourtada, La Forme des Actes En Droit International Privé Spécialement Selon Le Droit Français, 1952.
- NIBOYET, Marie-Laure/ la PRADELLE, Geraud de Geouffre de, Droit International Privé, 6e Edition, LGDJ, 2017.
- NOMER Ergin, Devletler Hususi Hukuku, 22. Bası, İstanbul 2017.
- NOMER, Ergin, Milletlerarası Usul Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2018 (Kısaltma: Usul).

- NOMER N. Fusun, “*Borç Sözleşmelerinde Şekil Eksikliğinin Müeyyidesi ve Buna Dayalı Hükümsüzlüğün Dürüstlük Kuralı (MK m. 2/II) Dışındaki Yollardan Giderilmesi*”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman Anısına Armağan, İstanbul 2000.
- NOMER, Haluk Nami/ ERGÜNE, Serkan, Eşya Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2019
- OĞUZMAN, M. Kemal, “*Şekil Noksanı Sebebiyle, Butlan Dermeyanı Hakkının Suistimali, İstanbul Barosu Dergisi*”, Sayı: 6, 1955.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ BARLAS, Nami, Medeni Hukuk-Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 23. Bası, İstanbul 2017.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, 16. Bası, İstanbul 2018.
- OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, 20. Baskı, İstanbul 2017.
- ÖZBİLEN, Arif Barış, Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü, İstanbul 2016.
- ÖZDEMİR Hatice, “*Kambiyo Taahhütlerinin Şekil Bakımından Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk, Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan*”, İstanbul 1999.
- ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, İstanbul 2001 (Kısaltma: Doğrudan Uygulanan Kurallar).
- ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, “*Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları*”, MHB, Cilt: 30, Sayı:1-2, 2010 (Kısaltma: MÖHUK m. 24).
- ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti, İstanbul 2003 (Kısaltma: Elektronik Sözleşmeler).
- ÖZEL, Sibel, “*Ülkelerarası Evlat Edinme*”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2011/1, Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan.
- ÖZEL, Sibel/ ÇINAR, Kazım, “*Taşınmazlara İlişkin Sözleşmelerin Esasına Uygulanacak Hukuka Dair MÖHUK m. 25’in Kapsamı*”, MÜHF-HAD, Yılç 2017, Cilt: 23, Sayı: 1.
- ÖZEN, Burak, *Kefalet Sözleşmesinde Şekle Aykırılık ve Şekle Aykırı Kefalet Sözleşmesinin Kefil Tarafından İfa Edilmesi*, (s. 747-768) Prof. Dr. Belgin Erdoğmuş’a Armağan, İstanbul 2011 (Kısaltma: Şekil).
- ÖZEN, Burak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, Genişletilip Güncelleştirilmiş 4. Bası, İstanbul 2017 (Kısaltma: Kefalet).

- ÖZKAYA FERENDECİ, H. Özden, Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki Belge Terimi ve İspat Hukukundaki Yeri, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Özel Sayı 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan.
- ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015.
- ÖZTAN, Bilge, Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle), 8. Bası, Ankara 2017 (Kısaltma: Miras Hukuku).
- ÖZTEKİN, Günseli, "İspat Hukuku ve Delillere Uygulanacak Hukuk Hakkında Görüşler", MHB, Cilt: 9, Sayı: 1, Yıl: 1989.
- ÖZTEKİN GELGEL Günseli, Türk Devletler Özel Hukukunda Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar, İstanbul 2000.
- ÖZTEKİN GELGEL, Günseli, "5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Bünyesinde Tüketici Sözleşmeleri", Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, İstanbul 2010 (Kısaltma: Tüketici Sözleşmeleri).
- ÖZTÜRK, Necla, Milletlerarası Özel Hukukta Aile Kurma Amaçlı Evlilik Benzeri Yaşam Modelleri, Ankara 2015.
- PEKCANITEZ, Hakan, Medeni Usul Hukuku, Cilt I, Ed. Hakan Pekcanitez/ Muhammet Özekes/ Mine Akkan/ Hülya Taş Korkmaz, İstanbul 2017.
- PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013.
- PETEK, Hasan, "Ölüme Bağlı Tasarrufların İptali Davasında Süreler ve Hükmün Anlam Bakımından Uygulanması", TAAD, Cilt: I, Yıl: 2, Sayı: 6, 2011.
- POROY, Reha/ TEKİNALP, Ünal, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları (6728 Sayılı Kanunla Değişik Çek Kanununun Yorumu ile, 22. Bası, İstanbul 2018.
- POROY, Reha/ YASAMAN, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2017.
- RAAPE, Leo, Deutschen Internationalen Privatrecht, Auflage 5, Berlin/ Frankfurt 1961.
- RABEL, Ernst, The Conflict of Laws – a Comparative Study, Volume Two (Foreign Corporations: Torts: Contracts in General, 1960.
- RAGNO, Francesca, Rome I Regulation Pocket Commentary, Edited by Franco Ferrari, 2015.
- REİSOĞLU, Seza, Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2013.
- RIGAUX, F., "La Loi Applicable a la Forme des Actes Juridiques", Liber Amicorum Adolf F. Schnitzer, 1979.
- RIGAUX, François/ FALLON, Marc, Droit International Privé, 3eme Edition, 2005.

- SANTA-CROCE, Muriel, "Contrats Internationaux - Domaine de la Loi du Contrat - Conclusion et Existence - Validité au Fond - Forme et Preuve - Sanctions", JurisClasseur, Fascicule 60 (2008).
- SARGIN, Fügen, Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticari Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 2002 (Kısaltma: Lisans Sözleşmeleri).
- SARGIN, Fügen, "MÖHUK Çerçevesinde Fikri ve Sınai Haklar ile İlgili Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk", Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, İstanbul 2010 (Kısaltma: Fikri ve Sınai Haklar).
- SAYMAN, Yücel, Türk Devletler Hususi Hukukunda Evlenmenin Kuruluşu, İstanbul 1982 (Kısaltma: Evlenmenin Kuruluşu).
- SAYMAN, Yücel, Türkiye'de Yapılan Evliliklerin Şekline Uygulanacak Hukuk Üzerine Düşünceler, MHB, 1981, S. 2 (Kısaltma: Evlenmenin Şekli).
- SEROZAN, Rona, "Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması ve Teminaten Temlik (Pratik Gereksinimlere Uygun Biçimde Uygulanamayan İki İlginç Ayni Teminat)", Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, 2. Tıpkı Bası, İstanbul 2001 (Kısaltma: Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması).
- SEVİMLİ, K. Ahmet, İş Hukukunda Yazılı Şekil Şartı, Çimento İşveren Dergisi, Cilt: 17, Sayı: 2; 2003.
- SCHÖNENBERGER/ JAGGI, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, Art. 1-17, OR 3. Auflage Zürich 1973.
- SILZ, Edouard, Définition de la Forme des Actes Au Point de Vue de l'Application de la Regle "Locus Regit Actum" En Droit International Privé, 1920.
- SİRMEN, Lale, Eşya Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2018 (Kısaltma: Eşya Hukuku).
- SİRMEN, Sedat, "Eş Cinsel Birliktelikler ve Bunların Kanunlar İhtilafı Hukukunda Düzenlenişi", AÜHFD, Cilt: 58, Sayı: 4, 2009.
- SİRMEN, Sedat, Milletlerarası Özel Hukukta Culpa in Contrahendo Sorumluluğuna Uygulanacak Hukukun Tayini, Ankara 2016 (Kısaltma: Culpa in Contrahendo).
- SOERGEL/ KEGEL, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Auflage 11, Stuttgart/ Berlin/ Köln/ Mainz 1970.
- STONE, Peter, EU Private International Law, 3rd Edition, 2014.
- SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 16. Baskı, İstanbul 2018.
- ŞAHİN, Turan, "Elektronik Sözleşmelerin Kuruluşuna İlişkin İrade Beyanları ve Bu Beyanların Geri Alınması", TBB Dergisi, 2011 (95).

- ŞAKAR, Müjdat, Gerekeçeli ve İçtihatlı İş Kanunu Yorumu, Ankara 2011, 6. Baskı.
- ŞANLI, Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 6. Bası, İstanbul 2016 (Kısaltma: Uluslararası Ticari Akitler).
- ŞANLI Cemal/ ESEN Emre/ ATAMAN-FİGANMEŞE İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, 6. Bası, İstanbul 2018.
- ŞENSÖZ, Ebru, "27.11.2007 tarih ve 5718 sayılı MÖHUK Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Evlilik Mallarına İlişkin İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 8, Sayı: 16, Güz 2009, s. 173-211 (Kısaltma: Evlilik Malları).
- ŞENSÖZ MALKOÇ, Ebru, "Yabancıların Türkiye'de Evlenmesi Konsolosluk Evlenmelerinin Hukuki Geçerliliği ve Sonuçları", MHB, Cilt: 37, Sayı: 2, 2017, Yücel Sayman'a Armağan (Kısaltma: Konsolosluk Evlenmeleri).
- TAN DEHMEN, Mine, Milletlerarası Usul Hukukunda Yabancı Belgelerin İspat Gücü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012.
- TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt: I/1, Kendisine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama, 3. Bası.
- TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II (İstisna ve Vekalet Sözleşmeleri, Vekaletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri), 5. Tıpkı Basım, İstanbul 2010 (Kısaltma: Cilt II).
- TANRIBİLİR, Feriha Bilge, "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Genel Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler Üzerine", TBB Dergisi, Sayı 87, 2010.
- TANRIBİLİR, Feriha Bilge/ ŞİT KÖŞGEROĞLU, Banu, "Uluslararası Özel Hukukta Evlat Edinme", Prof. Dr. Tuğrul Arat'a Armağan, Ankara 2012.
- TARMAN, Zeynep Derya, "Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma I Tüzüğü (AT 593/ 2008)", Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku, Editörler: Işıl Özkan/ Ceyda Süral/ Uğur Tütüncübaşı, Ankara 2016 (Kısaltma: Roma I Tüzüğü).
- TARMAN, Zeynep Derya, "Milletlerarası Özel Hukukta Culpa in Contrahendo Sorumluluğu", Prof. Dr. Rona Serozan Armağanı, İstanbul 2010 (Kısaltma: Culpa in Contrahendo).
- TARMAN, Zeynep Derya, "MÖHUK Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi", BATİDER, C. 26, S. 1, MART 2010 (Kısaltma: Hukuk Seçimi)

- TAŞDELEN, Nihat, Kefalet Sözleşmesinde Şekil, Prof. Dr. Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998.
- TAŞPINAR AYVAZ, Sema, "Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun İmza Atamayanlarla İlgili Yeni Düzenlemesine Eleştirel Bir Bakış", (s. 321-349), AUHFD, 61 (1) 2012.
- TEKELİOĞLU, Numan, "Mülkiyeti Saklı Tutma Kaydıyla Satış Sözleşmesi", Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 137, Ocak 2018.
- TEKİNALP, Gülören, Acenta Sözleşmesine Uygulanan Kanunlar İhtilafı Kuralı, İstanbul 1972 (Kısaltma: Acenta).
- TEKİNALP, Gülören, Türk Devletler Hususi Hukukunda Temsil Yetkisi, İstanbul 1977 (Kısaltma: Temsil).
- TEKİNALP Gülören/ UYANIK ÇAVUŞOĞLU Ayfer, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 11. Bası, İstanbul 2011.
- TEKİNAY, S. Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.
- TERCIER, Pierre/ PICHONNAZ, Pascal, Le Droit des Obligations, 5e edition, Zurich 2012.
- TERCIER, Pierre/ PICHONNAZ, Pascal/ DEVELİOĞLU, H. Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1. Bası, İstanbul 2016.
- TERRE, François/ SIMLER, Philippe/ LEQUETTE, Yves, Droit Civil Les Obligations, 11e Edition, Dalloz, 2013.
- TİRYAKİOĞLU Bilgin, Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996.
- TOTTERMAN, Richard: The scope of the rule locus regit actum in the conflict of laws, Oxford 1951.
- TUĞ, Adnan, Türk Özel Hukukunda Şekil, 2. Baskı, Ankara 1992.
- TUNCAY, Aziz Can, Hukuki Yönden Basında İşçi İşveren İlişkileri, İstanbul 1989.
- TUNÇOMAĞ, Kenan/ CENTEL, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 9. Baskı, İstanbul 2018.
- TURAN, Gamze, "Elektronik Sözleşmeler ve Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti, Türkiye Barolar Birliği Dergisi", Sayı: 77, 2008.
- ULUOCAK, Nihal, "Evlenmenin Şekli Geçerliliğinde İn Favorem Atıf Uygulaması", MHB, Sayı: 2, Yıl: 4, 1984 (Kısaltma: Evlenmenin Şekli).
- ULUOCAK, Nihal, Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri – Uygulama Kuralları – Sözleşmeler, İstanbul 1989 (Kısaltma: Milletlerarası Özel Hukuk).
- UMAR, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014.

- UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer, Türk Milletlerarası Özel Hukukunda İradi Temsil, BATİDER, Cilt: 28, Sayı: 1, Mart 2012 (Kısaltma: İradi Temsil).
- ÜLGEN, Hüseyin/ HELVACI, Mehmet/ KENDİGELEN, Abuzer/ KAYA, Arslan, Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 2015, 10. Bası.
- ÜLGEN, Hüseyin/ HELVACI, Mehmet/ KENDİGELEN, Abuzer/ KAYA, Arslan/ NOMER ERTAN, Füsün, Ticari İşletme Hukuku, 5. Tıpkı Bası, İstanbul 2015 (Kısaltma: Ticari İşletme).
- VAUTHIER, Marcel: Sens et Application de la Regle LOCUS REGIT ACTUM, Bruxelles 1926.
- VERSCHRAEGEN, Bea, Rome I Regulation-Commentary (European Commentaries on Private International Law, Edited by Ulrich Magnus/ Peter Mankowski, 2016.
- VON TUHR, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt: 1-2, Çeviren Cevat Edege, Yargıtay Yayınları No: 15, 1983.
- VIGNAL, Thierry, Droit International Privé, 2e Edition, Paris 2011.
- WILDERSPIN, Michael, Rome I Regulation-Commentary (European Commentaries on Private International Law, Edited by Ulrich Magnus/ Peter Mankowski, 2016 (Kısaltma: Rome I Art. 6).
- WILDERSPIN, Michael, The European Private International Law of Obligations, 4th Edition, 2015.
- WOLFF, Martin, Das Internationale Privatrecht Deutschlands, Auflage 3, Berlin 1954.
- XOUDIS, Julia, Commentaire Romand Code des Obligations I Art. 1-529, Ed. Luc Thevanoz/ Franz Werro, Helbing Lichtenhahn, 2012.
- YASAN, Candan, "Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsiyetten Kişilerin Evliliği ve Evlilik Dışı Birliktelikleri", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011/1, Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan.
- YAVAŞ, Murat, Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ile Bu Kuralların İstisnaları, Ankara 2009.
- YAVUZ, Cevdet/ ACAR, Faruk/ ÖZEN, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2014.
- YILMAZ, İlhan, "Türk Hukukunda Yabancılık Unsuru Bakımından Çek", Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir 2001.
- ZEVKLİLER, Aydın/ GÖKYAYLA K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 18. Bası, Ankara 2018.