

TÜRK MAHKEMELERİNDE YABANCI HUKUKUN UYGULANMASI

Araş. Gör. Tuğçe Nimet Yaşar*

ÖZET

Kural olarak Türk mahkemelerinde Türk hukuku uygulanmaktadır. Ancak kanunlar ihtilâfi kuralları gereğince yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde yabancı hukukun uygulanması da mümkündür. Yabancı hukukun uygulanması, onun “hukuk” veya “vakıa” olarak nitelendirilmesine göre değişiklik arz etmektedir. 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 2. maddesinin I. fıkrasında hâkimin Türk kanunlar ihtilâfi kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku kendiliğinden (re’sen - ex officio) uygulayacağı düzenlenmiştir. Başka bir ifade ile Türk mahkemelerinde hâkim, tarafların taleplerine bağlı olmaksızın yetkili yabancı hukuku belirlemeli ve içeriğini araştırmalıdır. Bu bağlamda çalışmamızda Türk mahkemelerinde yabancı hukukun tespiti ve uygulanması diğer hukuk sistemleri ile karşılaştırmalı olarak incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: *Yabancı hukuk, vakıa, iura novit curia, yabancı hukukun tespiti, yabancı hukukun uygulanması.*

APPLICATION OF FOREIGN LAW IN THE COURTS OF TURKEY

ABSTRACT

As a rule, Turkish courts apply Turkish law. However, according to the rules of conflict of laws foreign law may be applied to the acts and relations regarding private law containing foreign element. The application of foreign law varies according to whether the foreign law is treated as a question of “law” or “fact”. Pursuant to Article 2 section I of the Turkish Code on Private International Law and Civil Procedure numbered 5718, the judge shall ex officio apply the rules of Turkish conflict of laws and foreign law, which is competent under these rules. Regarding this provision, ascertaining foreign law and application of foreign law in the courts of Turkey (with comparison to other legal systems) have been examined in this study.

Keywords: *Foreign law, fact, iura novit curia, ascertaining foreign law, application of foreign law.*

* Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı,
Ankara, Türkiye, tugyasar@gmail.com

Giriş

“İnsan gruplarının birlikte yaşadığı, çeşitli ilişkiler kurduğu, aralarında örgütlenme biçimleri oluşturduğu insan topluluğu ‘toplum’ olarak nitelendirilebilmektedir”¹. Hukuk ise öncelikle toplum içinde yaşayan insanlar arası ilişkileri düzenlemektedir². Bütün insanları ilgilendirdiği için, teorik açıdan hukukun ülkesel (mülki) olmaması gerekmektedir³.

Ülke toprakları içinde kanun koyucu egemendir⁴. Önceleri hukuk, egemenlik olmadan ve egemenlik de bölgesel güç (*territorial power*) ve bağımsızlık olmadan varlığını sürdürememekteydi⁵. Dolayısıyla hukuk ülkesel (mülki) olmakta ve ülke sınırları dışında kural olarak geçerliliğini kaybetmekteydi. Neticede ise bir devletin egemenlik sınırları içinde düzenlenmiş bir hukuk kuralı, söz konusu ülkenin egemenlik sınırları dışında “hukuk” olmaktan çıkacağı için uygulanamamaktaydı. Ancak günümüz uygulamasında farklı devletlerde bulunan kişiler arası hukukî ilişkilerin yoğunluğu nedeniyle hukukun, düzenlendiği ülke sınırları dışında da uygulanabildiği ve hatta uluslararası hukuk kuralları oluşturulduğu görülmektedir⁶.

Türk mahkemelerinde esas olan Türk hukukunun uygulanmasıdır⁷. Ancak 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un⁸ (MÖHUK) kanunlar ihtilâfına ilişkin hükümleri (m. 9 vd.) ile diğer ihtilâf kuralları⁹ gereğince yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve

¹ Bakınız (Bkz.) Adnan GÜRİZ, *Hukuk Başlangıcı*, 10. Bası, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2005, s. 1.

² Ayrıntılı bilgi için bkz. GÜRİZ, s. 16.

³ Bkz. Henry HARFIELD, *Extraterritorial Application of Law – General Principles*, 64 Am. Soc’y Int’l L. Proc., 1970, s. 130-134.

⁴ Maarit JÄNTERÄ-JAREBORG, *Foreign Law in National Courts A Comparative Perspective*, Recueil des Cours, Cilt 304, 2003, s. 185-385.

⁵ Bu yönde HARFIELD, s. 131.

⁶ Bkz. HARFIELD, s. 132.

⁷ Bkz. Cemal ŞANLI/Emre ESEN/İnci ATAMAN-FİĞENMEŞE, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 55. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK - RG. 04.02.2011, S. 27836) m. 33: “Hâkim, Türk hukukunu re’sen uygular.”

⁸ Resmi Gazete (RG.) 12.12.2007, S. 26728.

⁹ Örneğin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (RG. 14.02.2011, S. 27846) ve milletlerarası sözleşmelerde uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukuka ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Yabancı hukukun uygulanma dayanaklarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Faruk Kerem GİRAY, *Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyetinin 5718 Sayılı MÖHUK Kapsamında*

ilişkilerde yabancı hukukun uygulanması da mümkündür¹⁰. Çalışmamızda Türk mahkemelerinde yabancı hukukun nasıl uygulandığı incelenmektedir. Bu itibarla öncelikle yabancı hukuk kavramı tanımlanarak, yabancı hukukun tespiti, uygulanması ve temyize konu olup olamayacağı ele alınacaktır.

I. Yabancı Hukuk

A. Tanımı

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 33. maddesinin Gereğesinde “*Türk hukuku*” teriminin, “*kanunların yanı sıra mevzuat ile örf ve adet hukukunu ve Türkiye Cumhuriyeti Devletinin taraf olduğu uluslararası sözleşmeleri*” kapsadığı ifade edilmektedir. “*Kanun*” ifadesinin sadece teknik anlamda kanunu değil, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın¹¹ tayin ettiği usuller uyarınca yürürlüğe konulan her türlü yazılı hukuk kuralını kapsadığı belirtilmektedir¹². Yazılı hukuk kuralları yanında Gereğçe'de belirtildiği üzere örf ve adet hukuku da “*Türk hukuku*” kapsamındadır. Aynı şekilde 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun¹³ 1. maddesinin II. fıkrası gereğince kanun ile örf ve adet hukukunda uygulanabilir hüküm olmaması durumunda hâkim kanun koyucu olsaydı koyacağı hukuk kuralı da “*Türk hukuku*” olarak kabul edilmelidir. Bu bağlamda başka bir devletin¹⁴ yetkili organlarınca yürürlüğe konulan yazılı veya yazılı olmayan hukuk kuralları yabancı hukuk olarak nitelendirilebilmektedir¹⁵. Yabancı hukukun tespitinde

Değlendirilmesi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan, Yıl 2011-2012, Cilt VIII-IX, Sayı 1-2, s. 555-577.

¹⁰ *Giray*'a göre egemenlik yetkisinden doğan yargılama faaliyetinde yabancı hukukun uygulanmasının nedeni tarafların söz konusu olaya ilişkin beklentilerinin karşılanmasıdır. Yabancı hukuk uygulanmaksızın çözüme kavuşturulan uyuşmazlıklar taraf menfaatlerine uygun olmayacak ve somut vakia adaletine hizmet etmeyecektir. Bkz. GİRAY, s. 556.

¹¹ RG. 20.10.1982, S. 17844.

¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal OĞUZMAN/Nami BARLAS, *Medenî Hukuk*, 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 46.

¹³ RG. 08.12.2001, S. 24607

¹⁴ Türkiye Cumhuriyeti tarafından tanınmayan bir devletin hukuku da yabancı hukuk olarak dikkate alınmalı ve uygulanmalıdır. Bkz. GİRAY, s. 559.

¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ergin NOMER, *Davada Yabancı Kanun*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1972, s. 7.

o hukukun kaynakları da dikkate alınmalıdır¹⁶. Ayrıca belirtmek gerekmektedir ki Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90. maddesinin V. fıkrası gereğince “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir*”. Dolayısıyla usulüne göre yürürlüğe konulmuş “*milletlerarası andlaşmalar*” yabancı hukuk niteliğinde değildirler¹⁷.

Anasyonel/uluslarötesi kuralların yabancı hukuk olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği konusu tartışılabilir. Anasyonel/uluslarötesi kurallar *lex mercatoria*¹⁸ terimi ile ifade edilmekte ve uluslararası ticaret hukukunun, tacirler hukuku olarak devam eden ticari örf, adet ve teamül kurallarını kapsamaktadır. *Giray*, *lex mercatoria*'nın bir devletin egemenliğine bağlı olmadan düzenlenmiş olması sebebiyle yabancı hukuk olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmektedir¹⁹. Bu kuralların Türk hukuku sayılmamasından dolayı yabancı hukuk olarak değerlendirilmesi gerektiği de ileri sürülebilir. Ancak Türk hukuku uyarınca örneğin akdi borç ilişkilerinde taraflarca uyuşmazlığın esasına uygulanması için seçtikleri hukukun bir devletin hukuku olması gerekmektedir. Dolayısıyla *lex mercatoria*'nın taraflarca seçimi bir hukuk seçimi sayılmamakta, seçilen kuralların sözleşme metnine dâhil edilmesi veya sözleşmenin bir parçası haline gelmesi ile sonuçlanmaktadır²⁰. Bu hususlar değerlendirildiğinde devlet egemenliğine bağlı olmadan çıkarılan kuralların yabancı hukuk kapsamında olmadığı görüşünü kabul etmekteyiz.

¹⁶ Örneğin Anglo-Saxon hukukunda mahkeme kararları hukukun asıl kaynakları arasında yer almaktadır. Rona AYBAY, *An Introduction to Law*, Alfa Yayınları, İstanbul, 2013, s. 78. Dolayısıyla bu hukuk sistemi mahkeme kararları da “*yabancı hukuk*” olarak kabul edilmelidir.

¹⁷ Alman hukukunda milletlerarası hukuk, yabancı hukuk olarak kabul edilmemektedir. Ayrıca Avrupa Birliği hukuku Alman iç hukuku ile eşit kabul edilmektedir. Bu yönde bkz. Hanns PRÜTTING, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 4. Bası, Verlag C.H. Beck, München, 2013, § 293, Rn. 9 ve 10. Aynı şekilde Fransız hukuku için bkz. Brigitte HERZOG, *Proof of International Law and Foreign Law Before a French Judge*, Va. J. Int'l L., Vol. 18:4, 1978, s. 651–663.

¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Arzu OĞUZ, *Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (Lex Mercatoria) – Unidroit İlkeleri'nin Lex Mercatoria Niteliği*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2001, Cilt 50, Sayı 3, s. 11–53.

¹⁹ Bkz. GİRAY, s. 557. *Giray*'a göre Avrupa Birliği müktesebatının (Türk hukuku açısından) yabancı hukuk olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışmalıdır.

²⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGENMEŞE, s. 252; Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanın Kuralları*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB), Yıl 30, Sayı 1–2, 2010, s. 27–88.

B. Niteliği

Yabancı hukukun niteliği bakımından farklı görüşler ve uygulamalar söz konusudur. Bu görüş ve uygulamalar yabancı hukukun “*hukuk*” veya “*vakıa*”²¹ olarak nitelendirilmesi şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Anılan nitelendirme usul hukuku bakımından büyük önem arz etmektedir²².

1. “*Vakıa*” Niteliği

Yabancı hukukun “*vakıa*” olarak nitelendirildiği görüş gereğince,²³ hukuk, düzenlendiği devletin egemenlik sınırlarından çıkması ile “*hukuk*” olmaktan çıkmakta ve mahkemeler için bağlayıcı kuvvete sahip olmamaktadır²⁴. Mahkemeler için sadece millî hukuk “*hukuk*” niteliğindedir²⁵. Dolayısıyla yabancı hukuk davaya ilişkin bir vakıa olarak, davanın taraflarınca ileri sürülmekte ve ispatlanmaktadır²⁶. Başka bir ifade ile yabancı hukuk vakıalar gibi delilin konusu²⁷ olup ispata ilişkin hükümlere tabidir²⁸.

²¹ Vakıa, olgu, olmuş bir iş ve olay anlamına gelmektedir. Ejder YILMAZ, *Hukuk Sözlüğü*, 10. Bası, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2006, s. 726.

²² Bkz. NOMER, *Davada Yabancı Kanun*, s. 5.

²³ Ayrıca bkz. “Giriş”.

²⁴ Bkz. NOMER, *Davada Yabancı Kanun*, s. 15; Hans DÖLLE, *Über die Anwendung fremden Rechts*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR), 1957, s. 56-62. Bu görüş özellikle Fransız hukukunda *Batiffol* tarafından ileri sürülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. NOMER, *Davada Yabancı Kanun*, s. 18.

²⁵ Bkz. NOMER, *Davada Yabancı Kanun*, s. 9, dn. 11.

²⁶ Bkz. Rona AYBAY/ Esra DARDAĞAN, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 113.

²⁷ “*Delilin konusu*”na ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Baki KURU/ Ramazan ARSLAN/ Ejder YILMAZ, *Medenî Usul Hukuku*, 18. Bası, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2007, s. 374.

²⁸ Bkz. DÖLLE, s. 57.

Belçika, (Fransa)^{29,30},

²⁹ Fransız Yargıtay'ı (*Cour de Cassation*) yabancı hukukun niteliği hakkında günümüze kadar farklı yönlerde kararlar vermiştir. Önceleri yabancı hukukun bir hukuk meselesi olduğunu kabul etmiş ancak sonradan görüşünü değiştirerek yabancı hukukun bir “vakia” (élément de fait) meselesi olduğuna karar vermiştir. Bkz. HERZOG, s. 658. Vakia ve hukuk ayrımı Fransız hukukunda diğer hukuklara göre daha kesindir. Bu yönde bkz. HERZOG, s. 651. Günümüzde Fransız Yargıtay'ı yabancı hukukun “hukuk” olduğunu kabul etmektedir. Bkz. Carlos ESPLUGUES/José Luis IGLESIAS/Guillermo PALAO (Ed.), *Application of Foreign Law*, Sellier, Munich 2011, s. 185 vd.

³⁰ Fransız hukukuna göre, yabancı bir hukuku yetkili kılan kanunlar ihtilâfi kuralları kamu düzenine (*ordre public*) ilişkin ve emredici nitelikte değildi. Bu kurallar sadece tarafların uygulanmasını talep edebilecekleri ve içeriğini ispat etmeleri durumunda hâkimin uygulayacağı yabancı hukuku düzenlemekteydi. Bkz. DÖLLE, s. 61. Tarafların yabancı hukuku ispat edememeleri durumunda, kanunlar ihtilâfi hükümleri uyarınca yabancı hukuk uygulanması gerekse dahi, hâkim Fransız hukukunu uygulamaktaydı. Ancak Fransız Yargıtay'ının aksi yönde kararları da mevcuttu. Bu kararlar arasında *Bisbal* kararı (*Cass. civ. 12.05.1959*) önem arz etmektedir. Kararda taraflar ileri sürmedikçe hâkimin yabancı hukuku uygulama yükümlülüğünün bulunmadığı, Fransız mahkemeleri tarafından görülen hukuk davalarında Fransız hukukunun uygulanması gerektiği ancak hâkimin yabancı hukuku uygulama konusunda da yetki sahibi olduğu belirtilmiştir. Aynı yönde *Compagnie algérienne de Crédit et de Banque v. Chemouny*, *Cass. civ. 02.03.1960*. Bkz. Rainer HAUSMANN, *Pleading and Proof of Foreign Law – a Comparative Analysis*, The European Legal Forum - Forum iuris communis Europae, Sayı 1, 2008, s. 1-13; JÄNTERÄ-JAREBORG, s. 274 vd. 1988 yılında Fransız Yargıtay'ı tarafından verilen iki önemli karar da *Rebouh* (*Cass. civ. 11.10.1988*) ve *Schule* (*Cass. civ. 18.10.1988*) kararlarıdır. Anılan kararlarda kanunlar ihtilâfi kurallarına göre yabancı hukukun uygulanması gerekiyor ise mahkemenin re'sen yabancı hukuku uygulamakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. 1990 yılında ise Fransız Yargıtay'ı görüşünü esnekletirerek, kural olarak yabancı hukukun taraflarca ileri sürülmesi durumunda mahkeme tarafından uygulanması gerektiğini ifade etmiştir (*Coveco*, *Cass. civ. 1, 04.12.1990*). Karar gereğince mahkemenin, tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri haklarına (*droits disponibles*) ilişkin uyuşmazlıklarda yabancı hukuku re'sen uygulama yükümlülüğü yoktur. Dolayısıyla Fransız hukukuna göre sözleşme, haksız fiil ve mülkiyet hakları gibi tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri alanlarda hâkimin yabancı hukuku re'sen uygulama yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu alanlara ilişkin uyuşmazlıklarda genellikle Fransız hukuku uygulanmaktadır. Ancak;

a. Tarafların yabancı hukukun uygulanmasını talep ettikleri,

b. Tarafların serbestçe tasarruf edemedikleri haklara (*droits indisponibles*) ilişkin veya

c. Tarafların serbestçe tasarruf edebildikleri haklara ilişkin olmakla birlikte uluslararası sözleşme ya da Avrupa Birliğine ilişkin düzenlemeler nedeniyle yabancı hukukun re'sen uygulanmak zorunda bulunduğu

uyuşmazlıklarda hâkimin yabancı hukuku uygulama yükümlülüğü bulunmaktadır. Bkz. HAUSMANN, s. 4; JÄNTERÄ-JAREBORG, s. 274 vd.

Galler³¹, İngiltere³², -Kaliforniya ve New York eyaletleri dışında- Amerika Birleşik Devletleri³³ (başka bir ifade ile Anglo-Saxon hukukunda) ve İspanya'da³⁴, yabancı hukukun “*vakia*” olduğu kabul edilmektedir³⁵. Nitekim özellikle Anglo-Saxon hukukunda yabancı hukukun millî hukuk

Benzer uygulama Letonya ve Litvanya'da da söz konusudur. Ayrıntılı bilgi için bkz. GİRAY, s. 559.

Fransız hukukunda yabancı hukuk uygulanırken tarafların sundukları deliller yanında (delil serbestisi söz konusu olmakla birlikte taraflar çoğunlukla uzman kişilerden alınan *certificat de coutume*'ü mahkemeye sunmaktadır), hâkim kendi yabancı hukuk bilgisinden faydalanabilmekte, yabancı hukukun tespiti konusunda bilirkişi tayin edebilmekte veya gerekli otoritelerden yardım isteyebilmektedir. HERZOG, s. 659 vd.; ESPLUGUES/IGLESIAS/PALAO, s. 53.

³¹ İngiltere ve Galler'de yabancı hukuka ilişkin uygulama aynı şekildedir. İskoç hukuku, İngiliz ilk derece mahkemelerinde yabancı hukuk olarak kabul edilmektedir. Ancak temyize gidilmesi durumunda Yüksek Mahkeme *House of Lords*'ün İskoç hukukunu kendiliğinden dikkate alması gerekmektedir. Zira *House of Lords* hem İngiltere hem de İskoçya temyiz mahkemesidir. Bu yönde bkz. I. A. HUNTER, *Proving Foreign and International Law in the Courts of England and Wales*, 18 Va. J. Int'l L., 1977-1978, s. 665-696; James FAWCETT/Peter NORTH, *Cheshire and North's Private International Law*, 12. Bası, Oxford University Press, London, 1992, s. 108-109.

³² İngiltere'de yabancı hukukun “*vakia*” olarak değerlendirilmesi “*Fremoult v. Dedire*” [1 P. Wms 429, 24 Eng. Rep. 458 (1718)] davasına dayanmaktadır. “*Mostyn v. Fabrigas*” [1 Cowper, 161, 174, 24 Eng. Rep. 1021, 1028 (1775)] davasında milletlerarası hukukun “*common law*”un bir parçasını oluşturduğunu ancak yabancı hukukun bir *vakia* meselesi olarak ispatlanması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. HUNTER, s. 666. Yabancı hukukun “*vakia*” olduğu kabul edilmekle birlikte “*kendine özgü bir maddi vakia*” (“*a question of fact of a peculiar kind*”) olduğu ifade edilmektedir. Zira yabancı hukuk meselesinin aslında bir “*hukuk meselesi*”ne (“*question of law*”) dayandığı belirtilmektedir. Bu yönde bkz. HUNTER, s. 669; FAWCETT/NORTH, s. 107-108.

³³ Amerika Birleşik Devletleri'nde yabancı hukukun tarafların talebi üzerine uygulanıp uygulanmayacağına jüri değil hâkim karar vermektedir. Bkz. Heinrich NAGEL/Peter GOTTWALD, *Internationales Zivilprozessrecht*, 7. Bası, Verlag. Dr. Otto Schmidt, Köln, 2013, §11, Rn. 73. İngiliz ve Amerikan hukuklarında tarafların yabancı hukukun uygulanmasını talep etmeleri halinde mahkemenin yabancı hukukun uygulanıp uygulanmayacağını kendiliğinden incelemesi gerekmektedir.

³⁴ Yabancı hukukun “*vakia*” olduğunu düzenleyen İspanyol Medenî Kanunu'nun (*Codigo Civil*) 12.6. maddesinin II. fıkrası 07.01.2000 tarihli İspanyol Medenî Usul Kanunu'nun (*Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*) 281. maddesinin II. fıkrası ile değiştirilmiştir. Ancak Usul Kanunu'ndaki yeni düzenleme de mahkemeler tarafından yabancı hukukun “*vakia*” olduğu yönünde yorumlanmaktadır. Bu yönde bkz. NAGEL/GOTTWALD, §11, Rn. 75-76.

³⁵ Bkz. AYBAY/DARDAĞAN, s. 113; DÖLLE, s. 57 ve 61.

ile örtüştüğü varsayımından hareket edilmektedir³⁶.

2. “Hukuk” Niteliği

Yabancı hukukun “*hukuk*” olduğunu kabul eden görüş ve uygulamaya göre yabancı hukukun millî hukuktan bir farkı bulunmamaktadır. Hâkimin, taraflardan bir talep gelmeksizin, kendiliğinden (*re’sen - ex officio*) uygulanacak yabancı hukuku tespit etmesi ve uygulaması gerekmektedir³⁷. Taraflardan bu yönde gelecek taleplerin hâkime sadece yardım niteliğinde olduğu kabul edilmektedir^{38,39}.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 2. maddesinin I. fıkrası gereğince “*hâkim, Türk kanunlar ihtilâfi kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re’sen uygular*”⁴⁰. Başka bir ifade ile Türk hukuku gereğince tarafların yabancı hukukun uygulanmasını talep ve ispat etmeleri gerekmemektedir⁴¹. Dolayısıyla ülkemizde yabancı

³⁶ Bkz. DÖLLE, s. 60

³⁷ Vatandaşlık, ikametgâh, mutad mesken, ika yeri, zarar yeri, ifa yeri, varma yeri gibi bağlama noktaları yabancı hukukun uygulanmasını sağlamaktadır. Bu bağlama noktaları birer maddi vakiydir. Bu nedenle bağlama noktalarının taraflarca ispat edilmesi gerekmektedir. Nitekim hâkimin maddi vakiaları kendiliğinden dikkate alması söz konusu değildir (HMK m. 25/I ve II). Ancak kamu düzeni ve yararına ilişkin davalarda ise “*hâkimin vakiaları araştırma*” ilkesi geçerli kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGENMEŞE, s. 59-61.

³⁸ Bu yönde AYBAY/DARDAĞAN, s. 114.

³⁹ Taraflardan birinin dava veya cevap dilekçesini ibraz ettikten sonra yabancı hukukun uygulanması gerektiğini ileri sürmesi, davayı değiştirme veya genişletme niteliğinde değildir. Çünkü hâkimin kendiliğinden MÖHUK gereğince hangi hukukun uygulanacağını incelemek ve tespit etmek görevi bulunmaktadır. Bu yönde bkz. Baki KURU, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt II, 4. Bası, Ankara, 1980, s. 1173 ve 1272.

⁴⁰ Bu yönde NOMER, *Devletler Hususî Hukuku*, s. 187; DOĞAN, s. 202. Ayrıca bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi (H.D.), 16.09.1997, 1997/5344 E., 1997/5910 K.: “*Türk Kanunları uyarınca re’sen hüküm vermek zorunda olan hâkim kendi kanunları ihtilâfi kurallarını re’sen uygular (MÖHUK m. 2/I). Bu konuda ne doktrinde ve ne de mahkeme uygulamasında bir tereddüt görülmemiştir. Türk usul hukukunda tarafların veya ilgili tarafın Yabancı Kanununun tatbikini ileri sürmesi gerekli değildir. Hâkim aynen maddi hukukta olduğu gibi, tatbiki gereken Yabancı Kanunu Devletler Hususî Hukuku Kurallarına göre tespit eder. Bu hâkimin resmi görevidir.*” Kazancı İçtihat Bankası – <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/11hd-1997-5344.htm> (Erişim tarihi: 29.06.2014).

⁴¹ Bkz. AYBAY/DARDAĞAN, s. 115; Vahit DOĞAN, *Milletlerarası Özel Hukuk Ders Kitabı*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s. 199.

hukukun “*hukuk*” olduğu kabul edilmektedir⁴². Ülkemizde bu uygulamanın seçilmesindeki amaçlardan biri özel hukuk işlem ve ilişkilerinde uyumsuzluğa en sıkı ilişkili hukukun uygulanmasının sağlanmasıdır. Kanunlar ihtilâfi kuralları gereğince yabancı unsurlu bir uyumsuzluğa yabancı hukukun uygulanması gerektiği sonucuna ulaşıyor ise, bu durum somut uyumsuzluk bakımından yabancı hukukun Türk hukukuna göre daha “*doğru ve adaletli olduğu anlamına gelmektedir*”⁴³.

Almanya⁴⁴, Amerika Birleşik Devletleri’nin Kaliforniya ve New York eyaletlerinde⁴⁵, Avusturya, Fransa⁴⁶, Hollanda, İsveç, İsviçre, İtalya, Japonya, Polonya ve Rusya’da yabancı hukukun “*hukuk*” olduğu ve hâkim tarafından kendiliğinden uygulanması gerektiği kabul edilmektedir^{47,48}.

II. Yabancı Hukukun Tespiti

Türk kanunlar ihtilâfi kuralları gereğince yabancı hukukun uygulanacağına karar verilmiş ise Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 2. maddesinin I. fıkrası gereğince hâkimin Türk kanunlar ihtilâfi kurallarına göre yetkili olan yabancı hukuku kendiliğinden tespit etmesi ve uygulaması gerekmektedir. Bu bakımdan öncelikle hâkimin hukuku bilme zorunluluğunu ifade eden “*iura novit curia*” ilkesinin yabancı hukuk bakımından geçerli olup olmadığı ve hâkimin yabancı hukuku nasıl tespit edebileceği soruları açıklanacaktır.

⁴² Bkz. AYBAY/DARDAĞAN, s. 114; Aysel ÇELİKEL/Bahadır ERDEM, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 13. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 174; DOĞAN, s. 206; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGENMEŞE, s. 57; GİRAY, s. 559.

⁴³ Bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGENMEŞE, s. 55. Belirtilen durumda yabancı hukukun hukukumuzda göre daha uygun görüldüğü görüşü için bkz. Ergin NOMER, *Devletler Hususî Hukuku*, 20. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013, s. 185.

⁴⁴ Alman Medenî Usul Kanunu’nun (ZPO) 293. maddesi gereğince yabancı örf ve adet hukukunun da kendiliğinden hâkim tarafından uygulanması gerekmektedir.

⁴⁵ Bkz. NAGEL/GOTTWALD, §11, Rn. 73.

⁴⁶ Bkz. dn. 29, 30.

⁴⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. NAGEL/GOTTWALD, §11, Rn. 79 vd.

⁴⁸ Belirtilen devletlerdeki uygulama benzer olmakla birlikte aralarında birtakım farklılıklar bulunmaktadır. Bu farklılıklara aşağıda konular içerisinde değinilecektir.

A. “*Iura Novit Curia*” İlkesi ve Yabancı Hukuk

“*Iura novit curia*” ilkesi hâkimin “*hukuku*” bilme⁴⁹ zorunluluğunu ifade etmektedir⁵⁰. Yabancı hukukun da “*hukuk*” olarak kabul edildiği uygulamalara göre hâkimin yabancı hukuku bilmek zorunda olduğu teorik olarak ileri sürülebilir⁵¹. Ancak yabancı hukuku hem vakıa hem de hukuk olarak kabul eden uygulamalarda hâkimin yabancı hukuku bilme zorunluluğunun olmadığı ifade edilmektedir⁵². Nitekim hâkimin millî örf ve âdet hukukunu bilme zorunluluğu da bulunmamaktadır⁵³. Hâkimin hukuku bilme zorunluluğu sadece millî hukuk için geçerlidir⁵⁴.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 2. maddesinin I. fıkrasının 2. cümlesinde de bu hususa işaret edilmiştir. Anılan hükme göre “*hâkim, yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların*

⁴⁹ “*Hukukun bilinmesinden maksat, hukuk kuralının mevcudiyetinin, muhtevasının ve manasının ispatlanmaya ihtiyaç göstermemesi demektir*”. Bkz. DOĞAN, s. 197, 198 ve 201.

⁵⁰ Bu ilke yanında (“*bana vakıayı göster, sana hukuku göstereyim*” şeklinde Türkçe’ye tercüme edilebilen) “*da mihi facta, dabo tibi ius*” ilkesi de kullanılmaktadır. PRÜTTING, §293, Rn. 2.

⁵¹ Bu yönde bkz. Rolf SCHÜTZE, *Deutsches Internationales Zivilprozessrecht unter Einschluss des Europäischen Zivilprozessrechts*, 2. Bası, de Gruyter, Göttingen, 2005, Rn. 252.

İtalyan hukukunda “*iura novit curia*” ilkesi, hâkimin kendiliğinden söz konusu yabancı hukuk hakkında bilgi edinme yükümlülüğü altında olduğu yönünde yorumlanmaktadır. NAGEL/GOTTWALD, §11, Rn. 82.

⁵² Örn. İngiltere’de hâkime (Anglo-Saxon hukuku olsa dahi) yabancı hukuku bilme zorunluluğu yüklenemeyeceği ifade edilmiştir. Bkz. NORTH/FAWCETT, s. 107. Aynı şekilde yabancı hukuku “*hukuk*” olarak uygulayan Alman hukuku için bkz. NAGEL/GOTTWALD, §11, Rn. 24. Noterin de yabancı hukuku bilme zorunluluğunun bulunmadığı yönünde bkz. H. Jürgen SONNENBERGER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 6. Bası, Verlag C.H. Beck, München, 2012, Rn. 624. MÖHUK m. 2’ye benzer bir düzenleme getiren ZPO §293 gereğince mahkemenin yabancı hukukunun içeriğini bilmediği durumlarda tarafların yardımına veya başka ispat yollarına başvurmak suretiyle yabancı hukukun (içeriğini) tespit edebileceği belirtilmektedir. “*Hâkimden yabancı hukuku bilmesini beklemek, hâkime içinden çıkamayacağı mükellefiyet yüklemek demek olur*”. Bkz. DOĞAN, s. 197.

⁵³ Bu yönde bkz. DÖLLE, s. 59. Hâkimin örf ve âdet hukukunun tespitinde uzman bilirkişilerden yararlanabileceğine dair bkz. OĞUZMAN/BARLAS, s. 109.

⁵⁴ Bu yönde bkz. AYBAY/DARDAĞAN, s. 114; NOMER, *Devletler Hususî Hukuku*, s. 190; Cenk AKİL, *Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 57, Sayı 3, 2008, s. 1-32.

yardımını isteyebilir". Dolayısıyla Türk hukuku gereğince de hâkim yabancı hukuku bilmek zorunda olmayıp, yabancı hukukun içeriğinin tespit edilmesinde tarafların yardımından yararlanabilmektedir. Yabancı hukukun içeriğini tespit hâkimin "*resmi görevidir*"⁵⁵. Hâkim yabancı hukuku biliyor ise kendiliğinden uygulamalıdır⁵⁶.

B. Yabancı Hukuka Ulaşma Vasıtaları⁵⁷

Yukarıda da belirtildiği gibi⁵⁸ hâkim yabancı hukuku biliyor ise, yabancı hukuku kendiliğinden uygulamalıdır. Ancak hâkimin yabancı hukuku bilmemesi olasıdır. Bu durumda hâkim kendiliğinden bir takım yollara başvurarak "*yürürlükte olan*"⁵⁹ yabancı hukukun içeriğini tespit etmelidir. Hâkime başvuracağı yollar bakımından geniş bir takdir yetkisi tanındığı kabul edilmektedir⁶⁰.

⁵⁵ Bu yönde NOMER, *Devletler Hususî Hukuku*, s. 187; DOĞAN, s. 202. Ayrıca bkz. Yargıtay11. H.D., 16.09.1997, 1997/5344 E., 1997/5910 K.: "*Türk Kanunları uyarınca re'sen hüküm vermek zorunda olan hâkim kendi kanunlar ihtilâfi kurallarını re'sen uygular (MÖHUK m. 2/I). Bu konuda ne doktrinde ve ne de mahkeme uygulamasında bir tereddüt görülmemiştir. Türk usul hukukunda tarafların veya ilgili tarafın Yabancı Kanununun tatbikini ileri sürmesi gerekli değildir. Hâkim aynen maddi hukukta olduğu gibi, tatbiki gereken Yabancı Kanunu Devletler Hususî Hukuku Kurallarına göre tespit eder. Bu hâkimin resmi görevidir.*" <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/11hd-1997-5344.htm> (Erişim tarihi: 29.06.2014).

⁵⁶ Bkz. NOMER, *Devletler Hususî Hukuku*, s. 190; SONNENBERGER, Rn. 624; PRÜTTING, §293, Rn. 16, 24.

⁵⁷ İfade ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞENMEŞE, s. 65, dn. 115'te kullanılmaktadır.

⁵⁸ Bkz. II, A.

⁵⁹ Hâkimin "*yürürlükte olan*" hukukun içeriğini bilmesi gerektiği yönünde bkz. SONNENBERGER, Rn. 638. Ancak taraflar akdettikleri sözleşmelere, seçilen hukukun hükümleri için "*zaman kaydı*" koyabilmektedirler. Bu nedenle seçilen hukuk kuralları, değişmeleri halinde dahi, taraflar için bağlayıcı olmaya devam edecektir. Hâkim sözleşmede yer alan bu yöndeki kayıtları dikkate almalıdır. Bkz. GİRAY, s. 557.

Giray ana kuralın MÖHUK m. 3 gereğince dava tarihindeki yetkili hukukun uygulanması yönünde olduğunu belirtmektedir. Kanunda bu ana kuralın istisnalarının bulunduğu örneğin MÖHUK m. 24 uyarınca sözleşmenin kurulduğu anda yürürlükte bulunan yabancı hukukun hâkim tarafından araştırılması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. GİRAY, s. 560. Kanaatimizce hâkimin yabancı hukuku bir bütün olarak uygulaması gerekmektedir. Başka bir ifade ile hâkim yürürlükteki yabancı hukuku tespit etmeli ve yürürlükteki yabancı hukuka göre zaman bakımından uygulanması gereken hükmü araştırarak uygulamalıdır.

⁶⁰ Bu yönde DOĞAN, s. 202; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞENMEŞE, s. 63; PRÜTTING, §293, Rn. 16. Alman hukukunda başvurulacak yollar bakımından da hâkime geniş takdir

1. Hâkimin İncelemesi

Hâkim yabancı hukuku araştırabileceği gibi, taraflar dışında çeşitli kurumlardan da yardım talep etmek, bilirkişiye ve uzman kuruluşlara başvurmak veya “uzman görüşü” (Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun m. 293⁶¹) usulünden kıyasen yararlanmak suretiyle yabancı hukukun içeriğini tespit edebilecektir^{62,63}. Önemli olan hâkimin yabancı hukukun “gerçek muhtevasını”⁶⁴ başka bir anlatımla, “yabancı hukuku doğru ve menşe ülkesindeki anlam ve kapsamıyla”⁶⁵ tespit edebilmesidir. Bu nedenle sadece uygulanacak hukuk kurallarının tespit edilmesi yeterli olmamaktadır. Hukuk kuralları yanında mahkeme kararlarının ve doktrin görüşlerinin de tespit edilmesi gerekmektedir⁶⁶.

Hâkimin başvurabileceği kurumlar arasında örnek olarak T. C. Adalet Bakanlığı (Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü), T.C. Dışişleri Bakanlığı, söz konusu yabancı ülkenin Türkiye’deki elçilik veya konsoloslukları veya yabancı ülkedeki Türk elçilik veya konsoloslukları

yetkisi tanınmıştır. Ayrıca Alman hukuku gereğince hâkimin bu takdir yetkisini düzgün şekilde kullanıp kullanmadığı veya başvuru yollarının tümünün tüketilip tüketilmediğinin temyiz mahkemesince incelenmesi mümkündür. Bkz. NAGEL/GOTTWALD, §11, Rn. 59.

⁶¹ “Uzman görüşü - Madde 293 (1) Taraflar, dava konusu olayla ilgili olarak, uzmanından bilimsel mütalaa alabilirler. Sadece bu nedenle ayrıca süre istenemez.

(2) Hâkim, talep üzerine veya resen, kendisinden rapor alınan uzman kişinin davet edilerek dinlenilmesine karar verebilir. Uzman kişinin çağrıldığı duruşmada hâkim ve taraflar gerekli soruları sorabilir.

(3) Uzman kişi çağrıldığı duruşmaya geçerli bir özrü olmadan gelmezse, hazırlamış olduğu rapor mahkemece değerlendirmeye tabi tutulmaz”.

⁶² Bkz. AYBAY/DARDAĞAN, s. 116, ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞENMEŞE, s. 64.

⁶³ İngiliz hâkimlerinin kural olarak uygulanacak yabancı hukuku ve içeriğini tespit etme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak belirtilen kuralın istisnaları da bulunmaktadır. 1972 tarihli Hukukî Delil Kanunu (*Civil Evidence Act*) m. 4(2) gereğince yabancı hukukun hâkim tarafından çok iyi bilinmesi durumunda hâkimin yabancı hukuku kendiliğinden uygulaması mümkündür. *Saxby v. Fulton* (1909) davasında, delillerin yeterli olmadığı durumda, Monte Carlo hukukuna göre kumarın İngiltere hukuku ile aynı olduğunun varsayılması talep edilmiştir. Hâkim Monte Carlo hukukunda ruletin hukuka aykırı bir oyun olmadığını belirterek, talebi reddetmiştir. Ayrıca taraflarca kabul edilmesi durumunda yabancı hukukun ispat edilmesi gerekmemektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. HUNTER, s. 669 vd.

⁶⁴ Bkz. NOMER, *Devletler Hususî Hukuku*, s. 193.

⁶⁵ Bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞENMEŞE, s. 65.

⁶⁶ Bu yönde NAGEL/GOTTWALD, §11, Rn. 18.

yer almaktadır⁶⁷.

Hâkimin bilirkişiye başvurmasının Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 266. maddesine aykırı olduğu belirtilebilir. Anılan madde gereğince “mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz”. Maddenin Gereğesinde “hukuk kurallarını re'sen araştırıp bulma ve olaya uygulama, ... hâkimin işidir ... anılan kurala paralel olarak, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 2. maddesinin I. fıkrasında, hâkimin, Türk kanunlar ihtilâfî kurallarına göre yetkili olan yabancı hukuku da re'sen uygulamakla görevli olduğu hususu hükme bağlanmıştır ... Bütün bunlar gözetildiğinde, ... hukukî sorunlarda hâkimin bilirkişiye başvuramayacağı öngören kuralının, ... Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 2. maddesinin I. fıkrasının I. cümlesinde yer alan düzenlemelerin, somut planda bir uygulama biçimi olduğu söylenebilir”. Belirtilen metinlerden yabancı hukukun tespitinde hâkimin bilirkişiye başvuramayacağı yönünde bir sonuç çıkmaktadır. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere, hâkimin hukuku bilmesi gerektiği kuralı yalnızca millî hukuk için geçerli olup, hâkimden yabancı hukuku bilmesi beklenemez⁶⁸. Bu nedenle hâkimin yabancı hukukun içeriğinin tespitinde bilirkişiye başvurmasının Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 266. maddesine aykırılık oluşturmadığı kabul edilmelidir⁶⁹.

⁶⁷ Bkz. AYBAY/DARDAĞAN, s. 116; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞENMEŞE, s. 64. Ayrıca bkz. 8. H.D., 26.05.2011, 2010/5330 E., 2011/3103 K.: “... gerekirse Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi hükümlerinden de yararlanılması, bundan ayrı Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğünden Alman Medeni Kanununda yer alan yasal mal rejimiyle ilgili tüm kanun maddeleri ile bilgi ve belgelerin mahkemeye gönderilmesinin istenmesi, bu konuda anılan genel müdürlüğe yöntemine uygun bir biçimde yazı yazılması...” <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/8hd-2010-5330.htm> (Erişim tarihi: 29.06.2014).

⁶⁸ Bkz. yukarıda II, A.

⁶⁹ Bu yönde bkz. AYBAY/DARDAĞAN, s. 116, dn. 4. Yargıtay da bazı kararlarında bilirkişiye inceleme yaptırılması gerektiğini belirtmektedir.

“Mahkemece İngilizceyi, bu belgenin imza edildiği ülke ile ödeme yeri ülkesinin hukukunu inceleyebilecek yeterlikte bilen ve özellikle üniversiteden Ticaret ve Kambiyo Hukuku dalında bir hukukçu bilirkişiye inceleme yaptırılarak bu belgedeki kayıtların kambiyo hukukundaki karşılıkları ile açıklayarak rapor alındıktan sonra 6102 sayılı Türk Ticaret

Hâkimin uzman kuruluşlardan yardım talep etmesi de mümkündür. Uzman kuruluşlar ile üniversitelerin hukuk fakülteleri bünyesindeki Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalları veya Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma Merkezleri, Karşılaştırmalı Hukuk Araştırma Merkezleri ve benzeri uzman enstitü ve kuruluşlar anlatılmak istenmektedir⁷⁰.

Kanunu'nun (TTK) 732. ve müteakip maddeleri ile MÖHÜK'nun 2. maddesi hükümlerine göre değerlendirme yapılarak sonuca gidilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde sonuca gidilmesi isabetsizdir” (12. H.D., 14.12.2005, 2005/22462 E., 2005/24968 K. - <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/12hd-2005-22462.htm>, erişim tarihi: 29.06.2014). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 24.03.2004, 2004/2-184 E., 2004/166 K.: “*Diğer taraftan, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 275. ve devamı maddelerine göre çözümü özel bilgiye dayanan konularda ihtisas sahibi kimselerin dinlenmesi, eş söyleyişle bilirkişi mü-talaasına başvurulması gerekir... hâkim gerek kendiliğinden, gerekse taraflardan birinin isteği üzerine bilirkişi incelemesine karar verebilir (Hukuk Genel Kurulu 17.03.1965, 1965/2-626 E., 1965/119 K.)”* <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/hgk-2004-2-184.htm> (Erişim tarihi: 29.06.2014).

Benzer kararlar için bkz. 12. H.D., 09.03.2010, 2009/23883 E., 2010/5503 K. (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/12hd-2009-23883.htm>, erişim tarihi: 29.06.2014); 12. H.D., 28.06.2012, 2012/16550 E., 2012/23020 K. (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/12hd-2012-16550.htm>, erişim tarihi: 29.06.2014).

⁷⁰ Bkz. NOMER, *Davada Yabancı Kanun*, s. 90; ÇELİKEL/ERDEM, s. 177; DOĞAN, s. 203; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGENMEŞE, s. 64; Alman hukuku açısından bkz. SONNENBERGER, Rn. 626. Ayrıca bkz. 11. H.D., 16.09.1997, 1997/5344 E., 1997/5910 K.: “*...Diğer taraftan, ülkemizde bu konuda yetkin kurumların varlığı da bir gerçektir. Uygulamada İstanbul Üniversitesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi ile İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezinden bu konuda görüşler alınmak suretiyle yabancı hukukun araştırılması ve uygulanması mümkündür.”* <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/11hd-1997-5344.htm> (Erişim tarihi: 29.06.2014).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 24.03.2004, 2004/2-184 E., 2004/166 K.: “*..., vak'a ile ilgili yabancı hukuk hakkındaki malumatın, ihtisas sahibi hukukçulardan veya yabancı hukuk ile meşgul müesseselerden, mesela Üniversitelerdeki Devletler Hususi Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Enstitülerinden temin edilmesi çok daha emin ve sağlam bir yoldur. Üstelik konu ile ilgili olmak üzere yabancı hukuk hakkında mücerret bir bilgi temini yerine, vak'a dosyasını da ihtisas sahibi hukukçu veya müesseselere göndererek doğrudan doğruya hukukî ihtilâfa ait bir hukukî ve ilmî mütalaa alınması, yabancı hukukun tespiti ile ilgili birçok problemi halleder”*. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/hgk-2004-2-184.htm> (Erişim tarihi: 29.06.2014).

2. Taraflardan Yardım İstenilmesi

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 2. maddesinin I. fıkrasının 2. cümlesi uyarınca “*hâkim, yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebilir*”. Dolayısıyla taraflar da hâkime yabancı hukukun içeriğinin tespit edilmesinde yardımcı olabileceklerdir^{71,72}. Hüküm “*kendine has bir delil temin kuralı*”dır⁷³. Taraflardan gelecek bu yönde bir yardım hâkimi bağlamamaktadır⁷⁴. Taraflar, yabancı hukuk metnlerinin “*güvenilir onaylı*” çevirilerini sağlayarak hâkime yardımcı olabilmektedirler. Sadece kanun metnlerinin değil, doktrindeki görüşlerin ve mahkeme kararlarının da sağlanmasında fayda bulunmaktadır⁷⁵.

⁷¹ Polonya hukuku gereğince taraflar, yabancı hukukun içeriğinin tespitinde hâkime yardımcı olamamaktadır. Bkz. NAGEL/GOTTWALD, §11, Rn. 85.

⁷² İngiliz hukukunda tarafların uygulanacak hukuku uygun deliller ile ispat etmeleri gerekmektedir. Tarafların sundukları delillere göre hâkim uyumsuzluk hakkında karar vermektedir. Hâkimin sunulan deliller ile -delillerin yetersiz olup olmadığına bakılmaksızın- bağlı olmadığı kabul edilmektedir. HUNTER, s. 670. Hukukî Delil Kanunu (*Civil Evidence Act*) m. 4(2) uyarınca İngiliz mahkemelerinin aynı yabancı hukukun uygulandığı önceki kararlarına atıf yapılması veya sadece yabancı kanun metninin hâkime sunulması suretiyle veya benzer şekillerde yabancı hukuk ispat edilememektedir. Tanıklara başvurulması halinde, başvuru tanığın söz konusu hukuk sisteminde görev yapan bir hukukçu veya konumu gereğince söz konusu yabancı hukuk hakkında gerekli bilgiye sahip bir kişi olması gerekmektedir (örn. Katolik bir başpapaz Roma evlilik hukuku hakkında tanıklık yapabilmektedir). Tarafın bilirkişilere başvurması durumunda, bilirkişiler görüşlerini genellikle sözlü olarak vermektedir. Bu itibarla mahkemede çapraz sorguya tabi tutulabilmektedir. Her iki tarafın bilirkişi görüşleri arasında çelişki mevcut ise, hâkimin sunulan delilleri yorumlayarak bir karar vermesi gerekmektedir. FAWCETT/NORTH, s. 108 vd.

⁷³ Bu yönde bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGENMEŞE, s. 62.

⁷⁴ Bkz. AYBAY/DARDAĞAN, s. 114; NOMER, *Devletler Hususî Hukuku*, s. 191. Buradaki “yardım” ifadesi, tarafların yabancı hukukun içeriğini ispatlamaları anlamına gelmemektedir. Bu yönde bkz. AYBAY/DARDAĞAN, s. 115; NOMER, *Devletler Hususî Hukuku*, s. 192.

⁷⁵ Bkz. AYBAY/DARDAĞAN, s. 115. Ayrıca bkz. 8. H.D., 26.05.2011, 2010/5330 E., 2011/3103 K.: “*O halde mahkemece yapılacak iş; öncelikle tarafların kendi millî hukukunda bulunan konuya ilişkin tercüme edilmiş kanun maddeleri, ilgili bilgi ve belgeler ile olayın çözümü için gerekli olan tüm dokümanları mahkemeye sunmaları için taraflara süre ve imkân tanınması...*” <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/8hd-2010-5330.htm> (Erişim tarihi: 29.06.2014). Kararda öncelikle taraflardan yardım istenilmesi gerektiği gibi bir sonuç çıkmaktadır. Ancak hâkimin taraflardan yardım isteme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Hâkimin başka yollara başvurarak da uygulanacak yabancı hukukun içeriğini tespit etmesi mümkündür. Başvurulacak yollar konusunda hâkimin geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır.

Hâkim, tarafın verdiği bilgilerin doğruluğundan emin değilse, bu bilgilerle bağlı olmaksızın, kendisi yabancı hukukun içeriğini araştırmalıdır. Hâkimin yabancı hukuku re'sen araştırma yükümlülüğü taraflardan yardım talep etse dahi devam etmektedir⁷⁶.

Tarafların yardımı sadece hâkimin yabancı hukuku tespit edememesi ve hâkim tarafından taraflardan yardım istenilmesi halinde söz konusu olabilmektedir⁷⁷. Hâkim, yabancı hukukun uygulanmasını isteyen taraftan yardım isteyebilecektir⁷⁸. Yabancı hukukun içeriğinin tespitinde hâkime yardım etme taraflara yüklenilmiş bir görev değildir, ancak buna engel bir durum da bulunmamaktadır^{79, 80}. Hâkime yardım edilmemesi durumunda taraflara hukukî sorumluluk yüklenememektedir⁸¹.

3. Milletlerarası Sözleşmeler

Yabancı hukukun içeriğinin tespit edilmesini düzenleyen 07.06.1968 tarihli “*Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi*”⁸²

⁷⁶ Bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 174; DOĞAN, s. 204.

⁷⁷ Bu yönde DOĞAN, s 203; AYBAY/DARDAĞAN, s. 115.

⁷⁸ Bkz. NOMER, *Devletler Hususî Hukuku*, s. 191; DOĞAN, s 203; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞENMEŞE, s. 62.

⁷⁹ Bkz. DOĞAN, s 203; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞENMEŞE, s. 62; PRÜTTING, §293, Rn. 6. Ayrıca bkz. 11. H.D. 16.09.1997, 1997/5344 E., 1997/5910 K.: “*Mahkemece bozma kararında açıklanan Avusturya Hukukunun re'sen aranıp uygulanması gerekirken bu külfetin yasaya aykırı şekilde sadece davacıya yükletilmesi doğru olmadığından davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının bozulması gerekmiştir.*” <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/11hd-1997-5344.htm> (Erişim tarihi: 29.06.2014).

⁸⁰ Yabancı hukukun vakia olarak nitelendirildiği Amerika Birleşik Devletleri'nde tarafların yabancı hukukun içeriğini ispatlamaları gerekmektedir. Taraflar için yabancı hukukun tespitinin zor, maddî yükünün fazla olması ve kararın ne yönde verileceğine ilişkin bir kesinliğin bulunmaması sebebiyle (nitekim karşı tarafın başvuracağı uzman kişilerin daha bilgili olma riski bulunmaktadır) yabancı hukukun uygulanmasının mahkemeden talep edilmesi gerektiği veya gerekmemesi sorusu taraflar için büyük bir sorun oluşturmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. John Henry MERRYMEN, *Foreign Law as a Problem*, 19 Stan. J. Int'l L., 1983, s. 151-173.

⁸¹ Bkz. GİRAY, s. 566. *Doğan*'a göre tarafın yardım etmesi hukukî anlamda bir yükümlülük olarak görülür ise, yabancı hukukun uygulanmasında menfaati olan taraf, yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde ileri sürdüğü haktan faydalanamayacaktır. Bkz. DOĞAN, s. 203.

⁸² RG. 26.08.1975, S. 15338. Sözleşme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. PRÜTTING, §293, Rn. 36 vd.

(kısaca “Sözleşme”) ve 15.03.1978 tarihli “*Ek Protokolü*”ne⁸³ Türkiye taraf olmuştur⁸⁴. Anılan Sözleşme ile Avrupa Konseyi’ne üye devletler arasında daha sıkı bir birlik gerçekleştirmek ve yabancı hukuk hakkında adlî mercilerce bilgi edinilmesini kolaylaştırmak amacıyla uluslararası karşılıklı bir yardımlaşma sistemi kurulması amaçlanmaktadır (Sözleşme Giriş Bölümü). Sözleşmeye taraf devletler, medenî, ticarî hukukları ve hukuk usulleri ile yargı örgütleri konusunda birbirlerine bilgi vermeyi taahhüt etmektedirler (Sözleşme m. 1). Ayrıca Ek Protokol ile cezaî tedbirlerin yerine getirilmesine ilişkin kanun hükümleri ile birlikte kovuşturma makamları da dâhil olmak üzere, ceza alanındaki adli teşkilat ile maddî ve usul kanunları hakkında birbirlerine bilgi vermeyi akit devletler üstlenmektedirler (Ek Protokol m. 1). Sözleşme gereğince bilgi talebinin adlî mercilerden sadır olması gerekmekte ve bilgiler ancak açılmış bir kovuşturma dolayısıyla istenebilmektedir (m. 3).

Sözleşme ile tarafların gelecek bilgi istemlerini karşılamak üzere “*kabul organı*” kurmaları düzenlenmiştir (Sözleşme m. 2). Ülkemizde akit devletlerden gelen bilgi taleplerini kabul etmek ve kendi adli makamlarına ait bilgi taleplerini yabancı ülke yetkili makamlarına iletmek üzere, “*Alıcı Makam*” ve “*Gönderici Makam*” Adalet Bakanlığı olarak belirlenmiştir [67 No’lu Genelge, Birinci Bölüm, (3)]. Dolayısıyla Sözleşme gereğince hâkim yabancı hukukun içeriği hakkında Sözleşmeye taraf olan devletlerin yetkili makamlarından bilgi talep edebilecektir⁸⁵.

⁸³ RG. 02.10.2004, S. 25601.

⁸⁴ Sözleşmeye 25.06.2014 tarihi itibarıyla, Almanya, Arnavutluk, Avusturya, Azerbaycan, Belarus, Belçika, Bosna Hersek, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Fas, Finlandiya, Fransa, Gürcistan, Hırvatistan, Hollanda, İngiltere, İspanya, İsveç, İsviçre, İtalya, İzlanda, Kıbrıs, Kosta Rika, Letonya, Lihtenştayn, Litvanya, Lüksemburg, Macaristan, Makedonya, Malta, Meksika, Moldova, Norveç, Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya Federasyonu, Sırbistan ve Karadağ, Slovakya, Slovenya, Türkiye, Ukrayna ve Yunanistan taraf bulunmaktadır. Bkz. Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü 67 No’lu Genelge (kısaca 67 No’lu Genelge - 01.01.2006) Birinci Bölüm, (4); <http://www.coe.int/tr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/062/signatures>

⁸⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞENMEŞE, s. 63; ÇELİKEL/ERDEM, s. 176 vd. Bkz. Yargıtay 2. H.D., 06.11.2008, 2008/13740 E., 2008/14696 K.: “...O halde mahkemece vasiyetçinin millî hukukunun muhtevasının araştırılması, bu hususta, tarafların yardımının istenmesi (5718 sayılı Kanun m. 2/I), gerektiğinde Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi hükümlerinden de yararlanılarak, vasiyetçinin millî hukukunun muhtevasının tespiti ile sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.” <http://www.kazanci.com>

Anılan Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi dışında ikili Sözleşmeler kapsamında da yabancı devletlerden hukukları hakkında bilgi talep edilmesi mümkündür⁸⁶.

com/kho2/ibb/files/2hd-2008-13740.htm (Erişim tarihi: 29.06.2014).

2. H.D., 25.12.2007, 2006/21951 E., 2007/17742 K.: “Mahkemece yapılan iş yetkili yabancı hukuk olan Alman hukukunun uyuşmazlığa uygulanacak muhtevasını belirlemek, yetkili yabancı hukukun muhtevasını tespitinde taraflardan yardım almak (MÖHUK m. 2/I), Türkiye ve Almanya'nın taraf olduğu Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi (m. 1-5) hükümlerinden yararlanmak, bu suretle yetkili yabancı hukukun muhtevasını belirledikten sonra, yetkili kılınan hukuku re'sen uygulamak, ulaşılabilecek sonuç uyarınca karar vermektir.” <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/2hd-2006-21951.htm> (Erişim tarihi: 29.06.2014).

11. H.D., 16.09.1997, 1997/5344 E., 1997/5910 K.: “Hâkimin Yabancı Hukuku bulmasına gelince; Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesine Resmi Gazete'nin 26 Ağustos 1975 gün 15338 sayılı nüshasında yayınlanan kanunla Türkiye dâhil olmuştur. Bu sözleşmeye göre, akit taraflar medeni ve ticari hukukları ve hukuk usulleri ve yargı örgütleri konusunda birbirlerine bilgi vermeyi kararlaştırmışlardır (m.1/I). Verilen bilgi ilgili Yasa ve Tüzük metinleri ile İçtihat kararlarını ihtiva edecektir.” <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/11hd-1997-5344.htm> (Erişim tarihi: 29.06.2014).

Ayrıca bkz. 8. H.D., 26.05.2011, 2010/5330 E., 2011/3103 K., yukarıda dn. 67.

⁸⁶ Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 24.03.2004, 2004/2-184 E., 2004/166 K.: “Bu noktada, 17.07.1997 gün ve 4288 Sayılı Kanun'la onaylanıp, 09.11.1997 gün ve 23165 Sayılı Resmi Gazetede yayınlanan ve 22.03.1998 tarihinde yürürlüğe giren, ‘Türkiye Cumhuriyeti ile Arnavutluk Cumhuriyeti Arasında Hukukî, Ticarî, ve Cezaî Konularda Adli Yardım Sözleşmesi'nin 4. maddesinin 2. bendinde; Adli yardımlaşmanın özellikle, belgelerin gönderilmesi, bilirkişi incelemesi, tarafların, şahitlerin ve uzmanların dinlenmesi gibi usule mütedair kararların icrasını kapsadığı belirtilmiş, 5. müteakip maddelerinde, adli yardımlaşma talebinin şekli ve uygulanacak usul düzenlenmiştir.

O halde, anılan sözleşme kapsamında Arnavutluk Hükümeti'nden hukukî yardım alınarak; Davalı Cavit ve Davalı-Davacı Veri'nin, muris Yahya'nın evlatlığı olduğu ya da evlat edinme işleminin geçersizliğine ilişkin taraflarca ibraz edilen ve az yukarıda sayılan belgeler ve 20.10.1964 gün, 116 sayılı kararın, Arnavutluk makamlarınca usulen onanmış aslı ve onanmış tercümesi ile, bu belgeler arasında bulunan ilamların kesinleştiğini gösteren, o ülke makamlarınca usulen onanmış yazı veya belge ile onanmış tercümesinin getirtilmesi; Türk tabiiyetinde iken ölen muris Yahya Satka'nın, işlemin yapıldığı 20.10.1964 tarihinde Arnavutluk vatandaşı olup olmadığına dair belgelerin, anılan sözleşmenin 13. maddesi uyarınca istenilmesi ve yine, taraflarca uygulanması talep edilen Arnavutluk Evlat Edinme Kanunu hakkında, anılan sözleşmenin 3. maddesi uyarınca bilgi istenmesi gerektiği açıktır.” <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/hgk-2004-2-184.htm> (Erişim tarihi: 29.06.2014).

C. Yabancı Hukukun Tespit Edilememesi

Günümüzde iletişim araçlarının çok gelişmiş olması sebebiyle yabancı hukukun içeriğinin saptanamaması olası gözükmemekle birlikte⁸⁷ hâkimin tüm çabalarına⁸⁸ rağmen yabancı hukukun içeriğinin saptanamaması söz konusu olabilmektedir. Hukuku uygulanacak ülkenin uzak olması, dil ve kültür ilişkilerinin zayıf olması ve taraflardan yeterli bilgi alınmaması, yabancı hukukun içeriğinin saptanamamasına neden olabilmektedir⁸⁹. Bu durumlarda Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 2. maddesinin II. fıkrası⁹⁰ uyarınca Türk hukuku uygulanmaktadır⁹¹. Bu hüküm ile yabancı hukuku tespit edemeyen⁹² hâkime uyuşmazlığı çözüme

⁸⁷ Bu yönde bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGENMEŞE, s. 65.

⁸⁸ Hâkimin gerekli çabayı göstermemesi/eksik incelemesi durumunda Yargıtay ilk derece mahkemelerinin kararları bozmaktadır. Örn. Bkz. 12. H.D., 14.12.2005, 2005/22462 E., 2005/24968 K. <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/12hd-2005-22462.htm> (Erişim tarihi: 29.06.2014).

⁸⁹ Bkz. AYBAY/DARDAĞAN, s. 116.

⁹⁰ “Yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin tüm araştırmalara rağmen tespit edilememesi hâlinde, Türk hukuku uygulanır”.

⁹¹ Genel olarak yabancı hukukun vakia olarak nitelendirildiği hukuk sistemlerinde yabancı hukukun tespit edilememesi halinde millî hukuklarının uygulanacağı kabul edilmektedir. Nitekim bu hukuk sistemlerine göre şüphe durumunda yabancı hukukun millî hukuka eşdeğer olduğu kabul edilmektedir. Avusturya (Avusturya Milletlerarası Özel Hukuka Dair Kanun §4/II) ve İsviçre (İsviçre Milletlerarası Özel Hukuka Dair Federal Kanun m. 16/II) hukukları gereğince de yabancı hukukun tespit edilememesi durumunda *lex fori* uygulanmaktadır. Bu durumlarda en yakın hukukun uygulanması gerektiği ilkesi reddedilmektedir. Alman hukukunda ise yabancı hukukun tespit edilememesi durumunda hangi hukukun uygulanacağına dair açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda hâkimin §139 ZPO gereğince taraflara başvurarak sorunu çözümlendirmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Taraflar mahkeme önünde Alman hukukunun uygulanacağını kararlaştırabileceklerdir. Ancak tarafların bir karara ulaşamamaları durumunda ise yabancı hukuka en yakın hukukun uygulanması gerektiği ifade edilmektedir. Uluslararası yeknesak hukuk kurallarının veya hukukun genel ilkelerinin de yedek hukuk kuralı olarak uygulanabileceği ileri sürülmüşse de, bu kuralların ispatının zor olması sebebiyle uygulanamayacağı belirtilmektedir. Ancak yabancı hukuka yakın bir hukuk sisteminin bulunmaması durumunda Alman hukuku uygulanmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. NAGEL/GOTTWALD, §11, Rn. 45 vd. Alman mahkeme kararlarında ise belirtilen durumda *lex fori*'nin uygulanması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. PRÜTTING, §293, Rn. 60. Farklı hukuk sistemlerinde yabancı hukukun tespit edilememesi durumundaki uygulamaya ilişkin ayrıntılı inceleme için bkz. GİRAY, s. 570 vd.

⁹² *Giray*, yabancı hukukun tespit edilememesinin, bağlanma noktasının veya yabancı

kavuşturması için kolaylık tanımak ve davanın uzamasını önlemek amaçlanmaktadır⁹³.

Bir görüşe göre, yabancı hukukun içeriğinin saptanamaması, kamu düzenine benzetilerek, “*yabancı hukukun uygulanmasını engelleyen durumlar*”dan biri olarak kabul edilmektedir⁹⁴. Anılan görüşe göre burada kamu düzenine aykırılıkta olduğu gibi hukukî değil “*filî*” bir engel bulunmakta ve sonuç olarak Türk hukuku uygulanmaktadır.

Bizim de katıldığımız görüşe göre yabancı hukukun içeriğinin tespit edilememesi durumunda doğrudan Türk maddi hukuk hükümleri uygulanmamalı, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’da ilgili konuya ilişkin “*basamaklı bağlanma kuralı*” düzenlenmiş ise öncelikle bağlanma noktasının gösterdiği diğer yabancı hukuka gidilmelidir⁹⁵.

Ayrıca belirtmek gerekmektedir ki, hâkimin önüne gelen ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz talepleri gibi derhal karar verilmesi gereken durumlarda hâkimin yabancı hukukun içeriğini kısa sürede doğru ve tam olarak tespit etmesi mümkün olamamaktadır. Bu nedenle derhal karar verilmesi gereken durumlarda *lex fori*’nin uygulanması gerektiği kabul edilmektedir⁹⁶.

hukukun içeriğinin tespit edilememesinden kaynaklanabileceğini belirtmektedir. Bkz. GİRAY, s. 566. Çalışmamızda “*yabancı hukukun tespit edilememesi*” ile yabancı hukukun içeriğinin tespit edilememesi ifade edilmektedir. Nitekim bağlanma noktasının tespit edilememesi durumunda kanunlar ihtilâfi hükümlerine başvurulmayarak *lex fori* hükümleri uygulanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için NOMER, *Davada Yabancı Kanun*, s. 110 ve s. 104 vd.

⁹³ Bkz. GİRAY, s. 567.

⁹⁴ Bu yönde bkz. AYBAY/DARDAĞAN, s. 117.

⁹⁵ Örneğin evlenmeye ilişkin m. 13/III ve boşanmaya ilişkin m. 14/I. Bu yönde bkz. GİRAY, s. 568. *Giray* ayrıca MÖHUK m. 2/II’de değişiklik yapılarak hükme açıkça yabancı hukukun “*makul sürede tespit edilememesi*” ifadesinin eklenmesini önermektedir. Hâkimin yabancı hukuku “*makul süre*” içerisinde tespit etme yükümlülüğü usul ekonomisi ilkesinin (HMK m. 30, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6/I) bir zorunluluğu olması dolayısıyla bu yönde bir ifadenin açıkça hükümde düzenlenmesine kanaatimizce ihtiyaç bulunmamaktadır. MÖHUK m.2/II’nin eleştirisi için bkz. GİRAY, s. 567 vd.

⁹⁶ Bu yönde NOMER, *Devletler Hususî Hukuku*, s. 193, dn. 228. Alman hukuku gereğince gözaltına alma, ihtiyati tedbir ve haciz durumlarında kanunlar ihtilâfi hükümlerinin uygulanması gerektiği belirtilmektedir. İvedi karar verilmesi gereken bazı hallerde yabancı hukukun tespiti mümkün olamamaktadır. Bu durumda değişik çözümler önerileri sunulmakta, fakat tam anlamıyla adil kabul edilen bir çözüm bulunmadığı belirtilmektedir. Bir görüşe

III. Yabancı Hukukun Uygulanması

A. Genel Olarak

Yabancı hukukun içeriğini tespit eden hâkim yabancı hukuku somut uyuşmazlığa uygulamaktadır. Uygulama sadece hâkimin görevidir⁹⁷.

Hâkim yabancı hukuku uygularken, yabancı hukuku “doğru ve menşe ülkesindeki anlam ve kapsamıyla olaya uygulamaya”⁹⁸ dikkat etmelidir. Yabancı hukukta Türk hukukuna benzer bir düzenlemenin varlığı o düzenlemenin yabancı ülkede Türk mahkemeleri ve doktrini ile aynı yönde yorumlandığı anlamına gelmemektedir⁹⁹. Bu nedenle hâkimin yabancı hukuku, söz konusu yabancı ülkenin hâkiminin uygulayacağı şekilde uygulaması gerekmektedir¹⁰⁰. Yabancı hukukta mevcut boşlukları doldurmak konusunda da hâkimin yabancı hâkim gibi hareket etmesi¹⁰¹ ve boşlukları Türk hukukuna uygun bir

göre talep sahibinin yabancı hukuku derhal ispat etmesi gerekmektedir. Ancak bu görüş taraflara yabancı hukuku tespit etme görevi yüklediği için kabul görmemektedir. Diğer bir görüş *lex fori*'nin uygulanmasıdır. Ancak kanunlar ihtilâfî hükümlerinin ihlal edildiği belirtilerek bu görüş eleştirilmektedir. Bu nedenlerden dolayı hâkimin kısa süre içerisinde uygulanacak yabancı hukukun içeriğini tespit etmeye çalışması gerektiği, tüm çabalarına rağmen bu süre içerisinde tespit edememesi durumunda da somut olayın koşullarına ve talep sahibi ile karşı tarafın menfaatler dengesini dikkate alarak karar vermesi gerektiği ifade edilmektedir. Sonuç olarak hâkim ya Alman hukukunu uygulayarak kararını vermeli ya da süreci uzatarak yabancı hukukun içeriğini tespit etmelidir. Bu yönde bkz. PRÜTING, §293, Rn. 56.

⁹⁷ Bkz. NOMER, *Davada Yabancı Kanun*, s. 91.

⁹⁸ Bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGENMEŞE, s. 65; ÇELİKEL/ERDEM, s. 175. Ayrıca bkz. GİRAY, s. 559.

⁹⁹ Özellikle Fransa ve Belçika'da aynı kanun hükmünün farklı şekilde yorumlandığı tespit edilmiştir. NOMER, *Devletler Hususî Hukuku*, s. 194. İspanyol Ticaret Kanunu'nda düzenlenen “*pagaré*” işlevi açısından Alman hukukunda düzenlenen bono'ya (*Eigenwechsel*) benzetmekle birlikte “*pagaré*”ye ilişkin hükümlerinin uygulanmasında Alman hukukundaki bononun dikkate alınmaması gerektiği yönünde bkz. SONNENBERGER, Rn. 634.

¹⁰⁰ Bkz. NOMER, *Devletler Hususî Hukuku*, s. 193; DÖLLE, s. 60.

¹⁰¹ Bkz. NOMER, *Devletler Hususî Hukuku*, s. 194. Alman hukukunda da aynı uygulama geçerlidir. Nitekim hâkimin yabancı hukuku kendi adalet anlayışı ve hukukuna göre yorumlaması, kanunlar ihtilâfî hükümlerine tam anlamıyla itibar edilmemesi ve yabancı hukuk üzerinden *lex fori*'nin uygulanması sonucuna neden olmaktadır. Dolayısıyla Alman hâkiminin yabancı hâkim nasıl karar verecek idiyse o şekilde karar vermesi beklenmektedir. Bu itibarla yabancı hukuk “*hukuk*” olma niteliğini kaybetmeyecektir. Fransız hukuku da bu yöntemi benimsemektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. DÖLLE, s. 60.

şekilde doldurma yoluna başvurmaması gerekmektedir. Yabancı hukukun yabancı ülkede yorumlandığı gibi yorumlanması zorunludur. Yabancı hukukun ilgili hükmünün uygulanması konusunda söz konusu yabancı ülkede tartışmalar mevcut ise, bu durumda hâkimin öncelikle içtihatlarla göre karar vermesi, içtihat bulunmaması veya çelişkili içtihatların bulunması halinde ise, hâkim görüşü dikkate alması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁰².

Uygulanacak yabancı kanun maddesinin, yabancı devletin anayasasına aykırı olması durumunda, yabancı hâkimin anayasaya aykırılığı inceleme yetkisinin olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir¹⁰³. Bazı ülkelerde ilk derece mahkemelerine kanunların anayasaya aykırılığı inceleme yetkisi verilmiştir (örn. ABD, İtalya). Bu ülkelerin hukukunun Türk mahkemelerinde uygulanması durumunda Türk hâkiminin söz konusu yabancı kanun hükmünün ilgili ülkenin anayasasına aykırı olup olmadığını incelemesi gerekmektedir. Ancak ilgili ülkede ilk derece mahkemelerine bu tür bir inceleme yetkisi verilmemiş olması halinde (örn. İngiltere, Fransa) Türk hâkiminin anayasaya aykırılık incelemesi yapamayacağı kabul edilmektedir. Burada Türk hâkiminin yabancı ülkenin Anayasa Mahkemesine başvurabileceği veya her halükarda somut olayla sınırlı olmak üzere yabancı kanun hükmünün anayasaya uygunluğunu denetleyebileceği ileri sürülebilir. İlk durumda yabancı ülke Anayasa Mahkemesinin başvuruyu kabul edip etmeyeceği şüphelidir. İkinci durumda ise Türk ilk derece mahkemelerinin yabancı Anayasa Mahkemesinin yerine geçerek yetkisini aştığı ileri sürülebilir. Ancak aksi takdirde *Aybay/Dardağan*'a göre Türk mahkemeleri, yabancı mahkemelere tanınmış olan anayasa yargısı mekanizmasını işletmek yetkisinden yoksun bırakılmış olacaktır¹⁰⁴.

Yabancı hukukun uygulanması mutlak bir anlama sahip değildir¹⁰⁵. Kamu düzenine aykırılık, doğrudan uygulanan kuralların varlığı ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na aykırılık durumlarında yabancı hukuk uygulanamamaktadır.

¹⁰² Bu yönde SONNENBERGER, Rn. 629.

¹⁰³ Bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 179; NOMER, *Devletler Hususî Hukuku*, s. 194.

¹⁰⁴ Bkz. AYBAY/DARDAĞAN, s. 136 vd.

¹⁰⁵ Bu yönde ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞENMEŞE, s. 65, dn. 117; ÇELİKEL/ERDEM, s. 148.

B. Kamu Düzenine Aykırılık Durumunda

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 2. maddesi gereğince esas olan yabancı hukukun uygulanmasıdır. Ancak istisnaî olarak kamu düzenine aykırılık¹⁰⁶ durumunda Türk hukuku uygulanmaktadır¹⁰⁷. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 5. maddesi gereğince “*yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır*”¹⁰⁸. Dolayısıyla her hukuk sisteminde kabul edildiği gibi ülkemizde de kamu düzenine aykırılık durumunda yabancı hukuk uygulanmamaktadır¹⁰⁹. Kamu düzeni, yabancı hukukun uygulanmasına getirilen bir istisna¹¹⁰ hükmüdür (*kamu düzeninin menfi fonksiyonu*¹¹¹). Hâkimin Türk kamu düzenine aykırılığı tespit etmesi durumunda Türk hukukunu kendiliğinden uygulaması gerekmektedir¹¹². Başka bir ifade ile “*yabancı hukukun uygulanması Türk kamu düzenine*

¹⁰⁶ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DOĞAN, s. 209; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGENMEŞE, s. 67 vd; AYBAY/DARDAĞAN, s. 124 vd; Gülören TEKİNALP, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 10. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 49; Yılmaz ALTUĞ/Mustafa YASAN, *Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni*, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, Alkim Yayınevi, İstanbul 2003, s. 139-149; Ahmet Cemal RUHİ/Yavuz KAPLAN, *Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni (Ordre Public)*, MHB, Yıl 22, 2002, s. 643-663.

¹⁰⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGENMEŞE, s. 71.

¹⁰⁸ Alman, İsviçre, Fransız ve İngiliz hukukundaki düzenlemeler için bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 150; DOĞAN, s. 211, dn. 32.

¹⁰⁹ Aynı husus Alman hukuku açısından da geçerlidir. NAGEL/GOTTWALD, §11, Rn. 21. İngiliz hukuku bakımından bkz. FAWCETT/NORTH, s. 128 vd.

¹¹⁰ Kamu düzeninin istisnaî niteliğine ilişkin bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 160; TEKİNALP, *Bağlama Kuralları*, s. 49; Gülören TEKİNALP, *MÖHUK'ta Uygulanacak Hukuk Açısından Düzenlenmeyen veya Eksik Düzenlenen Konular*, Prof. Dr. Selâhattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, Beta Yayınevi, İstanbul, 1999, s. 579-588; A. Gündüz ÖKÇÜN, *Devletler Hususî Hukuku'nun Kaynakları ve Kamu Düzeni*, 2. Bası, Sermaye Piyasası Kurulu Yayınları, Ankara 1997, s. 48.

¹¹¹ “*Kamu düzeninin müspet fonksiyonu*”na göre ise, hâkim yabancılık unsurunun bulunup bulunmadığını araştırmaksızın kamu düzenine ilişkin uyuşmazlıklarda doğrudan kendi hukukunu uygulamalıdır. Kamu düzenine ilişkin hükümler bağlama kuralı gibi uygulanmaktadır. Günümüzde kamu düzeninin menfi fonksiyonu kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için ÇELİKEL/ERDEM, s. 150; DOĞAN, s. 211-212; TEKİNALP, *Bağlama Kuralları*, s. 50.

¹¹² Bkz. AYBAY/DARDAĞAN, s. 124, 133.

aykırı olmama şartına bağlı” kabul edilmektedir¹¹³. Yabancı hukukun yabancı bir devletin kamu düzenine aykırılığı söz konusu olduğunda uygulanıp uygulanmayacağı ise tartışmalıdır¹¹⁴.

Kamu düzeni kavramını tam anlamıyla karşılayan bir tanım yapılamamaktadır. Kamu düzeni kavramının milletlerarası özel hukukta iç hukukta anlaşılandan daha dar ve sınırlı bir anlamı bulunmaktadır¹¹⁵. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında¹¹⁶ kamu düzeni, “*niteliği gereği zamana, yere göre değişen, içeriğinin tespiti zor, her somut olaya göre değişiklik gösteren bir kavramdır. İlmi açıklamalara ve yargısal kararlara rağmen gelişen hukuk sistemlerinde bile tanımı olmamasına rağmen ‘toplumun temel yapısını ve çıkarlarını koruyan kuralların bütünü’ olarak*” tanımlanmaktadır¹¹⁷. Kamu düzenine aykırılık ise “*Türk kamu düzeninin ihlalini gerektirecek haller çoğunlukla emredici bir hükmün açıkça ihlali halinde düşünülecektir. Fakat her emredici hükmün ihlali halinde... Türk kamu düzenine aykırı(lık) bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. O halde, iç hukuktaki kamu düzeninin çerçevesi, 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*

¹¹³ Bu yönde ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGENMEŞE, s. 68; ÇELİKEL/ERDEM, s. 148; GİRAY, s. 557.

¹¹⁴ Bkz. NAGEL/GOTTWALD, §11, Rn. 22; TEKİNALP, *Bağlama Kuralları*, s. 50. Kanaatimizce yabancı hukukun yabancı bir devletin kamu düzenine aykırı olup olmadığını inceleme yükümlülüğü hâkime yüklenmemelidir. Doğan da “*milli karar ahengi*”nin önem taşıdığını ve hâkimin kendi ülkesinin kamu düzenini nazara alması gerektiğini ifade etmektedir. Ancak yabancı hukuk devam eden atıf nedeniyle uygulanmakta ise hâkimin kendi ülkesinin kamu düzeni yanında yabancı kamu düzenini de dikkate alması gerektiği belirtilmektedir. Ayrıca hâkimin verdiği kararın yabancı ülkelerde uygulanma olasılığının bulunduğu, bu nedenle söz konusu yabancı ülkenin kamu düzeninin de göz önünde bulundurulması gerektiği, aksi takdirde verilen kararın tanınmama ve tenfiz edilmemesine neden olunacağı ifade edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. DOĞAN, s. 219 vd.

¹¹⁵ Bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 149.

¹¹⁶ 10.12.2012, 2010/1 E., 2012/1 K.; RG. 20.09.2012, S. 28417.

¹¹⁷ Çelikel/Erdem kamu düzeni kurallarını, “*bir memlekette kamu hizmetlerinin iyi yapılmasını, devletin emniyet ve asayişini ve fertler arasındaki münasebetlerde huzur ve ahlak kaidelerine uygunluğu temine yarayan müessese ve kaidelerin tümü*”, “*toplumun temel yapısı ve çıkarlarını koruyan kurallar*” olarak tanımlamaktadır. ÇELİKEL/ERDEM, s. 149.

ait iyiniyet prensibine 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” şeklinde açıklanmaktadır¹¹⁸.

Türk kamu düzenine aykırılığın söz konusu olup olmadığı hâkim tarafından saptanmaktadır. Hâkimlere bu konuda geniş bir takdir yetkisi tanınması gerekmektedir¹¹⁹. Ancak kamu düzeni müdahalesini asgariye indirmek ve açık bir aykırılığın bulunmadığı hallerde kuralın (yabancı hukukun) uygulanmasının sağlanması amacıyla Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 5. maddesinde kamu düzenine aykırılığın “açıkça” mevcut olması gerektiği düzenlenmiştir¹²⁰. Zira uygulanacak kurallar genellikle hukukumuzdan farklı olmaktadır. Ancak her farklılık kamu düzenine aykırılık anlamına gelmemektedir¹²¹. Aynı şekilde emredici hükümlere aykırılık da kamu düzenine aykırılık olarak anlaşılmamalıdır¹²². Yabancı hukukun uygulanmasının “bizim sosyal ve siyasal değerlerimiz açısından çekilmez bir ölçüye varması halinde” kamu düzenine aykırılık söz konusudur¹²³.

¹¹⁸ Ayrıca bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 06.05.1998, 1998/12-287 E., 1998/325 K.: “Ahlak ve dürüstlük kurallarına, toplumun, hukukun, temel ilke ve değer yargılarını, adaleti, ahlak anlayışını, Anayasada yer alan temel hakları, ciddi şekilde sarsan ve aykırılık oluşturan olaylar kamu düzenini ihlal eden olgulardır”. (http://www.kararevi.com/karars/710602_yargitay-hukuk-genel-kurulu-e-1998-12-287-k-1998-325#.U7ABptNuvFo, erişim tarihi: 29.06.2014). Kamu düzenine aykırılığa ilişkin benzer örnekler için bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 162; DOĞAN, s. 215; RUHİ/KAPLAN, s. 644.

¹¹⁹ Bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 158; DOĞAN, s. 210; ÖKÇÜN, s. 59. Hâkimin takdir yetkisine rağmen, kamu düzeninin istisnâ niteliği, kavramın geniş yorumlanmasına engel olmaktadır. ALTUĞ/YASAN, s. 145.

¹²⁰ Bu yönde ÇELİKEL/ERDEM, s. 156; DOĞAN, s. 209, 216; RUHİ/KAPLAN, s. 645; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞENMEŞE, s. 71; TEKİNALP, *Bağlama Kuralları*, s. 49.

¹²¹ Bkz. 2. H.D., 23.06.1983, 1983/5550 E., 1983/5697 K.: “...Oysa yabancı uyruklu olan davacıların, millî kanunlarına göre, kendi uyruğunda olan çocuğu (olayda torunu) evlat edinmesi keyfiyeti, Türk kamu düzenine aykırı olarak nitelendirilemez. Öyle ise davacıların ibraz eylediği millî kanunları çerçevesinde gerekli inceleme yapıp sonucu uyarınca isteğin esası hakkında karar verilmesi gerekirken olaya uymayan sebep ve düşüncelerle davanın ret olunması Usul ve Kanun’a aykırıdır.” (http://www.kararevi.com/karars/661945#.Utl45_v8Jdh, erişim tarihi: 29.06.2014). Ayrıca bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 158; DOĞAN, s. 213.

¹²² Bkz. DOĞAN, s. 216.

¹²³ Bu yönde AYBAY/DARDAĞAN, s. 128 vd.

Doğan'a göre, uygulanacak yabancı hukuk normunun Türk kamu düzenine aykırı olup olmadığı önem arz etmemektedir. Hâkimin uygulanacak norm neticesinde vereceği somut kararın Türk kamu düzenine aykırı olup olmadığını dikkate alması gerekmektedir. Ancak verilen karar kamu düzenine aykırı ise, yabancı hukuk uygulamamalıdır. Sadece yabancı hukuk normunun kamu düzenine aykırı olması ve fakat verilen kararın kamu düzeni ile bağdaşması normun uygulanmasına engel olmamalıdır¹²⁴.

Kamu düzeni yer ve zamana göre değişiklik göstermektedir. Bu nedenle hâkim karar verme anındaki kamu düzenini dikkate almalıdır¹²⁵. Kamu düzenine aykırılık durumunda yabancı hukukun tüm hükümlerinin uygulanmasından vazgeçilmemektedir. Sadece kamu düzenine aykırı olan ilgili hüküm uygulanmayacak, kamu düzenine aykırı olmayan hükümler ise uygulanmaya devam edecektir¹²⁶.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 5. maddesi gereğince kamu düzenine aykırılık durumunda, söz konusu hüküm uygulanmamalı, "*gerekli görülen hallerde*" Türk hukuku uygulanmalıdır. "*Gerekli görülen haller*" ifadesi ile kastedilen kamu düzeninin *olumlu* ve *olumsuz* etkisidir¹²⁷. Yabancı hukuk yerine Türk hukukunun uygulanabildiği durumlarda olumlu etkiden söz edilmektedir. İstisnaî durumlarda yabancı hukukun uygulanmasından vazgeçilmesi halinde uyuşmazlık kendiliğinden çözüme kavuşabilecek ve hâkimin Türk hukukunu uygulamasına gerek kalmayabilecektir¹²⁸. Bu durumda da kamu düzeninin olumsuz etkisi söz konusu olmaktadır¹²⁹. Ayrıca anılan hükümden yola çıkarak doktrinde yabancı hukukun uygulanmamasından doğan boşluğun doğrudan Türk hukuku ile doldurulmaması, somut uyuşmazlık konusunun başka bir devlet hukuku ile

¹²⁴ Bkz. DOĞAN, s. 211. *Altuğ/Yasan* da kamu düzeninin yabancı kanunun kendisi ile değil, bu kanunun doğuracağı tesir ile ilgilendiğini ifade etmektedir. ALTUĞ/YASAN, s. 146.

¹²⁵ Bu yönde DOĞAN, s. 210; RUHİ/KAPLAN, s. 644; ÖKÇÜN, s. 58.

¹²⁶ Bkz. DOĞAN, s. 209.

¹²⁷ Bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 160. Kamu düzeninin etkileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ALTUĞ/YASAN, s. 146 vd.

¹²⁸ Bkz. DOĞAN, s. 212.

¹²⁹ Örn. evli bir kişinin ikinci kez evlenme talebine izin verilmediği takdirde olumsuz etki ortaya çıkacaktır. Bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 160.

daha sıkı ilişkisinin bulunması durumunda o devletin hukukunun uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir¹³⁰.

C. Doğrudan Uygulanan Kuralların Varlığı Durumunda

Yabancı hukukun uygulanmasına engel olan başka bir husus ise doğrudan uygulanan kurallardır¹³¹. Esasen doğrudan uygulanan kurallar, uyuşmazlığa konu olan olay veya ilişkinin yabancı unsurlu olup olmamasına bakılmaksızın uygulama bulan kurallardır¹³². Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 6. maddesi uyarınca “*yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hâllerde o kural uygulanır*”.

Doğrudan uygulanan kurallar, “*devletin organizasyonunu tanzim etmek veya devletin mali, ekonomik ve sosyal politikalarını gerçekleştirmek üzere çıkardığı kurallar*” olarak tanımlanabilmektedir¹³³. Kaynağını kamu düzeni düşüncesinden alan¹³⁴ bu kurallar nitelikleri gereğince doğrudan uygulanmaktadır¹³⁵. Hukukî işlem veya uyuşmazlığın niteliği önem taşımamakta, “*devletin siyasi, ekonomik ve hukuki örgütlenmesinin temel unsurlarından*” birini ilgilendiriyor ise anılan kurallar doğrudan uygulanmaktadır¹³⁶. Bu ku-

¹³⁰ Uygulanacak hukukun tespitinde basamaklı bağlama kuralı kabul edilmiş ise, öngörülen diğer yabancı hukukun uygulanması önerilmektedir. Bu yönde DOĞAN, s. 217 vd.

¹³¹ İsviçre hukukunda doğrudan uygulanan kuralların yabancı hukukun uygulanmasına engel olacağı kabul edilmektedir. Doğan, Türk hukukunda da İsviçre hukukuna paralel bir düzenleme bulunduğunu belirtmektedir. Bkz. DOĞAN, s. 231.

¹³² Bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s.15, 155; DOĞAN, s. 232; ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk*, s. 71.

¹³³ Bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGENMEŞE, s. 5. Doğrudan uygulanan kurallar ifadesi ilk olarak Fransız hukukçu *Francescakis* tarafından “ülkenin temel siyasal, ekonomik ve toplumsal örgütlenmesinin korunması açısından gözetilmesi gereken kurallar” şeklinde tanımlanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2001, s. 8 vd.; AYBAY/DARDAĞAN, s. 141; DOĞAN, s. 152 vd. Ayrıca bkz. Roma I Tüzüğü'nün 9. maddesinin I. fıkrası (Official Journal of the Europe L177, 4.7.2008).

¹³⁴ Bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 15.

¹³⁵ Bkz. AYBAY/DARDAĞAN, s. 141.

¹³⁶ Bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s.155.

rallara kanunlar ihtilâfi kuralları uygulanmamaktadır¹³⁷. Belirtilen kuralların uygulanmaması halinde devlet tarafından “*hedeflenen mali, ekonomik ve sosyal politikalar[in]*” gerçekleştirilemeyeceği kabul edilmektedir¹³⁸.

Türk hukuku gereğince Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanunu¹³⁹ ve bu Kanuna dayanılarak çıkarılan Yönetmelik ve Tebliğler, Telgraf ve Telefon Kanunu¹⁴⁰, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu¹⁴¹, sosyal dengeyi korumayı amaçlayan iş ve sosyal güvenlik hukuku kuralları gibi kanun ve kurallar doğrudan uygulanan kurallara örnek gösterilmektedir¹⁴². Bir kuralın doğrudan uygulanan kural olup olmadığı açıkça düzenlenmemiş ise, kuralın niteliği *düzenlenme amacı* ile *uygulama alanına* (MÖHUK m. 6) bakılarak *yorum* yoluyla tespit edilmelidir¹⁴³.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 6. maddesine göre hâkimin Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarını uygulayacağı konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Uyuşmazlığa uygulanan yabancı hukukun da doğrudan uygulanan kuralları uygulanmalıdır. Nitekim yetkili yabancı hukuk bir bütün olarak uygulanmalıdır¹⁴⁴. Ancak mahkemenin hukuku (*lex fori*) ile yetkili yabancı hukuk (*lex causae*) dışında bir üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının niteliği tartışmalıdır¹⁴⁵. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 31. maddesi gereğince “sözleşmeden doğan ilişkinin tâbi olduğu hukuk uygulanırken,

¹³⁷ Bu yönde TEKİNALP, *Bağlama Kuralları*, s. 55; ÇELİKEL/ERDEM, s. 397; AYBAY/DARDAĞAN, s. 142.

¹³⁸ Bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞENMEŞE, s. 5; DOĞAN, s. 229, 232.

¹³⁹ RG. 25.02.1930, S. 1433.

¹⁴⁰ RG. 21.02.1924, S. 59.

¹⁴¹ RG. 23.07.1983, S. 18113.

¹⁴² Ayrıntılı bilgi için bkz. AYBAY/DARDAĞAN, s. 142 vd.; ÇELİKEL/ERDEM, s. 15, 155; DOĞAN, s. 230; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞENMEŞE, s. 5.

¹⁴³ Bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 155; DOĞAN, s. 229, 232.

¹⁴⁴ Yetkili yabancı hukukun doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması sonucu verilen kararların Türk hukukunun kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi durumunda, bu kuralların uygulanmasından vazgeçilmesi gerekmektedir. Uygulanan kuralların doğrudan uygulanma nitelikleri kamu düzeni bakımından önem arz etmemektedir. Bu yönde bkz. DOĞAN, s. 234.

¹⁴⁵ Bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 398; DOĞAN, s. 232-234; Mustafa ERKAN, *MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, Yıl 2011, Sayı 2, s. 81–121.

sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir. Söz konusu kurallara etki tanımak ve uygulamayı uygulamamak konusunda bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınır¹⁴⁶. Dolayısıyla hâkim sözleşmeden doğan¹⁴⁷ uyuşmazlıkların çözümünde, uyuşmazlığın esasına uygulayacağı yabancı hukuk çerçevesinde sözleşme ile sıkı bağlantı¹⁴⁸ içerisinde olan üçüncü devletin¹⁴⁹ doğrudan uygulanan kurallarına¹⁵⁰ “*etki tanıyabilecektir*”¹⁵¹. Asıl

¹⁴⁶ Hükümün eleştirisi için ve uygulaması olmayan bir hüküm olacağı yönünde bkz. NOMER, s. 331.

¹⁴⁷ MÖHUK m. 31 gereğince, sadece sözleşmeden doğan borç ilişkileri için üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilmektedir. ERKAN, s. 85.

¹⁴⁸ Sıkı bağlantı olup olmadığını hâkim takdir edecektir. Bu bağlamda *kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate* alınmalıdır (MÖHUK m. 31). Ancak doktrinde hâkimin olayı bir bütün olarak değerlendirmesinin faydalı olacağı ileri sürülmektedir. Bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk*, s. 77.

¹⁴⁹ Roma I Tüzüğü’nün 9. maddesinin III. fıkrasında “üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları” ifadesi yerine “*sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin ifa edileceği veya ifa edilmesi gerektiği ülke hukukunun doğrudan uygulanan kuralları*” ifadesi yer almaktadır. Dolayısıyla Roma I Tüzüğü ile kurallarına etki tanınacak üçüncü devletin tespiti konusunda sınırlayıcı kriter getirilmiştir. Doktrinde bu husus eleştirilmektedir. Nitekim ifa yeri dışında sözleşme konusu malın, para borçlusunun banka hesabının, tarafların yerleşim yerlerinin veya mutad meskenlerinin bulunduğu ülke hukuklarında yer alan doğrudan uygulanan kurallar da sözleşmenin ifasına engel teşkil edecek nitelikte olabilmektedirler. Aynı şekilde sözleşmenin ehliyet veya şekil bakımından geçerliliğini etkileyen doğrudan uygulanan kurallar da bulunmaktadır. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk*, s. 86. Bu bakımdan MÖHUK m. 31’e göre “*sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına*” etki tanınmasının daha adil sonuçlar sağlayabileceği belirtilebilir. Roma I Tüzüğü’nde yer alan düzenleme ile adil sonuçlara ulaşılamayacağı yönünde bkz. ERKAN, s. 116. Roma I Tüzüğü m. 9/III’ün daha açık ve belirgin bir düzenleme olduğu yönünde bkz. Mehmet KÖSOĞLU, *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, s. 147–172. MÖHUK m. 31 uyarınca ifa yeri olsun olmasın hâkim, mahkemenin hukuku (*lex fori*) ile yetkili yabancı hukuk (*lex causae*) dışında sözleşme ile sıkı objektif bağlantılara sahip üçüncü devletlerin (bu devlet sözleşmenin tarafı devlet de olabilmektedir) doğrudan uygulanan kurallarına etki tanıyabilmektedir.

¹⁵⁰ Bir kuralın doğrudan uygulanan kural olup olmadığı, ait olunan hukuk sistemine göre belirlenecektir. Bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk*, s. 77.

¹⁵¹ Bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk*, s. 76. Roma I Tüzüğü’nün 9. maddesinin III. fıkrasında üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına “*sözleşmenin ifasını hukuka aykırı kıldığı ölçüde etki*” tanınacağı düzenlenmektedir.

olan yetkili yabancı hukukun uygulanmasıdır¹⁵². Bu hususa rağmen anılan hükmün ikinci cümlesinde üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları bakımından “uygulamak” fiilinin kullanılmasının hüküm ile çelişki oluşturduğu belirtilmektedir¹⁵³.

D. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’na Aykırılık Durumunda

Uygulanacak yabancı hukukun Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’na aykırı olduğunun hâkim tarafından tespit edilmesi mümkündür. Anayasa’nın 152. maddesi uyarınca “*bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır*”. Anılan hükümde “uygulanacak kanun hükmü” ifadesi nedeniyle yabancı hukuk hükmünün de Anayasa Mahkemesi’nin denetimine tâbi olduğu ileri sürülebilir¹⁵⁴. Ancak bu hükmün yabancı kanunlar bakımından nasıl uygulanacağı sorusu tartışmalıdır¹⁵⁵.

Bir görüşe göre kamu düzenine aykırılık ile Anayasa’ya aykırılık benzerlik gösteren kavramlardır¹⁵⁶. Nitekim her iki kavram da davaya yabancı hukukun uygulanmasını engellemektedir. Bununla birlikte kamu düzenine aykırılık ilk derece mahkemesi tarafından tespit edilmekte, Anayasa’ya aykırılık ise Anayasa Mahkemesi’nce tespit edilmektedir.

Anayasa’ya aykırılık aynı zamanda kamu düzenine aykırılık teşkil ediyorsa, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 5. maddesi

¹⁵² Özdemir Kocasakal’a göre hâkim “*lex contractus uyarınca mücbir sebebin bir unsuru veya sözleşmenin geçersizliğine yol açan bir sebep olarak üçüncü ülkenin hukukunda yer alan kurallara etki tanımaktadır*”. Bu itibarla Özdemir Kocasakal MÖHUK m. 31 hükmüne gerek bulunmadığını belirtmektedir. Bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk*, s. 76 ve 88.

¹⁵³ Bu yönde ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk*, s. 76. *Etki tanıma* ile *uygulama* arasındaki fark için bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk*, s. 75; KÖSOĞLU, s. 161.

¹⁵⁴ Aysel ÇELİKEL, *Devletler Özel Hukuku’nun Konusuna Giren Uyuşmazlıklarda Anayasal Denetim*, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 8, 1991, s. 209–224.

¹⁵⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Rona AYBAY, *Türk Mahkemesince Uygulanacak Yabancı Yasanın, Anayasa’ya Aykırılığı Sorunu*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 54, 2004, s. 139-145; ÇELİKEL/ERDERM, s. 163, 179; DOĞAN, s. 214 vd.

¹⁵⁶ Bu yönde AYBAY/DARDAĞAN, s. 131.

gereğince hâkimin kendiliğinden Türk hukukunu uygulaması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına gerek kalmamaktadır¹⁵⁷. Kamu düzenine aykırılık kapsamında konuyu ele alan Şanlı/Esen/Ataman-Figenmeşe'ye göre kamu düzenine aykırılık sebebiyle yabancı hukukun uygulanması ilk derece mahkemesi seviyesinde engellenmektedir. Bu nedenle yabancı hukukun Anayasa'ya aykırılığı sorunu gündeme gelmemektedir¹⁵⁸. Aynı yönde Doğan da Anayasa'da kabul edilmiş temel hak ve hürriyetlere aykırılığın kamu düzenine aykırılık teşkil ettiğini belirtmektedir¹⁵⁹.

Ancak her Anayasa'ya aykırılık kamu düzenine aykırılık oluşturmamaktadır¹⁶⁰. Kamu düzenine aykırılık oluşturmayan yabancı kanun hükümlerinin Anayasa'ya aykırılığı durumunda Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması gerekip gerekmediği kanunen düzenlenmemiştir. Anayasa'nın 148. maddesi gereğince “*Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler ve bireysel başvuruları karara*” bağlar. Yabancı kanun hükümlerinin anılan maddede belirtilen “*kanun*” niteliğinde olup olmadığını tartışılabilir.

Anayasa yargısının sadece Türk kanunlarını kapsadığı ve yabancı kanunların kapsam dışı kaldığı; veya açıkça bir sınırlamaya gidilmemesinden dolayı uygulanacak yabancı kanun hükümlerinin de anayasa yargısının denetim alanı içinde olduğu ileri sürülebilir¹⁶¹. Anayasa'ya aykırılık durumunda Anayasa Mahkemesi'nin aykırı kanun hükmünü iptal ettiği dikkate alınır, yabancı kanunların anayasa yargısının denetim alanı içinde olduğunu belirtmek, başka bir ülkenin egemenliğine saldırı şeklinde algılanabilecektir. Nitekim Türk Anayasa Mahkemesi'nin yabancı bir kanunu iptal etmesi mümkün

¹⁵⁷ Bkz. AYBAY/DARDAĞAN, s. 132.

¹⁵⁸ Bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGENMEŞE, s. 65, dn. 117.

¹⁵⁹ Bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 162; DOĞAN, s. 214. Ayrıca bkz. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı 10.12.2012, 2010/1 E., 2012/1 K.; RG. 20.09.2012, S. 28417. Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenen temel hak ve özgürlüklere aykırılık teşkil eden bir hüküm uygulanarak, temel hak ve özgürlüklere aykırı bir karar verilmesi durumunda Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 148/III maddesi gereğince bireysel başvuru yoluna da gidilebilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Musa SAĞLAM/Serdar GÜLENER/Recep KAPLAN, Bireysel Başvuru İncelemeleri-1, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2013.

¹⁶⁰ Bkz. AYBAY/DARDAĞAN, s. 132; ÇELİKEL/ERDEM, s.163.

¹⁶¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. AYBAY/DARDAĞAN, s. 134.

olamamaktadır. Bu nedenle yabancı kanunların Anayasa Mahkemesi'nce anayasaya uygunluğunun denetlenmesi söz konusu olamamaktadır¹⁶². *Ay-bay/Dardağan*'a göre Anayasa Mahkemesi, Türk mahkemelerine yabancı hukukun Anayasa'ya aykırılığını “*olayla sınırlı*” olarak inceleme ve karar verme yetkisini içtihat yoluyla açabilmelidir. Aksi takdirde Türk mahkemeleri, yabancı hukukun Anayasa'ya uygunluğu denetimini yapamayacaktır. Bu durumda da sadece kamu düzenine aykırı olup olmadığını inceleyen mahkemeler kamu düzeni kavramını geniş yorumlayarak, bu kapsamda Anayasa'ya aykırılığı inceleme yoluna başvuracaktır¹⁶³. Kanaatimizce Anayasa Mahkemesi yabancı hukuk normunu Anayasa'ya aykırılık açısından denetleyebilmeli, ancak normun iptali yoluna başvuramaması nedeniyle verilen karar somut olayla sınırlı olarak uygulanabilmelidir¹⁶⁴.

Alman hukuku gereğince ise kanunlar ihtilâfı ile uygulanacağı tespit edilen yabancı hukukun, “*millî hukuk*” haline gelmediği kabul edilmektedir. Hukukun yabancılık niteliği devam etmektedir. Dolayısıyla yabancı kanunlar, Alman Anayasası'nda düzenlenen (GG) “*kanun*” niteliğini haiz değildirler. Bu nedenle Alman Anayasası'nda düzenlenen kanunların anayasaya uygunluk denetimi, yabancı kanunlar için söz konusu olmamaktadır. Alman hâkimin, önüne gelen somut uyuşmazlıkta uygulayacağı yabancı kanunun Alman Anayasası'na aykırı olduğunu tespit etmesi üzerine, Alman Anayasa Mahkemesi'nin denetimi/kararı gerekmeksizin, yabancı hukuku uygulaması gerekmektedir¹⁶⁵.

IV. Yabancı Hukukun Temyiz Mahkemesinde İncelenmesi

Yabancı hukukun uygulanması sonucu verilen mahkeme kararının temyiz edilmesi mümkündür. Bu durumda uygulanacak hukukun doğru tespit edilip edilmediği ve tespit edilen hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığının temyiz mahkemesi tarafından incelenip incelenmeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır¹⁶⁶.

¹⁶² Bu yönde AYBAY/DARDAĞAN, s. 135.

¹⁶³ Bkz. AYBAY/DARDAĞAN, s. 135.

¹⁶⁴ Bu yönde ve ayrıntılı bilgi için ÇELİKEL, s. 223; ÇELİKEL/ERDEM, s. 163.

¹⁶⁵ Bkz. DÖLLE, s. 58.

¹⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. NOMER, *Davada Yabancı Kanun*, s. 122 vd; NOMER, *Devletler Hususî Hukuku*, s. 196.

A. Türk Hukukunda

Uygulanacak hukuk¹⁶⁷ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un kanunlar ihtilâfî hükümlerine göre belirlenmektedir. Kanunlar ihtilâfî hükümlerine göre uygulanacak hukukun tespitinde (bağlama noktasının yanlış değerlendirilmesi nedeniyle) hata yapılması, iç hukukun ihlali anlamına gelmektedir¹⁶⁸. Bu nedenle uygulanacak yabancı hukuk yerine Türk hukukunun uygulanması veya başka bir yabancı hukukun uygulanması temyiz sebebi oluşturmaktadır (HMK m. 371/I,a)¹⁶⁹.

Uygulanan yabancı hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığının Yargıtay'ca incelenmesi gerekip gerekmediği konusunda ise farklı görüşler ileri sürülebilir. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 361 ve devamı maddelerinde temyiz sebepleri arasında yabancı hukukun yanlış uygulanması açıkça sayılmamaktadır. Yargıtay'ın görevinin sadece millî hukukun gelişimini ve ülkede hukuk birliğini sağlamak olduğu görüşüne göre, yabancı hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığı temyiz mahkemesince

¹⁶⁷ Bkz. "Giriş" bölümü.

¹⁶⁸ Bkz. DOĞAN, s. 200, 204.

¹⁶⁹ Bkz. NOMER, *Devletler Hususî Hukuku*, s. 196; ÇELİKEL/ERDEM, s. 178; DOĞAN, s. 204 vd; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİĞENMEŞE, s. 65 vd. Ayrıca bkz. 8. H.D., 26.05.2011, 2010/5330 E., 2011/3103 K.: "...ondan sonra oluşacak duruma göre bir karar verilmesi gerekirken, tarafların millî hukuku göz ardı edilerek Türk Medenî Kanunu'na göre yapılan inceleme sonucu hüküm kurulmuş bulunması usul ve kanuna aykırıdır." <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/8hd-2010-5330.htm> (Erişim tarihi: 29.06.2014). 11. H.D., 18.05.2004, 2003/9984 E., 2004/5573 K.: "*Muhatabı C.B.N.Y. olan dava konusu çekin keşidecisi de Amerikalı olup, bu çek nedeniyle olayda yabancılık unsuru bulunmaktadır. TTK'nun 734/VII. maddesi hükmüne göre, çekin kaybedilmesi veya çalınması halinde alınacak tedbirler bakımından çekin ödeneceği memleket kanunlarının uygulanması gerekir. Buna göre, dava konusu çek bakımından uygulanacak kanun, muhatap bankanın bulunduğu New York Eyalet Kanunlarıdır. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)'un 2. maddesi hükmüne göre hâkim, Türk kanunlar ihtilâfî kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygular. Hâkim, yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını da isteyebilir. Tüm araştırmalara rağmen, yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin tespit edilememesi halinde Türk hukuku uygulanır. Açıklanan yasal durum karşısında mahkemece, yabancılık unsuru taşıyan dava konusu çekten kaynaklanan işbu davada uygulanacak yabancı hukuk re'sen tespit edilerek, davacının davalı bankaya karşı dava açma hakkı bulunup bulunmadığının tespiti gerekirken, bu konuda bir araştırma yapılmadan Türk hukukuna göre karar verilmesi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir.*" <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/11hd-2003-9984.htm> (Erişim tarihi: 29.06.2014).

denetlenmemektedir. Zira Yargıtay'ın yabancı hukukun gelişimini ve uygulanmasında birliği sağlamak görevi bulunmamaktadır. Ancak yabancı hukukun uygulandığı benzer olaylarda farklı kararlar verilmesi millî hukuk birliğini tehlikeye sokacak nitelikte ise, Yargıtay'ın yabancı hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığını inceleme yetkisi bulunduğu kabul edilmektedir¹⁷⁰. Yargıtay'ın görevinin millî hukukun gelişimini ve ülkede hukuk birliğini sağlamak yanında “*vak'a hakkaniyetine hizmet etmek*” olduğunu ileri süren görüş gereğince ise, Yargıtay'ın yabancı hukuku denetleme yetkisi bulunmaktadır.

Nomer'e göre, Yargıtay hukuka uygunluk denetimi yaparken, hukuk birliğini sağlamalı ve vak'a hakkaniyetine hizmet etmelidir. Yazara göre ilk derece mahkemesi yabancı hukuku “*hukuk*” olarak uygulaması sebebiyle yabancı hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığının, “*vak'a hakkaniyetine hizmet etme*” amacı nedeniyle Yargıtay'ca denetlenmesi gerekmektedir. Aynı şekilde Çelikel/Erdem ve Doğan, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 371. maddesi gereğince Yargıtay'ın hukukun yanlış uygulanmasını denetlemekle görevli olduğunu ve Türk hukukunda yabancı hukukun “*hukuk*” olarak değerlendirildiğini belirterek, bu sebeplerden dolayı yabancı hukukun uygulanmasının Yargıtay'ın denetimine tâbi olduğunu kabul etmektedir¹⁷¹. Şanlı/Esen/Ataman-Figenmeşe de yabancı hukukun uygulanmasının onun “*doğru ve eksiksiz uygulanmasını*” kapsadığını belirtmektedir. Bu nedenden ve yabancı hukukun hâkim tarafından kendiliğinden uygulanacak “*hukuk*” olma niteliğinden dolayı yabancı hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığının Yargıtay'ca incelenmesi gerekmektedir. Başka bir ifade ile bizim de katıldığımız bu görüşler uyarınca, yabancı hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığı temyiz sebebi oluşturmaktadır¹⁷². Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir¹⁷³.

¹⁷⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. NOMER, *Davada Yabancı Kanun*, s. 132 vd.; NOMER, *Devletler Hususî Hukuku*, s. 197.

¹⁷¹ Bkz. ÇELİKEL/ERDEM, s. 179; DOĞAN, s. 206.

¹⁷² Bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGENMEŞE, s. 66.

¹⁷³ Kararlar için bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGENMEŞE, s. 66-67; ÇELİKEL/ERDEM, s. 176; NOMER, *Davada Yabancı Kanun*, s. 136 vd.

B. Diğer Hukuk Sistemlerinde

Diğer hukuk sistemlerinde de yabancı hukukun yanlış tespit edilmesinin iç hukukun ihlali anlamına gelmesi nedeniyle, bu durumda temyiz gidilebileceği kural olarak kabul edilmektedir¹⁷⁴. Ancak yabancı hukukun “*hukuk*” veya “*vakıa*” niteliğine sahip olup olmadığı önem arz etmeksizin, çoğu ülke hukukunda yabancı hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığının temyiz mahkemeleri tarafından incelenemeyeceği kabul edilmektedir.

1. Alman Hukukunda

Alman hukukunda temyiz mahkemesinin (Alman Federal Mahkemesi), mahkeme kararlarında birliği sağlama görevi olduğu kabul edilmektedir. Alman Medenî Usul Kanunu’nun mülga 549. maddesinin I. fıkrası gereğince sadece “*federal hukuk*”un (*Bundesrecht*) ihlalinin temyiz sebebi oluşturduğu düzenlenmekteydi. Bu hüküm nedeniyle yabancı hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığı temyiz sebebi oluşturmamaktaydı¹⁷⁵. Anılan hüküm Federal İş Mahkemesi (*Bundesarbeitsgericht*) önünde yabancı hukukun yanlış uygulanmasının temyiz sebebi sayılması nedeniyle eleştirilmekteydi (§73/I İş Mahkemesi Kanunu - *Arbeitsgerichtsgesetz*)¹⁷⁶.

Ancak belirtilen hüküm 17.12.2008 tarihinde değişikliğe uğramıştır¹⁷⁷. Alman Medenî Usul Kanunu’nun yeni 545. maddesinin I. fıkrasında “*hukukun ihlalinin*” (*Verletzung eines Rechts*) temyiz sebebi oluşturduğu düzenlenmektedir. Yapılan değişiklik dolayısıyla bazı yazarlar yabancı hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığının Alman Federal Mahkemesi tarafından denetlenebileceği ileri sürülmektedir¹⁷⁸. Bu bağlamda Alman Federal Mahkemesi’nin –ilk derece mahkemesi gibi– kendiliğinden yabancı hukukun içeriğini tespit etmesi gerektiği ve tespit ederken –bilirkişi de dâhil olmak üzere– her türlü yardımdan yararlanabileceği kabul edilmektedir¹⁷⁹. Ancak 545. madde ile getirilen yeni hükme rağmen Alman hukukunda hâkim görüş tarafından yabancı hukukun yanlış uygulanmasının temyiz sebebi olarak

¹⁷⁴ Örn. Alman hukuku açısından bkz. NAGEL/GOTTWALD, §11, Rn. 54.

¹⁷⁵ Bkz. DÖLLE, s. 61.

¹⁷⁶ Bu yönde NAGEL/GOTTWALD, §11, Rn. 56.

¹⁷⁷ Bundesgesetzblatt (BGBl.) I S. 2586; 01.09.2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

¹⁷⁸ Bu yönde bkz. Hess HÜBNER, *Die Revisibilität ausländischen Rechts nach der Neufassung des §545 ZPO*, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 2009, s. 3132-3135.

¹⁷⁹ Bkz. HÜBNER, s. 3135.

kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir. Alman Federal Mahkemesi'nin yabancı hukukun sadece bir milli kanunun amacına veya ahlaka aykırı olup olmadığını denetleme yetkisinin bulunduğu kabul edilmektedir¹⁸⁰.

2. Fransız Hukukunda

Fransız hukukunda ilk derece mahkemeleri yabancı hukukun tespitinde yetkili makamlardır. Sadece millî hukuk hükümlerinin ihlali söz konusu olduğu zaman ilk derece mahkemelerinin egemenliğine müdahale edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir¹⁸¹. Dolayısıyla Fransız Yargıtay'ı (*Cour de Cassation*) yabancı hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığını inceleyememektedir¹⁸².

3. İngiliz Hukukunda

Yabancı hukukun vakıa olarak kabul edildiği İngiliz hukukunda Temyiz Mahkemesi (*Court of Appeal*) -diğer vakılardan farklı olarak- yabancı hukukun yeterli bir şekilde ispat edilip edilmediğini inceleme ve bu konu hakkında yeniden karar verme yetkisini haizdir¹⁸³. Temyiz mahkemesinin kural olarak bir vakıayı incelemesi söz konusu olmazken, yabancı hukuk “*delil*”inin incelenmesi söz konusu olabilmektedir¹⁸⁴.

4. Brezilya ve Japon Hukuk Sistemlerinde

Brezilya¹⁸⁵ ve Japon¹⁸⁶ hukuku gereğince yabancı hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığı temyiz mahkemesince denetlenmektedir.

Sonuç

Türk hukuku gereğince yabancı hukuk “*hukuk*” niteliğindedir. Bu itibarla Türk mahkemelerinde hâkimin uygulanacak yabancı hukuku ve içeriğini re'sen tespit etmesi gerekmektedir. Hâkim bilmediği yabancı hukukun içeriğinin tespiti için bilirkişiye veya uzman kuruluşlara başvurabilecek, çeşitli kurumlardan veya taraflardan yardım talep edebilecektir. Bu konuda hâkime

¹⁸⁰ Bkz. NAGEL/GOTTWALD, §11, Rn. 52 vd; PRÜTTING, §293, Rn. 654.

¹⁸¹ Bkz. DÖLLE, s. 61.

¹⁸² Ayrıntılı bilgi için NAGEL/GOTTWALD, §11, Rn. 78.

¹⁸³ Bkz. NAGEL/GOTTWALD, §11, Rn. 70.

¹⁸⁴ Bu yönde bkz. HUNTER, s. 669; FAWCETT/NORTH, s. 108.

¹⁸⁵ Bkz. NAGEL/GOTTWALD, §11, Rn. 63.

¹⁸⁶ Bkz. NAGEL/GOTTWALD, §11, Rn. 83.

geniş takdir yetkisi tanınmıştır. Tespit edilen yabancı hukukun yorumlanması ve uygulanmasında hâkimin söz konusu ülkenin yabancı hâkimi gibi hareket etmesi gerekmektedir. Ancak bu şekilde milletlerarası özel hukuk adaleti sağlanmış olacaktır. Hukukumuzda yabancı hukukun yanlış tespit edilmesi ve içeriğinin yanlış uygulanması temyiz incelemesinde bozma sebebi sayılmaktadır.

Kaynakça

- AKİL, Cenk; *Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 57, Sayı 3, 2008, s. 1-32.
- ALTUĞ Yılmaz /Mustafa YASAN; *Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni*, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, Alkım Yayınevi, İstanbul 2003, s. 139-149.
- AYBAY, Rona; *Türk Mahkemesince Uygulanacak Yabancı Yasanın, Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 54, 2004, s. 139-145.
- AYBAY, Rona; *An Introduction to Law*, Alfa Yayınları, İstanbul, 2013.
- AYBAY, Rona /Esra DARDAĞAN; *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008.
- ÇELİKEL, Aysel; *Devletler Özel Hukuku'nun Konusuna Giren Uyuşmazlıklarda Anayasal Denetim*, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt 8, 1991, s. 209–224.
- ÇELİKEL, Aysel /Bahadır ERDEM; *Milletlerarası Özel Hukuk*, 13. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014.
- DOĞAN, Vahit; *Milletlerarası Özel Hukuk Ders Kitabı*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.
- DÖLLE, Hans; *Über die Anwendung fremden Rechts, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR)*, 1957, s. 56–62.
- ERKAN, Mustafa; *MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, Yıl 2011, Sayı 2, s. 81–121.
- ESPLUGUES, Carlos/ José Luis IGLESIAS/ Guillermo PALAO (Ed.); *Application of Foreign Law*, Sellier, Munich 2011.
- FAWCETT, James /Peter NORTH: *Cheshire and North's Private International Law*, 12. Bası, Oxford University Press, London, 1992.
- GİRAY, Faruk Kerem; *Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyetinin 5718 Sayılı MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi*, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan, Yıl 2011–2012, Cilt VIII–IX, Sayı 1–2, s. 555–577.

- GÜRİZ, Adnan; *Hukuk Başlangıcı*, 10. Bası, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2005.
- HARFIELD, Henry; *Extraterritorial Application of Law – General Principles*, 64 Am. Soc’y Int’l L. Proc., 1970, s. 130–134.
- HAUSMANN, Rainer; *Pleading and Proof of Foreign Law – a Comparative Analysis*, The European Legal Forum - Forum iuris communis Europae, Sayı 1, 2008, s. 1–13.
- HERZOG, Brigitte; *Proof of International Law and Foreign Law Before a French Judge*, Va. J. Int’l L., Vol. 18:4, 1978, s. 651–663.
- HUNTER, I. A; *Proving Foreign and International Law in the Courts of England and Wales*, 18 Va. J. Int’l L. 1977–1978, s. 665–696.
- HÜBNER, Hess; *Die Revisibilität ausländischen Rechts nach der Neufassung des §545 ZPO*, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2009, s. 3132–3135.
- JÄNTERÄ-JAREBORG, Maarit; *Foreign Law in National Courts A Comparative Perspective*, Recueil des Cours, Cilt 304, 2003, s. 185–385.
- 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, s. 147–172.
- KURU, Baki; *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt II, Sevinç Matbaası, Ankara, 1980.
- KURU, Baki /Ramazan ARSLAN/Ejder YILMAZ; *Medenî Usul Hukuku*, 18. Bası, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2007.
- MERRYMEN, John Henry; *Foreign Law as a Problem*, 19 Stan. J. Int’l L., 1983, s. 151–173.
- NAGEL, Heinrich /Peter GOTTWALD; *Internationales Zivilprozessrecht*, 7. Bası, Verlag. Dr. Otto Schmidt, Köln, 2013.
- NOMER, Ergin; *Devletler Hususî Hukuku*, 20. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013.
- NOMER, Ergin; *Davada Yabancı Kanun*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1972.
- OĞUZ, Arzu; *Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (Lex Mercatoria) – Unidroit İlkeleri’nin Lex*

- Mercatoria Niteliği*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2001, Cilt 50, Sayı 3, s. 11–53.
- ÖĞUZMAN, Kemal /Nami BARLAS; *Medenî Hukuk*, 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- ÖKÇÜN, A. Gündüz; *Devletler Hususî Hukuku'nun Kaynakları ve Kamu Düzeni*, 2. Bası, Sermaye Piyasası Kurulu Yayınları, Ankara 1997.
- ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice; *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2001.
- ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice; *Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları*, MHB, Yıl 30, Sayı 1-2, 2010, s. 27-88.
- PRÜTTING, Hanns; *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 4. Bası, Verlag C.H. Beck, München, 2013.
- RUHİ, Ahmet Cemal/Yavuz KAPLAN; *Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni (Ordre Public)*, MHB, Yıl 22, 2002, s. 643-663.
- SCHÜTZE, Rolf; *Deutsches Internationales Zivilprozessrecht unter Einschluss des Europäischen Zivilprozessrechts*, 2. Bası, de Gruyter, Göttingen, 2005.
- SONNENBERGER, H. Jürgen; *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 6. Bası, Verlag C.H. Beck, München, 2012.
- ŞANLI, Cemal /Emre ESEN/İnci ATAMAN-FİĞENMEŞE, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- TEKİNALP, Gülören; *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 10. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009.
- TEKİNALP, Gülören; *MÖHUK'ta Uygulanacak Hukuk Açısından Düzenlenmeyen veya Eksik Düzenlenen Konular*, Prof. Dr. Selâhattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, Beta Yayınevi, İstanbul, 1999, s. 579-588.
- YILMAZ, Ejder; *Hukuk Sözlüğü*, 10. Bası, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2006.