

# HUSUSI HUKUK



# TÜRK "MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK VE MİLLETLERARASI USUL HUKUKU TASARISI"

*Prof. Dr. Gülören TEKİNALP*

## I. TÜRK HUKUKUNDA MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK ALANINDA KODİFİKASYON ÇALIŞMALARI

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinin "*Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü*"nde, 1975 yılında, uzun süreden beri ihtiyacı duyulan bir konuda çalışmalara başlanmıştır. Enstitü Müdüresi Milletlerarası Özel Hukuk Profesörü Nihal Uluocak başkanlığında bir komisyon kurulmuş<sup>1</sup> ve sonucunda "*Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Hakkında Öntasarı*" adlı ilk metin ortaya çıkmıştır (İstanbul Öntasarısı). Öntasarı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Siyasal Bilgiler Fakültesi ve Adalet Bakanlıklarına gönderilmiş ve 22 - 24 Kasım 1976 tarihlerinde bu metin üzerinde İstanbul Üniversitesinde bir Sempozyum yapılmıştır. Sempozyuma Yargıtay üyeleri, Ankara Üniversitesinin ve Adalet Bakanlığının temsilcileri, İstanbul Hukuk Fakültesi öğretim üyeleri katılmışlardır. Sempozyumda, Öntasarıyı hazırlayan komisyon üyelerinden herbiri Öntasarının bir bölümünü açıklayan bildiriler sunmuş ve tartışmalar Öntasarı ile bu bildirilerin ışığında yürütülmüştür<sup>2</sup>. Bu tartışmaları değerlendiren komisyon Öntasarıda bazı değişiklikler yapmıştır. Elde edilen metin,

1) Komisyonun üyeleri şunlardır : Prof. Dr. Yılmaz Altuğ, Prof. Dr. Ergin Nomer, Prof. Dr. Aysel Çelikel, Prof. Dr. Gülören Tekinalp, Doç. Dr. Atâ Sakmar, Doç. Dr. Yücel Sayman.

2) Bildiriler ve tartışmalar daha sonra İstanbul Hukuk Fakültesince bir kitap halinde yayımlanmıştır : Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Kanunu Öntasarısı Sempozyumu, 22-24 Kasım 1976, İstanbul 1978.



Ankara Hukuk ve Siyasal Bilgiler Fakültesindeki meslekdaşlara ve Adalet Bakanlığına, Komisyonca gönderilerek yeni bir çalışma ile Öntasarının, Tasarı haline getirilmesi dileği belirtilmiştir. Ancak, 1978 yılında Ankara Siyasal Bilgiler Fakültesi ve Hukuk Fakültesinin ilgili öğretim üyeleri, Prof. Dr. Erdoğan Göger'in (Ankara Hukuk Fakültesi) hazırladığı "Yasaların Çatışması, Yasa Öntasarısı" adı altındaki bir metin üzerinde tartışmalı toplantılar yapmış ve ilk metin üzerinde bazı değişikliklerde bulunarak bir Öntasarı ortaya çıkarmışlardır (Ankara Öntasarısı). Adalet Bakanlığı da aynı yılda daha çok İstanbul Öntasarısından ilham alan bir Öntasarı hazırlamıştır (Adalet Bakanlığı Öntasarısı).

1978 Mayıs ayının son haftasında her üç Tasarı üzerinde Ankara Hukuk Fakültesi tartışmalı bir toplantı düzenlemiştir. Toplantıda çalışmaların verimli sonuçlar verebilmesi için Öntasarılardan birinin esas tutulması gereği kabul edilerek Adalet Bakanlığı Tasarısı ele alınmış, eksikleri ve aksayan noktaları üzerinde durulmuştur.

Tartışmaların ışığında yeni bir tasarı metni hazırlamak görevi Adalet Bakanlığına verilmiştir. Bakanlık, Ankara toplantısında alınan karar gereği, İstanbul metni esas teşkil etmek üzere, diğer Tasarıların da bazı noktalarını gözönünde bulundurarak son metni düzenlemeyi ve bu arada Ankara ve İstanbul Hukuk Fakülteleri ve Ankara Siyasal Bilgiler Fakültesindeki öğretim üyeleri ile fikir teatisinde bulunmayı üstlenmiştir.

Adalet Bakanlığı 1978 Ekim ayında Tasarıya yeni bir şekil vermiştir. *Bu metin* sadece Ankara'daki Milletlerarası Özel Hukuk öğretim üyelerinin fikri alınarak oluşturulmuştur. İstanbul Hukuk Fakültesi çalışmalarını bu metin üzerinde yapmıştır. İstanbul Komisyonunun Bakanlık yetkilileri ile yaptığı görüşmeler sonunda İstanbul Tasarısındaki eğilimlerin yeni metne daha çok aksettirilebilmesi olanağı doğmuştur. Mart 1980 de İstanbul Komisyonuna ulaştırılan metin bu niteliktedir. Üzerinde titizlikle çalışılan Tasarı metnine İstanbul ve Ankara hukuk fakültelerinden farklı hukuk dallarında mütehassıs olan diğer bilim adamlarının verdikleri mütalâalar da gözönünde bulundurularak bazı düzeltmeler ve eklemeler yapılmıştır. Böylece TBMM'ye sevk edilecek metin ortaya çıkmıştır denilebilir (Tasarı).



Aşağıda kodifikasyonu gerektiren sebepler, Öntasarıların özellikleri kısaca belirtilecek, son Tasarı metninin sistem ve hükümleri izah edilirken, bu metne temel teşkil eden İstanbul Öntasarısına zaman zaman değinilecek, yapılan değişiklikler de açıklanacaktır.

## II. KODİFİKASYONU GEREKTİREN SEBEBLER

1. Türk mevzuatında Milletlerarası Özel Hukuka ilişkin kurallar *dağınık* metinlerde bulunmaktadır: Yabancı unsur bulunan hukukî ilişkilerde uygulanacak hukuku genel olarak tesbit ettiği kabul edilen 1330 (1915) tarihli "Türkiye'de Bulunan Ecnebilerin Hak ve Vazifeleri Hakkında Geçici Kanun" (EHVK)<sup>3</sup>, 1956 tarihli Ticaret Kanunu (m. 117 b. 3, 678 - 687, 690, 730/b. 2, m. 866/2)<sup>4</sup>, 1951 tarihli Fikir ve Sanat Eserleri Hakkında Kanun (m. 88)<sup>5</sup>.

2. Yukarıda anılan yasal kaynaklardan büyük kısmı *sadece belirli hukukî konuları düzenlemekte* (fikir ve sanat eserleri, poliçe, bono ve çek gibi); buna karşılık Milletlerarası Özel Hukuka ait bütün temel kurallar EHVK'nun 4. maddesinden çıkarılmaktadır. Tek bir maddenin Milletlerarası Özel Hukukun bütün alanlarını düzenleyemeyeceği açıktır. Şu halde Türk düzenlemesi *yetersizdir*.

EHVK m. 4/c. 1 gayrimenkule ilişkin bütün ihtilâflarla, diğer hukukî, ticarî ve cezaî ihtilâflarda Türk kanunlarının uygulanmasını öngörmektedir. Böyle bir uygulama, Türk mahkemelerinin yetkili olması şartına bağlı olsa bile, âdil ve haklı değildir. Madde bu hali ile Türk mahkemelerinde açılan bütün medenî hukuk, ticaret hukuku ve ceza hukuku davalarında Türk kanunlarının yetkisini kabul ederek, yetkili olması objektif esaslara göre haklı görülebilecek yabancı kanunların uygulanmasını önlemektedir. Kaldı ki, anılan madde hukuk tekniği açısından da başarısızdır. "Gayrimenkul"e ilişkin olanlar ile diğer "hukukî" ihtilâfları ayırmanın gereği yoktur. Çünkü "gayrimenkul"e ilişkin olanlar da "hukukî" ihtilâftır. Ayrıca bu ayırımın pratik hukukî bir sonucu da yoktur.

3) Düstur 2. Tertip C. VII, 458.

4) Kanun N. 6762, RG. 9.8.1956, N. 9353.

5) Kanun N. 5846, RG. 13.12.1951, N. 7981.



3. EHVK m. 4/c. 1'in lâfzı ve ifadesindeki katılık, *modern gelişmelerin* Türk Milletlerarası Özel Hukukuna etkili olmasını güçleştirmekte, olumlu gelişmelerin pozitif hukukumuzda yansımaya engel olmaktadır. Buna rağmen, Türk doktrini ve uygulaması (tatbikat) m. 4/c. 1'deki bu kuralı aşarak akitlerde irade muhtariyetini kabul etmişlerdir<sup>6</sup>.

4. EHVK m. 4/c. 2 daha başka bir eğilimi yansıtmaktadır. Şöyle ki, yabancıların şahsın hukuku, aile hukuku ve menkul mirasları alanında sadece kendi *millî hukukları* uygulanacaktır. Eğer birden çok millî hukuk sözkonusu ise *devletler hususî hukuku kurallarına* göre hareket edilecektir. Bu husus, ikinci cümlenin kapsamına giren alanlarda, hukukî gelişmeyi engellememekte, tam tersine, millî hukuk yok ise uygulanacak hukuku tesbitte doktrin ve jurisprudansa geniş bir yer bırakmaktadır. Buna rağmen, kazaî yetkiyi de birlikte düzenleyen bu madde, zaten yabancılarla ilgili aile hukuku, şahsın hukuku ve menkul miras davalarında Türk mahkemelerini kural olarak yetkisiz kılmaktadır. Türk mahkemeleri ancak bir anlaşma bulunması, derdesti rüyet olma ve Türkle ilişkisi bulunma hallerinde istisnaî olarak sözkonusu davalara bakabilmektedir. Meselâ, EHVK'ya göre, aıalarında anlaşma yoksa, yabancı kişiler Türkiye'de ikamet etseler bile, bu kişilerin Türk mahkemelerinde açtıkları dava, karşı taraf itiraz ederse reddedilecektir.

İkinci cümle doktrin ve jurisprudansın katkıları ile sağlanabilecek bir hukukî gelişmeye açık bulunduğu halde, Türk mahkemelerinin yetkisi istisnaî olduğundan, anılan katkının uygulama ve etki alanı daralmakta ve beklenen gelişme gerçekleşmemektedir<sup>6a</sup>.

6) Bkz. Osman Fazıl BERKİ, Devletler Hususî Hukuku, C. II, 6. basısı, Ankara 1966, 298 vd.; Ergin NOMER, Milletlerarası Hakemlik Sözleşmelerinde Kanunlar İhtilâfı, Tahkim, IV. Banka ve Ticaret Hukuku Haftası, 29 Kasım - 4 Aralık 1965, Ankara 1965, 501 vd.; Gülören TEKİNALP, Acenta Sözleşmesine Uygulanan Kanunlar İhtilâfı Kuralı, İstanbul 1972, 113 vd.; Erdoğan GÖĞER, Devletler Hususî Hukuku (Kanunlar İhtilâfı), 4. basısı, Ankara 1977; Yargıtay HGK., 4.11.1964 (Ankara Baro Dergisi, Y. 12, S. 3, 1965, 355).

6a) Bkz. ve karşı. Ergin NOMER, Yabancıların "Ahkamı Şahsiyesi" (Statut Personel) ve Terekesi ile İlgili İhtilaflarda Türk Kanunlar İhtilâfı Sisteminin Gelişimi, 50. Yıl Armağanı, Cumhuriyet Döneminde Hukuk, İstanbul 1973, 506 vd.



5. Bütün milletlerarası özel hukuk sorunlarının, bütün medenî hukuk dallarından ticaret hukukuna (hattâ kamu hukuku dalı olarak ceza hukukuna) kadar, bir tek maddede çözümlenmesi zorunluğ u, bu tek maddeyi *zorakî olarak* adeta bir milletlerarası özel hukuk "code"u düzeyine çıkarmıştır. Bu durum hukukun çeşitli alanları ile ilgili olarak, doktrinde, uyumlaştırılması çok güç bulunan farklı görüşlerin ileri sürülmesine yol açarken, Yargıtayın da hemen daima *Lex fori*'yi uygulamasına sebep olmuştur. Bu fenomen'in tipik örneğini, hukukî gelişmelere daha açık olduğu kabul edilen aile hukuku problemlerinde *farklı vatandaşlık* halinde görüyoruz. Meselâ, *nişanlanmanın hükümlerine* uygulanacak hukuk ile ilgili olarak: "*lex fori*"<sup>7</sup>; "ortak ikametgâh" hukuku, yoksa "bulunma yeri hukuku"<sup>8</sup>; "davalının millî hukuku"<sup>9</sup> görüşleri ileri sürülmüştür. *Evelenmenin hükümlerinde*: "kocanın millî hukuku"<sup>10</sup>; "müşterek ikametgâh hukuku"<sup>11</sup> önerilmiştir. *Boşanmada ise*: Türk hukuku tavan olmak üzere "elverişli hukuk"<sup>12</sup>; "davacının hukuku"<sup>13</sup>; "millî hukuk ile mahkemenin hukuku birlikte"<sup>14</sup>; "müşterek ikametgâh hukuku"<sup>15</sup> çözümleri savunulmuştur. *Nesep bağının tesbitinde*: "babanın millî hukuku"<sup>16</sup>; "çocuğun millî hukuku"<sup>17</sup>; "müşterek

7) Osman Fazıl BERKİ, Türk Hukukunda Kanun İhtilâfları, 2. baskı, Ankara 1971, 145 vd.

8) GÖĞER (dn. 6), 172 vd.

9) Vedat Raşit SEVİĞ, Kanunlar İhtilâfı, Yasama ve Yargılama Çatışmaları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. bası, İstanbul 1974, 60. Yazar, taraflardan biri Türk ise Türk hukukunun uygulanmasını önermektedir.

10) SEVİĞ (dn. 9), 73 vd.

11) BERKİ (dn. 9), 85 vd.; GÖĞER (dn. 8), 199; Nihal ULUOCAK, Kanunlar İhtilâfı, Yasama ve Yetkisi Kuralları, İstanbul 1971, 55.

12) SEVİĞ (dn. 9), 75. Yazar, taraflardan biri Türk ise Türk hukukunun uygulanmasını saklı tutmaktadır.

13) Ergin NOMER, Mahkeme Kararlarına Göre Yabancıların Boşanma Davaları, İHFM. 1967, C. XXXIII, S. 5-6, 217.

14) BERKİ (dn. 7), 77.

15) ULUOCAK (dn. 11), 55 vd.; GÖĞER (dn. 6), 193 vd.; Atâ SAKMAR, Devletler Hususî Hukukunda Boşanma, İstanbul 1976, 169.

16) SEVİĞ (dn. 9), 80.

17) BERKİ (dn. 7), 94.



ikametgâh hukuku"<sup>18</sup>; "evlilik birliğinin tâbi olduğu hukuk"<sup>19</sup>; "ta-  
raflardan birinin muhafaza etmesi halinde son müşterek millî hu-  
kuk"<sup>20</sup> gibi hukukların uygulanması teklif edilmiştir.

Karı - koca arasında evlilik mallarına, nesebin düzeltilmesine, gayri sahih nesebe, evlât edinmenin hükümlerine, yardım nafaka-  
sına ve velâyete uygulanacak hukukların tesbitinde de bu örnekleri çoğaltmak mümkündür<sup>21</sup>. Aynı sonuçlara başka alanlarda da varı-  
labilir. Borçlar Hukuku da bu konuda zengin örneklerle doludur.

Milletlerarası özel hukuk ve milletlerarası usul hukukunun Türkiye'de kodifiye edilmesi arzularının en önemli sebeplerinden birisi işte bu tek maddelik "code"dan doğan görüş çokluğudur. Bu karışıklığın uygulamayı tereddüde düşürmemesi imkânsızdır. Fa-  
kat yukarıda da söylendiği gibi, Yargıtay lex fori ile çoğu kez çö-  
züme ulaşmıştır<sup>22</sup>. Bunun da milletlerarası özel hukuk bilimi açı-  
sından tasvibinin güç olduğu açıktır.

6. EHVK'nın 1915 yılında, Osmanlı İmparatorluğu zamanın-  
da kaleme alındığı; çeşitli hukukî delillerle yürürlüğü ispat edilse<sup>23</sup>  
bile "geçici" bir kanun - "Kanun-u Muvakkat" olduğu unutulmama-  
lıdır. Ayrıca "Osmanlı tab'ası", "gayrimüslim yabancı", gibi de-  
yimlerin Cumhuriyet Türkiyesinde, yerlerine yorumla bazı karşı-  
lıklar konulsa bile güçlükler yarattığı da inkâr edilmez bir ger-  
çektir.

18) GÖĞER (dn. 6), 215.

19) ULUOCAK (dn. 11), 52 vd.

20) Aysel ÇELİKEL, Devletler Hususî Hukukunda Neseb İlişkileri, İstanbul 1976, 42 vd. de sahih neseb bağının tesbiti için teklif etmektedir. Yazar aksi halde evlilik birliğinin şahsi sonuçlarını idare eden hukuku teklif etmektedir.

21) Gülören TEKİNALP, Kişisel Statü - Millî Hukuk - İkametgâh Hukuku - Düşünceler - Eğilimler, Timur Armağanı, İstanbul 1979, 904 vd.

22) Yargıtay 2. HD. 14.10.1943, Yargıtay 2. HD., 18.6.1946, Yargıtay 2. HD. 28.10.1950, Yargıtay 2. HD. 15.2.1952 (bkz. BERKİ/ER-GÜNEY, Yabancılar Hukuku, Kanun İhtilâfları ve İlgili Yargıtay Kararlarının Tahlil ve İzahları, Ankara 1963, 60 vd.

23) Muammer Raşit SEVİĞ, Türkiye Cumhuriyeti Kanunlar İhtilâfı Kaidelerinin Sentezi, İstanbul 1941, 18 vd.



7. Nihayet EHVK'nın "Türkiye'de bulunan ecnebler"e uygulanmasını öngören ibaresi de güçlükleri bir kat daha artırmaktadır<sup>24</sup>.

### III. ÖNTASARILARIN GEREKÇELERİ VE ÖZELLİKLERİ

1. İstanbul Hukuk Fakültesinin Öntasarısı hazırlanırken amaç, yukarıda açıklaması yapıldığı gibi Türk Hukukunda çok yetersiz düzenlenmiş bulunan, milletlerarası özel hukukun, bütün temel müesseselerine ilişkin kuralları getirmek olmuştur. Teferruattaki problemler, temel kuralların sağlayacağı hukukî güven altında, gelişmeye bırakılmıştır. Tek bir maddeden (EHVK m. 4) kurtulacak tatbikatın, bu defa da çok ayrıntılı kurallarla elini kolunu bağlamamak gerektiği düşünülmüştür. İstanbul Öntasarının gerekçesinde milletlerarası özel hukukun öğretim ve uygulamasında esas kaynak niteliğini korumakta olan EHVK'nın ve ilgili diğer mevzuatın artık ihtiyaca cevap vermediği gerçeği belirtilirken, anılan hukuk dalının "uygulamada ulaştığı gelişmeler gözönünde tutulursa, bu alanda *yeni ve geniş kapsamlı* bir kanunun hazırlanması gerektiği hususunda tereddüt edilemez" denilmiştir<sup>25</sup>. Gerekçede ifadesini bulan "geniş kapsamlı bir kanun" ile kastedilen ayrıntılı kurallara yer veren bir düzenleme değildir. Söz konusu edilen, milletlerarası özel hukukun bütün konularını kapsayan temel kuralların öngörülmesidir. Nitekim gerekçede Öntasarının bu amacına dolaylı olarak şu cümlelerle değinilmiştir: "Öntasarı kanunlar ihtilâfı ve milletlerarası yetki kurallarının *hemen hemen tümünü*<sup>26</sup> kapsamına almış, buna karşılık teorik meseleleri düzenlemekten genellikle kaçınmıştır<sup>27</sup>. Bu sebeple İstanbul Öntasarısının ilk metni 37 madde olarak hazırlanmıştır.

Kurallar objektif ve çok yanlı bir biçimde düzenlenmiş, imkân nisbetinde milletlerarası sözleşmeler hukuku gözönünde tutulmuştur<sup>28</sup>. Bağlama kurallarının tespitinde her hukukî ilişkinin niteliği

24) Yorumlarla ilgili olarak bkz. GÖĞER (dn. 6), 141-150.

25) Sempozyum (dn. 2), 7.

26) Sempozyum (dn. 2), 7.

27) Sempozyum (dn. 2), 8-28.

28) İstanbul Öntasarısının Gerekçesinde: "Hazırlık çalışmalarında milletlerarası özel hukukun verileri gözönünde tutularak millî



itibarı ile *en yakın ve gerçek irtibat* halinde olduğu ülke kanununun uygulanması ön plâna alınmıştır<sup>29</sup>.

Borç sözleşmeleri alanında irade muhtariyeti benimsenmiştir. Ancak taraflar seçim yapmamışlarsa hukukî güvenlik gerekçesi ile objektif kıstasın dışına çıkılmamıştır.

Kişinin hukuku ve aile hukukunda *millî hukuk* ilkesine bağlı kalınmıştır<sup>30</sup>. Uygulamanın ve doktrinin bu alandaki gelişmesinin hep millî hukuka bağlı olarak ortaya çıktığı ve Türk toplumunun belirli bir kesiminin işçi ihracı sebebi ile yabancı ülkelerde yaşadığı gözönünde tutulmuştur. Birden çok millî hukuk sözkonusu olunca bazı hallerde meselâ, nesebe ilişkin hükümlerde olduğu gibi (m. 13, 14) kişinin menfaati gözönünde tutularak taraflardan birinin millî hukuku, bazı hallerde ise meselâ, evlenmenin genel hükümlerindeki gibi (m. 10), ortak ve objektif bir bağlama noktası esas alınmıştır.

Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisine ve yabancı ilâmların tenfizine ait konularda mevcut düzenlemelere ve uygulamaya göre çok değişik ve ihtiyaca cevap veren kurallar getirilmiştir. Bunlar arasında Türk mahkemelerinin yabancıların kişisel statü davalarında da yetkili olması ve Türkler hakkında yabancı mahkemelerden verilen kişisel statü ilâmlarının Türkiye'de tenfiz edilebilmesi sayılabilir.

2. *Adalet Bakanlığı Öntasarısı'nın Gerekçesinde* —aynen İstanbul Öntasarısının Gerekçesinde belirtildiği gibi— Türk milletlerarası özel hukuk kurallarının dağınıklığına değinilerek 1915 Muvakkat Kanununun “çok aşırı olarak nitelendirilebilecek yorumlarla günümüze kadar varlığını sürdürdüğü”ne işaret edildikten sonra şöyle denilmiştir: “Ekonomik ve sosyal hayattaki değişiklikler, dış ilişkilerimizin gelişmesi ve özellikle 1950'lerden sonra yurt dışına olan göçler birçok sorunu birlikte getirmiş ve sadece yabancılar hukuku ile Türk mahkemelerinin kazaî yetkisini düzenleyen Ka-

---

menfaatlerle milletlerarası hayatın icapları bağdaştırılmaya çalışılmıştır” denilmektedir (Sempozyum (dn. 2), 7).

29) İstanbul Öntasarısı Gerekçesi, Sempozyum (dn. 2), 7.

30) Bu ilke Bakanlık Öntasarısı gibi Ankara Öntasarısınca da benimsenmiştir.



nunu Muvakkat, son gelişmeler karşısında iyice yetersiz kalmış ve taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerle çelişkili durumlar ortaya çıkmıştır”.

Adalet Bakanlığı Öntasarısı'nın Gerekçesinde, “Tasarının hazırlanmasında yabancı devlet mevzuatı kadar “La Haye DHH Konferansı”, “Uluslararası Kişi Hali Komisyonu”, “Avrupa Konseyi” ve “Birleşmiş Milletler” gibi kuruluşların hazırladığı ve uluslararası alanda yaygın uygulama alanı bulan sözleşmeler de gözönünde bulundurulmuş, böylece ülkemizin olduğu kadar uluslararası hayatın gereksinimleri de değerlendirilerek ılımlı ve sürtüşmesiz bir sistem kurulmasına çalışılmıştır. Bu arada yurt dışında bulunan vatandaşlarımızın durumlarının değerlendirilmesine de özel bir özen gösterilmiştir” denilmektedir.

İstanbul Öntasarısından ilham ve bu Öntasarı esas tutularak hazırlanan Adalet Bakanlığı Öntasarısının, yukarıya alınan Gerekçesinde anılan uluslararası kurum, organ ve komisyonlarca hazırlanan bazı dökümanlardaki kavramları tercih etmesi onu ilham aldığı Öntasarıdan ayıran en önemli özelliğidir. Farklılık kendisini özellikle aile hukuku ile ilgili konularda göstermektedir.

Adalet Bakanlığı Öntasarısı da ayrıntıya inmeyen, fakat taşıyıcı ilkeleri, geniş kapsamlı normları ve hukukî gelişmeye açık genel kuralları ihtiva eden bir Tasarı olup, 36 maddeden oluşmuştur.

3. Ankara Öntasarısı, geniş kapsamlı ilkeler ve geliştirilmeye açık genel kurallar yerine çok teferruata inilerek hazırlanmış olup 190 maddeden meydana gelmektedir. Bu Öntasarıda “genel esaslar” dan başlayarak medenî hukukun ve borçlar hukukunun bütün alt dallarına, deniz ticareti de dahil olmak üzere ticaret hukukuna, medenî usul ve icra - iflâs hukukuna ilişkin kurallar, bu hukuklara ait kanunların sistematiği —fasıl başlıkları halinde— izlenerek düzenlenmiştir. Teferruata inerek hüküm koyma, bazı durumlarda, kazüistik bir metodun sonuçlarını doğurmuş, bazan da her ihtimal ve sorun için kural koyma yoluna gidilirken maddî hukuk kurallarına yer verilmiştir. Bütün bu hallere örnek olarak şunları anabiliriz. Evlenmenin aslî şartları (m. 42), şekil şartları (m. 43) belirtildikten sonra, Türk kadınının yabancı ülkede dinî şekilde



evlenmesinin muteberiyeti (m. 44) düzenlenmektedir. Böylece, evlenmenin şekline ilişkin 43. maddenin varlığı yetmezmiş gibi bir izlenim uyandırmaktadır. Türk erkeğinin yabancı ülkede çok karılı bir evlilik sürdürmesinin bulunma yeri hukukuna göre yasal olsa bile Türk kamu düzenine aykırı olduğu hüküm altına alınarak (m. 45) genel hükümlerdeki kamu düzeni kuralının bu hali kapsamına alacağı gözden kaçırılmaktadır. Öntasarı m. 35/I, c. 2 ve II ile tüzel kişilere vasiyet yolu ile kullanmalar hakkında yabancılar hukuku hükmü getirilmekte, m. 55 ile evlenmenin son bulması halinde yabancı kadının vatandaşlıktan ayrılması halinin hükümleri düzenlenerek, vatandaşlık hukukuna ait bir hüküm konulmaktadır.

#### IV. ANA ÇİZGİLERLE TASARI

“Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun” Tasarısı (Tasarı) iki bölümden meydana gelmektedir. I. Bölüm “Milletlerarası Özel Hukuk’a”, II. Bölüm “Milletlerarası Usul Hukuku”na ilişkin kurallara tahsis edilmiştir. I. Bölüm kendi içinde “Genel Hükümler” ve “Kanunlar İhtilâfı Kuralları” başlıklarını taşıyan iki kısma ayrılmıştır. II. Bölüm de iki kısımdan meydana gelmektedir. 1. Kısım “Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi”, 2. Kısım “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizi ve Tanınması” başlıklarını taşımaktadır. 3. Kısım Son Hükümler başlığını taşımaktadır.

##### 1. Genel Hükümler

Tasarının I. Bölümünün 1. Kısımında öngörülen “Genel Hükümler”in 1. maddesi “Uygulama Alanı”nı düzenlemektedir. Buna göre: “yabancılık unsuru taşıyan, özel hukuka ilişkin, işlem ve ilişkilerde” uygulanacak hukuk ve yetkili mahkemeler ile yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi bu Kanunla belirlenir. Maddenin 2. fıkrasında “Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu Milletlerarası sözleşmeler hükümlerinin saklı olduğu” belirtilmiştir. Bakanlık Öntasarısında “Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu sözleşmeler” deyimine yer verilmişti. “Sözleşmeler” kelimesinin “milletlerarası sözleşmeler” kelimesi ile değiştirilmesi gerektiği yolundaki



haklı eleştiri, Tasarı'da nazara alınmış, "Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu" ibaresinin kaldırılması konusundaki tartışmalar hükme arzu edilmeyen ve sakıncalar doğurabilecek bir genişlik verebileceği için reddedilmiştir<sup>31</sup>.

Genel hükümlerin 2. maddesi "Yabancı Hukukun Uygulanması" başlığını taşımaktadır. Bu maddenin 1. fıkrası hâkime Türk kanunlar çatışması kurallarına göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygulama görevi vermiştir. Böyle bir maddenin Tasarı'da yer almasında görüş birliği vardır. Bugünkü yasal durumda, benzer bir kural, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu (HUMK)'nun 76. maddesinde bulunmaktadır. Ancak sözkonusu maddenin 2. cümlesindeki hüküm ile Tasarının 2/2. maddesi birbirinden ayrılmaktadır. Çünkü : Tasarı'da, hâkimin araştırmalara rağmen yabancı hukukun hükümlerini tesbit edememesi halinde Türk hukukunun uygulanması öngörülmüştür (m. 2/2). HUMK m. 76'nın 2. cümlesinde ise, taraflara yabancı hukuku "isbat etmek" mükellefiyeti yüklenmiştir. Taraflar, isteyerek yabancı hukuku "isbat" etmeyebilecekleri gibi, isbat etmek isteseler bile bu imkâna sahip olmayabilirler. Birinci halde, kötüye kullanma, ikincisinde ise âdil olmayan ve maddenin amacına uymayan sonuçlar ortaya çıkmaktadır.

Tasarının 2/3. maddesinde "*uygulanacak yabancı hukuk ilgili devletin iç maddî hukuk kurallarıdır*" hükmüne yer verilmiştir. Böylelikle —İstanbul Öntasarısından beri gelen ve genel kabul gören— bu kural ile milletlerarası özel hukuk kurallarına *atıf reddedilmiştir*. Bu Türk milletlerarası özel hukukuna Tasarının getirdiği önemli bir yeniliktir. Yenilik şu açıdan ilgi çekicidir : doktrinde hâkim görüş<sup>32</sup> atfın lehinde olduğu ve Yargıtay 1944 tarihli bir kararın-

31) İstanbul Komisyonunun bu sakıncayı belirten görüşleri ancak 1980 yılındaki son düzeltme ile mümkün olmuştur.

32) Abdülhak Kemal YÖRÜK, Nazarî ve Amelî Devletler Hususî Hukuku, İstanbul 1937, 123; Mustafa Reşit BELGESAY, Devletler Hususî Hukukunda Adliye, İstanbul 1938, 47; BERKİ (dn. 7), 68 vd.; GÖĞER (dn. 6), 75; ULUOCAK (dn. 11), 212 vd. Aksi görüş : Muammer Raşit SEVIĞ, Devletler Hususî Hukuku, C. 1, 2. bası, İstanbul 1947, 324; Ergin NOMER, Devletler Hususî Hukuku, İstanbul 1978, 93 vd., 157 vd., 163. İlk defa İstanbul Öntasarısında yer alan bu hüküm Komisyon üyelerinden NOMER'in açıklama bildirisinde şöyle izah edilmiştir : "Bunun aslında



da<sup>33</sup> *geriye atfı*: (tek dereceli atıf = Rückverweisung) kabul ettiği halde, Tasarının 2/3. maddesi herhangi bir itirazla —1976 ve 1978 çalışmalarında— karşılaşmamıştır. Fakat aradan geçen 2 yıllık süre içinde atfın tamamen reddinin aile hukuku ilişkilerinde önemli sakinler doğurabileceği görüşleri ağırlık kazanarak Yargıtayın da taraftar olduğu geriye atfın son Metne konulmasına karar verilmiştir. Fakat geriye atfı tek yanlı ve bütün konuları kapsar şekilde düzenlenmiştir.

“*Değişken Çatışmalar*” Tasarının 3. maddesini teşkil etmektedir. Hüküm uyarınca: yetkili hukukun vatandaşlık, ikametgâh veya mutad mesken kıstaslarına göre saptandığı hallerde bu kanunda aksine hüküm olmadıkça dava anındaki vatandaşlık, ikametgâh ve mutad mesken esas alınır. Böylece, çoğu kez tartışmaya yol açan, hangi andaki vatandaşlık, ikametgâh veya mutad meskenin arandığı açıklıkla ortaya konmuştur. İstanbul Gerekçesinde, bu hüküm ile “conflit mobile”in çözülmesinin amaçlandığı, mukayeseli hukuk verilerinden esinlenilerek varılan bu sonucun ilgililerin menfaatlerine ve gerçeğe en uygun hal tarzı olarak düşünüldüğü belirtilmektedir<sup>34</sup>.

Değişken çatışmayı düzenleyen 3. maddeyi milli hukukun uygulanması önerilen hallerde kişinin vatansız olmasının veya birden çok vatandaşlığı bulunmasının ortaya çıkaracağı problemlerin çözümlenmesine yönelik bir maddî hukuk kuralı öngören “Vatandaşlık Esasına Göre Yetkili Hukuk” başlığını taşıyan 4. madde takip etmektedir. İstanbul Öntasarısında bulunmayan bu madde Ankara ve Bakanlık Öntasarılarından intikal etmiştir. Hükümün Tasarıda öngörülmesinin sebebi uygulamadaki zorlukları önleme amacı ile izah edilebilir Çünkü: Türkiye 1951 tarihli Birleşmiş

---

ifade ettiği mânâ çok münakaşalı olan **atıf teorisinin** reddi anlamına gelmektedir. Yâni bir yabancı hukuk uygulanacak ise, bu yabancı hukuktan maksat o hukukun kanunlar ihtilâfı kuralları değil, fakat maddî hukuk kaideleridir (Sempozyum (dn. 2) 32 ve tartışmalar).

33) 2. HD. K. 460, 1.1.1944 (Metin için bkz. BERKİ/ERGÜNEY (dn. 22), 105 ve 106. Ayrıca yazarların “not”u bununla ilgilidir).

34) Sempozyum (dn. 2), 10.



Milletlerin "Vatansızların Hukukî Durumu Hakkındaki Sözleşme"-sine taraf olmadığından tartışmalar sırasında kuralın muhafazasında ısrar edilmiştir. Maddeye göre : vatansızlar hakkında ikametgah hukuku, bu da yok ise mutad mesken hukuku uygulanacaktır. Ayrıca kişi birden fazla vatandaşlığa sahip ise bunlardan birinin Türk vatandaşlığı olması halinde Türk hukuku, aksi halde sıkı ilişkisi olan devlet hukuku uygulanacaktır.

Tasarının 5. genel hükmü *kamu düzenine* ilişkindir. Bu hüküm uyarınca "yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanmasının Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde yabancı hukuk uygulanmaz, gerekli görüldüğü hallerde Türk hukuku uygulanır". İstanbul Öntasarısı Gerekçesinde de belirtildiği gibi<sup>35</sup>, Tasarının bu hükmü ile *kamu düzeninin yabancı hukukun uygulanmasını engellemesi* ilkesi Türk hukukunda bir taraftan teyid edilirken, diğer taraftan da kamu düzeni müdahalesinin istisnaî karakteri vurgulanmıştır. Herhangi bir kötüye kullanmaya engel olmak için de "açıkça aykırılık" ibaresine yer verilmiştir. Hükmün ikinci özelliği kamu düzeninin müdahalesi ile yetkili kanunun uygulanmaması halinde Türk hukukunun uygulanması zorunluğunun getirilmemiş olmasıdır. Türk hukuku sadece uygulanabilecek hukuklar arasında yer alır ve ancak "gerekli görüldüğü hallerde uygulanır". Kuralın bu düzenleniş biçimi hâkime geniş imkân tanımakta yetkili yabancı hukuk yerine sadece Türk hukukunu değil, başka bir hukuku da uygulayabilme olanağı vermektedir.

Tasarının 6. maddesinde "hukukî işlemlerde şekil" konusunda genel bir kural getirilmiştir. Hukukî işlem yapıldığı yer hukukuna uygun şekilde veya işlemin esasına uygulanan kanunun öngördüğü şekilde yapılabilir. Her iki şekilden birine uygunluk işlemin muteber olması için yeterlidir. Yani *lex causae* ile *locus regit actum* alternatif bir uygulamaya tâbidir.

7. maddede zamanaşımı konusunda *lex causae*'ya yetki tanınmıştır.

35) Sempozyum (dn. 2), 10 (2. madde ile ilgili gerekçe).



## 2. Kanunlar İhtilâfı Kuralları

### a) Şahsın Hukuku ve Aile Hukuku

#### a1) Genel Bilgiler ve Değerlendirme

Şahsın hukukunda genellikle *millî hukuk* esası kabul edilmiştir. Aile hukuku ilişkilerinde ise millî hukuk yanında başka bir bağlama sebebine, yani müşterek ikametgâh hukukuna yer verilmiş, böylelikle âdil sonuçlar sağlayan ve yeni eğilimlere uygun olan bir yol izlenmiştir. Müşterek millî hukuk yok ise taraflardan birinin millî hukukunun tercihi veya taraflardan biri Türk ise Türk hukukunun uygulanması, aile hukukunda bazı istisnalar dışında bağlama sebebi olarak kabul edilmemiştir. Tasarıda izlenen amaç, milletlerarası özel hukukta adaleti sağlayan ve millî hukuk üzerinde sonuna kadar ısrar etmenin doğurabileceği sakıncaları gideren bir çözümün bulunması olmuştur<sup>36</sup>.

Şahsın hukukunda ve aile hukukunun bazı konularında millî hukuk esasına bağlı kalınmasının çeşitli sebepleri vardır. Kegel'in de belirttiği gibi, millî hukuk şahıs açısından onun menfaatlerini en âdil biçimde koruyan hukuktur<sup>36a</sup>. Çünkü, kişiler kendi çevrelerindeki ve içinde yaşadıkları hukuku bilirler ve onun adaletine inanırlar; millî hukukun tesbiti kolaydır, kötüye kullanmaya imkân vermez. Tasarıda ikinci derecede *müşterek ikametgâh*'ın kabul edildiği görülmektedir. Müşterek ikametgâh bağlama sebebine yer verilmesi, tarafların vatandaşlıklarının aynı olmaması halinde menfaatler dengesini sağlamak özeninden doğmaktadır. Tasarının bu bağlama kuralları ile ilgili olarak bir diğer özelliği de, bazı konuların niteliği itibarı ile kamu düzenini yakından ilgilendirmesi, dolayısı ile Türk kanununun ikinci derecede zorunlu olarak uygulanmasıdır [Örnek: hacir ve vesayet altına alma (m. 9), gaiplik (m. 10)].

Görüldüğü gibi, Tasarıda Türkiye'nin son yıllarda katıldığı bazı milletlerarası anlaşmalardaki<sup>37</sup> mutad mesken kriterine bağlı

36) Millî hukuk ilkesinin çözüm vermediği haller için bkz. Gülören TEKİNALP (dn. 21), 889, 892.

36a) Gerhard KEGEL, Internationales Privatrecht, 4. neubearbeitete Auflage, München 1977, 198 vd.

37) 1956 tarihli "Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyetine Uygula-



kalınmamıştır, ona bazan 3. derecede bir bağlama sebebi niteliği vermekle yetinilmiştir. Fakat antlaşma tarafları arasında antlaşma hükümlerinin uygulanacağı muhakkaktır<sup>38</sup>.

### a2) Şahsın Hukuku ve Aile Hukukuna İlişkin Bağlama Kuralları

Bağlama kurallarının ilk hükmü *ehliyete* ayrılmıştır. Tasarının 8. maddesine göre, hak ve fiil ehliyeti ilgilinin *millî kanununa* tâbidir (f. 1). Ancak muamele güvenliği (Verkehrschutz) de korunarak kişinin Türkiye’de yaptığı işlemler konusunda Türk kanunlarına göre ehil olması, aile ve miras hukukuna ait işlemler dışında, yeterli sayılmıştır. Maddenin 3. fıkrasında “kişinin şahsî kanunu” ile kazandığı rüşt halinin şahsî kanunun değişmesi ile sona ermiyeceği kuralı öngörülerek rüşt statüsünde istikrar sağlanmıştır.

Tasarıda ehliyete ilişkin olarak yer alan kurallar bugün Türk doktrin ve uygulamasında genel kabul görmüştür. Bu sebeple Tasarı fiilî durumu hükme bağlamaktadır.

8. maddenin son fıkrasında tüzel kişilere ait kişisel statü tesbit edilmiştir. Kabul edilen bağlama sebebi tüzel kişinin “gerçek idare merkezi” olmuştur. Böylece, doktrinde Türk hukukunda uygulanacak hukuku tesbitte hâkim olması gerektiği iddia edilen<sup>39</sup> “gerçek idare merkezi bağlama sebebi Tasarı kabul edilirse kanunlaşmış olacaktır. Sadece tüzel kişiler değil, tüzel kişiliği olmadığı halde, varmış gibi faaliyet gösteren kişi ve malvarlığı toplulukları da maddenin kapsamına alınmıştır. Böylece milletlerarası ticaret

---

nacak Kanuna Dair Sözleşme” (RG. 17.9.1971 - 13959), 1958 tarihli “Çocuklara Karşı Nafaka Yükümlülüğü Hakkındaki Kararların Tanınması ve Tenfizine Dair Sözleşme” (RG. 27.9.1972 - 14319), 1961 tarihli ‘Küçüklerin Korunması Alanında Makamların Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk Hakkında Sözleşme” (RG. 12.1.1977), 1956 tarihli “Nafaka Alacaklarının Yabancı Memleketlerde Tahsili Hakkında Sözleşme” (RG. 5.2.1971 - 13732).

38) Aysel ÇELİKEL, Şahsın Hukuku ve Aile Hukukuna İlişkin Bağlama Kuralları konusunda İstanbul Öntasarısı'nı esas alan açıklama bildirisi (Sempozyum (dn. 2), 65, 66).

39) Bkz. Gülören TEKİNALP, Yabancı Tüzel Kişilerin Tanınması, Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, 204 vd.



hukuku alanında ekonomik gücün konsantrasyonuna ilişkin gelişmeler gözden uzak tutulmamıştır.

*Hacir* (m. 9), *vesayet veya ölüm kararları verilmesi* "hakkında karar alınan kişinin millî kanununa" tâbidir (m. 9, m. 10). Ancak, yabancı kişinin mutad meskeni Türkiye'de ise Türk kanunlarına göre de hacir veya vesayet altına alınabileceği kabul edilmiştir (m. 9/2). Gaiplik veya ölüm kararının da millî hukuk dışında istisnaen Türk hukukuna göre verilmesi mümkündür (m. 10). İstisnaî uygulama iki şekilde gerçekleşir. Gaibin eşi veya mirasçılarında biri Türk ise, veya malları Türkiye'de ise Türk hukuku uygulanabilmektedir.

Hacir bir statü persönel meselesi olduğu için millî kanuna tâbi tutulmuştur. Hacrin sona erdirilmesi de aynı nitelikte olduğundan aynı kanunun yönetimine verilmiştir. Hacre ilişkin hükmün özelliği yabancının millî kanununa göre hacir altına alınmasına imkân bulunmayan hallerde bu kişinin mutad meskeninin Türkiye'de bulunması şartı ile hem hacir kararının verilmesinde, hem de kaldırılmasında Türk kanununun doğrudan doğruya uygulanmasının kabul edilmesidir. Türk kanununa bu mecburî uygulanma imkânının tanınması hem kendisinin, hem de kendisi ile muamelede bulunacak kimselerin korunması düşüncesine dayanır. Tasarı hükmü bir noktada İstanbul Öntasarısından ayrılmaktadır. Şöyle ki, İstanbul Öntasarısının 7/2. maddesinde millî kanuna göre hacir altına alınamayan yabancının "mallarının" Türkiye'de bulunması halinde de Türk kanunu uygulanıyordu. Burada da, malların korunması amacından hareket edilmişti. Tartışmada bunun bazı sakıncaları olabileceği görüşü ağır basmıştır. Yukarıda da belirtildiği gibi gaiplik veya ölüm kararının verilmesinde "*malların*" Türkiye'de bulunması halinde, malların idaresiz kalmaması için, Türk kanununun uygulanması esası muhafaza edilmiştir.

*Evlenme ehliyeti* ve şartları her bir taraf için evlenme zamanındaki kendi millî kanunlarına tâbi tutulmuştur (m. 12/1). Evlenmenin *şekli* işlemin yapıldığı yer kanununa tâbidir. Konsolosluklarda da milletlerarası sözleşmeler hükümlerine göre evlenme merasiminin yapılması geçerlidir. Konsolosluklarda yapılan evlenmelerin milletlerarası sözleşmelere bağlanması anılan şeklin daha dar bir çerçevede geçerlilik kazanmasına sebep olacak niteliktedir. Mil-



letlerarası sözleşmeler dışında da konsolosluk evlenmeleri geçerli olabilir.

Evlenmenin *genel hükümleri* konusunda Türk hukukuna bir yenilik getirilmiştir. Farklı vatandaşlık halinde taraflardan birinin millî hukukunu, daha doğrusu kocanın millî hukukunu ve taraflardan biri Türk ise Türk hukukunu uygulamayı esas alan doktrindeki<sup>40</sup> bazı eğilimler terkedilmiştir. Tasarı kural olarak evlenmenin genel hükümlerini tarafların *müşterek millî hukukuna* tâbi tutmuştur (m. 12/3). Farklı vatandaşlık halinde “*müşterek ikametgâh hukuku*” yok ise “*müşterek mutad mesken hukuku*” uygulanır. Bunların dahi bulunmadığı hallerde *Türk kanunu* yetkilidir (m. 12/3). İstanbul Öntasarısından —esasa etkili olmayan bazı küçük değişikliklerle— gelen bu hüküm ile ilgili olarak Öntasarının gerekçesinde: müşterek ikametgâh’ın tercihinde “ikametgâh kıstasının” vatandaşlık esasını tamamlayan bir esas olması ve eşler arasındaki hukukî ilişkinin ağırlık merkezini objektif olarak tesbite imkân vermesinin rol oynadığı; diğer taraftan ikametgâh kavramının kişiler açısından mutad mesken kavramına nazaran daha kuvvetli ve istikrarlı bir bağlama noktası teşkil ettiğinin düşünüldüğü; Türkiye’nin yabancı ülkelerde çok sayıda vatandaşının bulunduğu ve bunların genellikle yabancı ülkede yerleşme niyetlerinin olmayıp Türkiye ile olan irtibatlarının devamını arzuladıkları gibi hususların gözönünde tutulduğu, bu sebeple ikametgâh esasının mutad mesken kavramından daha isabetli olacağı sonucuna varıldığı belirtilmektedir<sup>41</sup>. Evlilik birliğinde ilişkileri düzenleme konusunda, müşterek ve devam eden bir bağlama noktası bulunamazsa, evlilik gibi bir müesseseyi tesadüfî ve geçici kanunlara tâbi tutmaktansa Türk kanunlarının uygulanacağı kuralı konularak üçüncü bir çözüme gidilmiştir. İstanbul Öntasarısının Gerekçesinde bu çözümle ilgili olarak şöyle denilmiştir: “Dava anında eşlerin müşterek bir ikametgâhları olmaması veya tesbit edilememesi hallerinde davanın Türkiye’de görülmesini sağlayan yer itibariyle yetki kurallarındaki esaslar Türk kanununun olayla ilgisini sağlayan nitelikte mütalâa edilerek en son safhada bu kanunun uygulanması yoluna gidilmiştir<sup>42</sup>.”

40) Vedat R. SEVİĞ (dn. 9), 73; Erdoğan GÖĞER (dn. 6), 200.

41) Sempozyum (dn. 2), 13.

42) Sempozyum (dn. 2), 13.



Tasarının 13. maddesi boşanma ve ayrılık konusunu evlenmenin genel hükümleri gibi<sup>43</sup> sırasile müşterek millî hukuk, müşterek ikametgâh hukuku ve Türk hukukuna tâbi tutmaktadır. Tasarının son hazırlık çalışmaları sırasında “müşterek mutad mesken” kanununun hükme konulması fikri ileri sürülmüştür. 1978 metninde bulunan bu hüküm 1980 metninden çıkarılmıştır. Bu fikrin gerekçesi, Türkiye'nin işçi ihraç etmesi nedeni ile yabancı ülkede oturan ve yabancı ile evli bütün işçilerinin Türk hukukunun uygulanması dışında kalacağı endişesidir. Yabancılarla evli Türk işçileri açısından durumun böyle tezahür edeceği belli olmakla beraber muhtemelen mutad mesken hukukunun elverişli hükümlerinden yabancı eşin istifade edememesi, hatta millî hukuku da mutad meskenle aynı olsa bile bu sonucun doğması milletlerarası özel hukuk adaleti<sup>44</sup> ile bağdaşmayacaktır. Diğer yandan, karının ikametgâhını kocanın ikametgâhına bağlayan hukuklarda mutad meskenin sağlayacağı fayda da ortaya çıkamıyacaktır. Bu gerekçelerle müşterek mutad mesken bağlama sebebinin maddeden çıkarılmaması yerinde olurdu<sup>44a</sup>.

Boşanma, evlenmenin hükümlerinden olmadığına göre, evlenmenin genel hükümleri ile uyumlu bir hukuka tâbi tutulması şart değildir. Fakat, evlilik birliğine son verilirken de “müşterek millî hukuk” mevcut değilse ve “müşterek ikametgâh” tesis edilememişse “müşterek mutad mesken” gibi tesbiti fillî duruma dayanan ve kolay olan bir bağlama sebebinden vazgeçilmemelidir. Zaten diğer birçok hukuk gibi Türk hukukunda da bulunan bir maddî hukuk kuralı nedeni ile müşterek ikametgâh büyük olasılıkla Türkiye'dedir. Çünkü, MK m. 21/1'e göre, kadının ikametgâhı koca-

43) Böylece Yargıtayın, taraflardan birinin Türk olması halinde Türk hukukunu uygulama eğilimi de terk edilmiştir. Yargıtay 2. HD. 14.10.1943, Yargıtay 2. HD. 18.6.1946, Yargıtay 2. HD. 28.10.1950, Yargıtay 2. HD. 15.2.1951 (BERKİ/ERGÜNEY (dn. 23, 60 vd.)). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (YHGK.) 15.1.1959 (Resmî Kararlar Dergisi, 1969, Sayı 7, 198), YHGK. 11.10.1972 (İstanbul Baro Dergisi, 1973, Sayı 1-2, 46-48) tarihli kararları da aynı istikamettedir.

44) Gerhard KEGEL, Begriffs und Interessenjurisprudenz im Internationalen Privatrecht, Festschrift Hand Lewald, Basel 1953, 270 vd.

44a) Mutad meskenin müşterek milli hukuktan sonra tercihine ilişkin olarak Bkz. Gülören TEKİNALP, (dn. 21), 912.



nın ikametgâhıdır. Kocanın yabancı, kadının Türk olması halinde her zaman aynı durum ortaya çıkmayabilir. Bu sebeble, boşanmaya uygulanacak hukuku tesbitte mutad mesken kavramına yer verilmesi görüşü benimsenmek gerekirken, tersine bir sonuç elde edilmiştir. Hele müşterek millî hukuk mevcut değilse doğrudan doğruya mutad meskene gidilmesi daha yerinde olurdu şeklindeki öneri ise tartışmasız reddedilmiştir.

Tasarının 14. maddesi “*evlilik malları*” ile ilgilidir. Bu alanda milletlerarası özel hukuktaki gelişmeler<sup>45</sup> gözönünde bulundurularak taraflara kısıtlı da olsa bir seçim imkânı verilmiştir. Taraflar maddeye göre *müşterek millî veya mürterek ikametgâh* kanunlarından birini seçebilmektedirler. Böyle bir seçimin yapılmaması halinde evlenme anındaki “müşterek millî hukuk”, müşterek millî hukukun bulunmadığı hallerde evlenme anındaki “müşterek ikametgâh hukuku”, bulunmadığı takdirde “malların bulunduğu yer hukuku” uygulanır (m. 14/1). Evlenmeden sonra, yeni müşterek bir millî hukuka sahip olan eşler, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak üzere, bu yeni hukukun kendilerine uygulanmasını isteyebilirler (m. 14/2). Hüküm esneklik sağlamak ve eşlerin mal rejimlerini yeni millî kanunlarına göre düzenleyebilmek imkânını onlara verebilmek amacı ile öngörülmüştür.

Çocukların nesebi konusunda evlilik içi ve evlilik dışı nesep ayırımı yapılmıştır. *Evlilik içi nesepte* bir yandan *müşterek millî hukuk* yok ise, *babanın*, çocuğun doğumu anındaki *millî hukuku* önerilirken diğer fikir olarak evlenmenin genel hükümlerine ilişkin sıralamanın yerinde olduğu son İstanbul toplantısında ağırlık kazanmıştır. Bu nedenle “evlilik içi nesep ilişkileri, *evlenmenin genel hükümlerini düzenleyen* hukuka tâbidir.” hükmü Tasarıda yer almıştır (m. 15). *Evlilik dışı nesepte* tanıma, *tanıyanın tanıma anındaki millî hukukuna* bırakılmıştır. Nesebi sahîh olmayan çocuk bakımından anası ile kişisel ve malî ilişkilere ananın, babası ile ilişkilerine de *babanın millî hukuku* uygulanacaktır (m. 17). Nesebin düzeltilmesinde ise ortak millî hukukun bulunmaması halinde mües-

45) 1978 tarihli Avusturya Kanunu m. 19 (bkz. RabelsZ (43) 1979, 378) ve 1978 İsviçre Tasarısı m. 50. Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR Gesetz) Gesetzesentwürfe der Expertenkommission und Begleitbericht, Zürich 1978, 13.



sesenin niteliği gözönünde bulundurularak, çocuğun nesebini düzeltmeye yönelik birkaç bağlama sebebi sıralanmıştır. Bunlar babanın, ananın ve çocuğun millî kanunlarıdır. Sıralamada ilk bağlama sebebine göre uygulanacak hukuk amacı sağlarsa diğerlerine başvurulmayacaktır (m. 16).

*Evlât edinme* konusunda, ehliyet ve şartlar evlâtlık ile evlât edinenden herbiri için kendi millî hukukuna tâbi tutulmuştur (m. 18). Evlât edinmenin hükümleri ise evlât edinenin millî hukukuna göre tesbit edilecektir.

*Velâyet* evlilik birliği içinde nesebi idare eden, boşanma halinde boşanmanın hükümlerine uygulanan hukuka tâbi tutulmuştur (m. 19).

*Vesayet* ve *kayımlık* bu konuda karar verilmesi ve kaldırılması sebepleri dışında, hukukî muamelenin niteliği gereği Türk hukukunun hükümlerine tâbidir (m. 20).

*Yardımlaşma nafakası* borçlunun millî hukukuna bırakılmıştır (m. 21). Diğer nafaka çeşitleri, herbiri için hukukî ilişkinin hükümlerini idare eden kanuna tâbi tutulmakta olduğundan ayrıca ele alınmamıştır.

## b) Miras Hukuku

### b1) Genel Bilgiler ve Değerlendirme

Miras hukukuna ilişkin genel bir bağlama kuralı öngörülmesi ve özellikleri nedeni ile miras hukukuna ilişkin bazı konularda bu genel kurala istisnalar getirilmesi Tasarının 22. maddesinin özelliğidir.

Tasarıda miras bir bütün halinde tek bir kanuna tâbi tutulmakta ve bunun da *ölenin millî kanunu* olduğunu belirtmektedir (m. 22/1). Böylelikle Türk hukuku açısından çok önemli bir değişikliğe yer verilmektedir. Çünkü yürürlükteki sisteme göre bağlama kuralı, menkul ve gayrimenkul tereke için ayrı esaslara dayanmaktadır. Şöyle ki gayrimenkuller buldukları yer hukukuna menkuller ise ölenin millî hukukuna tâbidir (EHVK m. 4).

Fakat Tasarının 22. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesinde yer alan "Şu kadar ki, Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar hakkında Türk kanunları uygulanır hükmü, genel bağlama kuralının bütünlüğünü bozmaktadır. Sadece Türkiye'deki gayrimenkul tereke hakkın-



da olsa bile, maddenin 2. fıkrasındaki mirasın açılması, iktisabı ve taksimi, terekenin bulunduğu yer hukukuna tâbi tutulduktan sonra ayrıca böyle bir istisnaya yer verilmesi kuraldan beklenenin elde edilememesine sebep olabilecektir.

Mamafih, İstanbul Sempozyumunda mirasın tek bir kanuna tâbi olması kuralının bu istisna ile zedelendiği ve ilk cümledeki kesinliğe rağmen, halen yürürlükte olan sistemin aynen muhafaza edildiği eleştirisi yapılmıştır<sup>46</sup>. Gayrimenkullerin Türkiye'de bulunması halinde yürürlükteki sistemin muhafaza edildiğini ilk bakışta haklı gösterebilecek bir durum ortaya çıkmaktadır ama, Türkiye'de gayrimenkul bulunmaması halinde menkul tereke/gayrimenkul tereke ayırımından söz etmeye imkân kalmamaktadır. Böyle olunca bir istisnadan hareketle genel kuralı bertaraf edilmiş görmeye de imkân yoktur. Ayrıca miras bırakanın hem Türkiye'de hem de Türkiye dışında gayrimenkullerinin bulunması halinde istisnaya ilişkin kural sadece Türkiye'deki gayrimenkullere uygulanacağı için, istisnanın kapsamı daha da daralmış olacaktır. Onun için *bölünme* teorisinin bu Tasarıda da varlığını sürdürdüğü görüşüne katılma olanağı yoktur.

#### b2) *Miras Hukukuna İlişkin Bağlama Kuralları*

Tasarı'nın 22. maddesi genel bağlama kuralını tespit ederek "Miras ölenin millî kanununa tâbidir" dedikten sonra Türkiye'de bulunan gayrimenkullere Türk kanunlarının uygulanacağını belirtmiş, izleyen fıkralarda özel bazı bağlama kurallarına yer vermiştir.

*Mirasın açılması, iktisabı ve taksimine* ait kurallar terekenin bulunduğu yer hukukuna tâbidir (f. 2). Kuralın pratik zaruretler sebebi ile öngörüldüğü tartışmasızdır<sup>46a</sup>. Kanunî mirasçılarının arasında gerçek kişi bulunmayan Türkiye'deki *mirasçısız terekenin* devlete kalacağı da 3. fıkra olarak maddeye konulmuştur. Böylece devletin mirasçılığı veya devletin sahipsiz mala el koyması şeklinde çıkabilecek ihtilâflar, Türkiye'de bulunan terekenin devlete kalacağı belirlenerek, önlenmiştir.

46) Sempozyum (dn. 2), 141 (Eleştiri, Necip KOCAYUSUFPAŞA-OĞLU tarafından yapılmıştır).

46a) Pratik zaruretler konusunda bkz. Murad FERİD, Der Erbgang als autonome Grösse im Kollisionsrecht, Sonderausdruck aus Festschrift für Ernst J. COHN, Heidelberg 1975, 36 vd.



Ölüme bağlı tasarruflara gelince, şekil konusunda genel şekil kuralının tanıdığı, *tasarrufun yapıldığı yer* ve *lex causae* imkânları yanında üçüncü bir imkân daha tanınarak *ölenin millî kanunundaki şekle* uygun bulunma halinin de yeteceği kabul edilmiştir.

Ölüme bağlı tasarruflarda *ehliyet* konusunda tasarrufun yapıldığı andaki millî hukukun esas olduğu da hüküm altına alınmıştır (m. 22/5). Bu şekilde, yapıldığı anda muteber olan bir tasarrufun, sonradan millî kanunun değişmesi ile geçerliliğinin tartışma konusu yapılması önlenmiştir.

### c) *Aynî Haklar*

#### c1) *Genel Değerlendirme*

Aynî Haklara ilişkin bağlama kuralları ile ilgili 23. madde gerek milletlerarası doktrin ve uygulamada, gerek Türk hukukunda yer etmiş kuralları içermektedir. Bu konuda, Türk hukukunda yenilik diyebileceğimiz gelişme aynî haklara ilişkin bazı konularda genellikle kabul gören kuralları yasal düzenlemeye bağlamak noktasında görülür. Şöyle ki, Tasarı menkul ve gayrimenkul mallar üzerindeki mülkiyet ve diğer aynî hakların tâbi olacağı hukuku *Lex rei sitae* olarak belirlemek yanında, “*res in transitu*”, “statü değişikliği” ve “taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklara ilişkin hukukî işlemlerin şekli” konularında da bağlama kuralları öngörmüştür. Yukarıda da belirtildiği gibi Tasarı'nın bu konudaki tercihleri, hemen daima, genellikle benimsenen çözümler yönündedir.

#### c2) *Aynî Haklara İlişkin Bağlama Kuralları*

Tasarı'nın 23/1. maddesi, menkul ve gayrimenkul mallar üzerindeki mülkiyet ve diğer aynî hakları bulunduğu yer kanununa (LRS), tâbi tutarken, bir taraftan 1330 (1915) tarihli Geçici Kanun'da bulunan, diğer taraftan milletlerarası uygulamada yer alan bir genel kuralı tekrarlamıştır.

Taşınmakta olan mallar (*res in transitu*) üzerindeki aynî haklara *varma yeri* kanunu uygulanır. Yer değişikliği halinde kazanılmamış aynî haklar şey'in son bulunduğu yer kanununa tâbidir (m. 23/3). Bu düzenleme kazanılmış aynî haklarda yer değiştirmenin bir etki doğurmayacağı sonucunu da birlikte getirmektedir.



Gayrimenkul mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin hukukî işlemler *şekil* yönünden buldukları yer kanununa tâbidir denilerek iç hukukun emredici sistemi bağlama kuralını da etkisi altına almıştır.

#### d) Borçlar Hukuku

##### d1) Genel Değerlendirme

“Akit” ler, “haksız fiil” ler ve “sebepsiz zenginleşme” ler borçlar hukuku alanında Tasarının düzenleme getirdiği konuları teşkil etmektedir. Önce akitler kısmını ele alarak belirtmek istiyorum ki Tasarı sadece genel kurallar getirmiştir. Her sözleşme tipi için tek tek kural düzenlenmemiştir. Böyle bir metodun seçilmesi Türk milletlerarası özel hukukunda beklenen gelişmenin katı kurallarla kısıtlanmasının önlenmesi amacı ile olmuştur.

Akdi borç ilişkilerinde Tasarı’da liberal bir eğilim hâkim olmuştur. Bu alanda “irade muhtariyeti” açık bir şekilde kabul edilmiştir (m. 24). Halen yürürlükte olan sistemde bu konuda açıklık yoktur. Türk doktrinde ise tarafların seçtikleri hukuku bir bağlama kuralı seviyesinde gören yazarlar<sup>47</sup> olduğu gibi, bu seçimi iç hukuktaki irade serbestisi seviyesinde görenler<sup>48</sup> de vardır. Tasarı’da ilk olarak İstanbul Öntasarısında ve diğer Tasarılarda da yer alan seçilen hukukun *bağlama kuralı*, taraf iradelerinin ise *bağlama sebebi* niteliğinin<sup>49</sup> kabulü ile kurulan sistem bu konudaki tartışmalara son vermektedir.

*Haksız fiillere* uygulanacak hukukun tesbitinde Tasarı, Türk hukukunda bugün uygulanan “lex loci delicti” ye katı bağlılıktan kurtulmuştur (m. 25). Haksız fiilin ika edildiği yerden başka bir

47) Gülören TEKİNALP (dn. 6), 113 vd.; Ergin NOMER (dn. 6), 522 vd.; Turan ESENER, Türk Devletler Hususî Hukukunda İradenin Muhtariyeti Prensibi, AHFD., XI, 1954, Sayı 1-2, 512; Osman F. BERKİ (dn. 6), 303.

48) Vedat R. SEVİĞ (dn. 9), 108 vd.; Nihal ULUOCAK (dn. 11), 154 vd.

49) Gülören TEKİNALP, Borçlar Hukukuna İlişkin Bağlama Kuralları konusunda İstanbul Öntasarısını esas alan açıklama bildirisi (Sempozyum (dn. 2), 165 vd.).



yer ile daha sıkı irtibatı olması halinde bağlama sebebinin değişebileceği hüküm altına alınmıştır. Fakat bu alanda irade muhtariyetine yani tarafların seçtikleri hukuka yer veren son milletlerarası özel hukuk Tasarılarındaki<sup>50</sup> eğilimler kabul görmemiştir.

*Sebepsiz zenginleşme* konusunda Türk milletlerarası özel hukukunda halen bir bağlama kuralı bulunmamaktadır. Boşluk doktrininin çabaları ile kapatılmaya çalışılan şekilde doldurulmuştur. Tasarıya göre sebepsiz zenginleşmenin kaynağı, uygulanacak hukuk konusundaki kıstası vermektedir. Sebepsiz zenginleşme, hukukî ilişkiye dayanıyorsa, bu ilişkinin tâbi olduğu hukuk, eğer arada bir hukukî ilişki yok ise zenginleşmenin vuku bulduğu yer hukukunun uygulanması öngörülmektedir (m. 26).

#### d2) *Borçlar Hukukuna İlişkin Bağlama Kuralları*

Tasarının 24. maddesinde *borç sözleşmelerine* uygulanacak hukukun tesbitinde öncelik taraf iradelerine verilerek tarafların *açık iradeleri ile seçtikleri hukuk* bağlama kuralı olarak kabul edilmiştir. Madde aynen şöyledir: “Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri kanuna tâbidir”. Tasarıda “zımnî seçim”, yani “zımnî irade ile seçilen hukuk” tesbitindeki zorluklar ve tereddütler sebebi ile reddedilmiştir. “*Farazî seçim*”, yani “farazî irade ile seçildiği kabul edilen hukuk” ise bu konuda getirilen kriterlerin bir bakıma hâkimin iradesini sanki tarafların iradesi imiş gibi ortaya koyması sebebi ile reddedilmiştir<sup>51</sup>. Bunun sonucu olarak seçilen kanunun açıkça gösterilmemesi halinde uygulanacak hukuk objektif olarak tesbit edilmiştir. Önceden bilinen, objektif esaslara göre tesbit edilmiş bir bağlama kuralının hem işlem güvenliğini (Verkehrschutz), hem taraf menfaatlerini en iyi şekilde dengelendireceği gerekçesi ile “*akdin ifa yeri*” kanunu benimsenmiştir. Akdin ifa yeri kriteri İstanbul Öntasarısından beri savunul-

50) Anton HEINI, Der Entwurf eines Bundesgesetzes über das internationale Privat und Zivilprozessrecht, SJZ 1978, 256'da İsviçre Tasarısı ve Avusturya Kanunundaki irade muhtariyeti esaslarından bahsetmektedir. Ayrıca bkz. (dn. 45) Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR - Gesetz). Art. 130.

51) Gülören TEKİNALP (dn. 49), Sempozyum (dn. 2), 165.



maktadır. Fakat kriter konusunda İstanbul Öntasarısı hazırlanırken de oybirliği hâsıl olmamıştır<sup>52</sup>. Hükümde kabul edilen kriter ekseriyetin görüşünü aksettirmektedir. Tasarının 24. maddesine göre : ifa yeri birden fazla ise “*borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin*” ifa yeri “bu yerin saptanamadığı hallerde ise, *sözleşmenin en yakın irtibat halinde bulunduğu yer* hukuku uygulanır”.

“Sözleşmenin en yakın irtibat halinde bulunduğu yer”den ne anlaşılacağı doktrin ve mahkemelerin tatbikatı ile içerik (muhteva) kazınacak bir kavramdır. Kavramın İsviçre mahkemeleri tarafından uygulandığı ve önemli ve olumlu tecrübelerle kaynak olduğu bilinmektedir<sup>53</sup>. Ancak böyle istisnaları kapsayacak bir bağlama sebebi, ifa yerinin saptanamadığı akit tiplerinde veya hallerde “*en uygun*” olan ve “*özel durum*” için de haklı olabilecek bağlama sebebinin mahkemelerce tesbit edilebilmesine olanak verir. Fakat dikkat edilirse Tasarı m. 24 ile hâkime verilen “en sıkı irtibatlı” hukuku arama yetkisi ifa yerinin belirlenememesi haline münhasırdır. Yoksa, hâkime ifa yeri saptandığı halde “özel durum” sebebi ile uygulanmasının âdil olmaması sebebi ile en sıkı irtibatlı hukuku uygulama imkânı verilmemektedir.

Tasarının 25. maddesi “*haksız fiiller*”e ayrılmıştır. Genel kural haksız fiilleri, fiilin işlendiği yer hukukunun (lex loci delicti) idare edeceğiştir. Maddenin 2. fıkrasında fiilin işlendiği yer ile zarar yeri farklı ülkelerde ise zararın meydana geldiği yer kanunu tercih edilmiştir. Bu halde fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yer hukuklarından birinin seçiminin fiile muhatap olana bırakılması teklifleri, karşılıklı (müterafik) kusur hallerinde karışıklığa sebep olur gerekçesi ile reddedilmiştir. Maddenin 3. fıkrasında haksız fiilden doğan borç ilişkisinin başka bir ülke ile daha yakın bağlantısı olması halinde bu ülke kanununun uygulanabilmesi hüküm altına alınmıştır.

25. maddenin 3. fıkrasını teşkil eden ve İstanbul Öntasarısında bulunan son cümlenin Tasarıya konulup konulmayacağı 1978

52) Gülören TEKİNALP (dn. 49), (dn. 2), 166.

53) SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht V, 1a, Zürich 1973, Allgemeine Einleitung, N. 240 da Ausweichclausel (Ausnahmevorbehalt) deyimleri ile anılmaktadır.



tartışmaları sırasında belli değildi. Çünkü İstanbul'a getirilen metinde 3. fıkra bulunmamaktaydı. Fakat Bakanlık temsilcileri 3. fıkranın ilâvesini olumlu karşılamışlardır. İstanbul metninde bu fıkranın yer almasının sebebi ile Türk arasında yabancı ülkedeki haksız fiillerde, hatta açık denizlerdeki çatmalarda ve düşünülebilecek başka ihtimallerdeki haksız fiillerde tatbikatta yararlanılacak, doktrinde geliştirilebilecek bir dayanağa ihtiyaç olmasındandı. 1980 metni ise baştan itibaren 3. fıkrayı ihtiva etmektedir.

Tasarıda "Sebepsiz zenginleşme bir hukukî ilişkiye dayanıyorsa bu ilişkinin tâbi olduğu hukuk, diğer hallerde sebepsiz zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukuku uygulanır" şeklinde bir kural öngörülmüştür (m. 26).

"Zenginleşmenin gerçekleştiği yer" kanunu malın bulunduğu yer olması sebebi ile müdafaa edilebilir. Fakat zenginleşme mala ait değil ise daha başka bir bağlama sebebinin öngörülmesinin gerektiği konusundaki öneri kabul edilmemiştir. Anılan öneri<sup>54</sup> "zenginleşme yeri ile hukukî olay arasında irtibatın zayıf olduğu hallerde olayın ağırlık merkezinin bulunduğu yer hukukunun uygulanması şeklinde olmuştur. Böylelikle hukukî ilişki yok ise, zenginleşme yeri ile irtibat da az ve âdil değil ise, ek önerinin getirebileceği çözüm imkânları ortadan kalkmıştır.

### 3. Milletlerarası Usul Hukuku<sup>55</sup>

#### a) Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi

Tasarının II. Bölümünün 1. Kısımında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi düzenlenmiştir. Türk mahkemelerinin yetkisi

54) Gülören TEKİNALP (dn. 49), Sempozyum (dn. 2), 190.

55) "Milletlerarası Usul Hukuku" teriminin usul hukukuna ilişkin bütün konuları ihtiva etmeyen bir bölümün başında yer alışı yadırganabilir (Atâ SAKMAR, Milletlerarası Usul Hukuku konusunda İstanbul Öntasarısını esas alan açıklama bildirisini, Sempozyum (dn. 2), 193). Bu eleştiriye karşı, I. Bölümde "Milletlerarası Özel Hukuk" başlığı kullanıldığı halde, bu başlık altında milletlerarası özel hukukun bütün konularının düzenlenmediği söylenebilir. Tasarı'da bu başlıklar kullanılırken bir hukuk dalına ilişkin kuralların aynı başlık altında toplanması yolu benimsenmiştir.



iç hukukun yetki kurallarına bağlanmıştır. Tasarının ilgili maddesi aynen şöyledir: “İç hukukun yetki kuralları, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tayin eder” (m. 27).

Böylece Türk mahkemelerini bütün hukuk, ticaret ve ceza davalarında yetkili, fakat yabancılara ait bütün kişisel statü davalarında kural olarak yetkisiz gören EHVK m. 4'deki sistem tamamen terk edilmiştir.

Kişi hallerine ilişkin davalarda Türkler ve yabancılar hakkında yetkili mahkemenin tayininde “ikametgâh” esas alınmıştır. Hemen belirtelim ki, yabancıların kişi haline ilişkin (statut personel) davalarında Türk mahkemelerinin yetki esasları değişik bir düzene tâbi olduğu gibi Türklerin kişi hallerine ilişkin yetki de, değişik bir düzene tâbi tutulmuştur. Bugünkü sistemde, Türkler hakkında kişisel statü davalarında yabancı mahkemelere hiç yetki tanınmazken, Tasarıda Türklerin bu çeşit davalarının “ikametgâhları” veya “sakin oldukları” yer mahkemelerinde görülebileceği hüküm altına alınmıştır (m. 28). Denilebilir ki, Tasarının yürürlükteki hukuk karşısında getirdiği en önemli yenilik kendisini burada göstermektedir. Milletlerarası gelişmeler ile yabancı ülkelerdeki Türk vatandaşlarının durumları maddenin düzenleniş sebebidir. Böylece bir taraftan Muvakkat Kanununun gününün ihtiyaçlarına göre düzenlenmiş fazla katı sistemi, ve bunun HUMK'na yansımalarının sakıncaları bertaraf edilmiş, diğer taraftan Türk mahkemelerinin yetkilerini tamamlayan bir kural ile sisteme esneklik getirilmiştir.

Dikat edilecek olursa, “mutad mesken” değil “sakin olma yeri” de yetkili kılınarak mahkemenin yetkisinin saptanması çok kolaylaştırılmıştır.

Yabancılara ilişkin hacir, gaiplik, ölüm, vesayet ve kayyım-lık gibi kişi hallerine ilişkin kararların verilmesinde o kişilerin Türkiye'deki “ikametgâhları” mahkemesi, ikametgâhları yok ise “sakin oldukları yer” mahkemesi yetkili kılınmıştır (m. 29). Hakkında gaiplik, hacir vs. kararı verilen yabancı kişinin Türkiye'de malları var ise, malların bulunduğu yer mahkemesi de yetkilidir (m. 29).

Miras davalarında ölen kişinin son ikametgâhı mahkemesinin yetkili olduğu kabul edilmiştir (m. 30). Fakat murisin son ikamet-



gâhı Türkiye'de değilse terekeye ait malların bulunduğu yer mahkemesinde de dava görülebilmektedir (m. 30).

Yer itibariyle yetkinin kamu düzeni veya münhasır yetki esasına göre düzenlenmediği hallerde borç ilişkileri alanında taraflara yabancı bir devlet mahkemesini yetkili kılabilme imkânı tanınmıştır (m. 31).

Tasarıya göre Türk mahkemelerinde dava açan yabancı gerçek ve tüzel kişiler, mahkemenin belirleyeceği teminatı yatırmak zorundadır (m. 32). İki devlet arasında karşılıklılık bulunursa teminat yatırma zorunluğu kalkar. Mevcut düzenlemede sadece Türkler aleyhine dava açan yabancı kişilerin esas alan EHVK m. 3'ün sistemi böylece değiştirilmiştir.

Yabancı devletin, özel hukuk ilişkileri sebebi ile başka bir devletin ülkesinde doğan ihtilâflarda kazaî muafiyeti bulunmadığı hüküm altına alınmıştır (m. 33). Bu düzenleme milletlerarası eğilimlere de uygundur<sup>55a</sup>. Yabancı devlet hakkında dava açılabilmesini sağlamak amacı ile bu konuda, o devletin diplomatik temsilcilerine tebligat yapılacağı da maddede belirtilmiştir.

#### b) *Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*

II. Bölümün 2. Kısımında yabancı mahkeme ilâmlarının tanınması ve tenfizi düzenlenmiştir. Tenfiz kararı verilebilmesi için yabancı ilâmın taşınması gerekli nitelikler (m. 34), kararı vermeye yetkili mahkeme (m. 35), tenfiz dilekçesi (m. 36) ve eklenecek belgelere (m. 37) ait kurallar dışında yetkili asliye mahkemesinin, bazı şartların bulunması halinde tenfiz kararı vereceği kabul edilmiştir. Tasarıda beş bentte ifade edilen kuralların ilki karşılıklılık hakkındadır ve mevcut sistemi değiştirmektedir. Yeni düzenlemeye göre : (1) Türkiye ile ilâmın verildiği devlet arasında yasal veya fiilî karşılıklılık bulunması gerekli ve yeterlidir. (2) *İlâmın Türk*

55a) Bkz. Avrupa Konsey'inin Devlet Muafiyetine İlişkin 1972 tarihli Avrupa Sözleşmesi hakkında Yılmaz ALTUĞ, Devlet Muafiyetine İlişkin Avrupa Sözleşmesi Kubalı'ya Armağan, İstanbul 1974, 296 vd.



mahkemelerinin münhasır yetkisine giren bir konuda verilmemesi, (3) davalının kararın verildiği yer hukukuna göre savunma hakkına uyulmadığı yolunda Türk mahkemesinde itiraz etmemiş olması, (4) kamu düzenine *açıkça aykırı olmaması*, gereklidir. Son olarak da (5) bir Türk aleyhine, kişi hallerine ilişkin bir ilâm söz konusu ise Türk kanunlar ihtilâfı sistemine göre yetkili kanun uygulanmamış ve aleyhine karar verilen Türk tenfizé bu yoldan itiraz etmemiş olmalıdır.

Karşılıklılık şartının tamamen kaldırılması lehindeki eğilim<sup>56</sup> ve antlaşmaya dayalı eski sistemin muhafazası<sup>57</sup> teklifleri, fiilî karşılıklılığın bulunmasının yeterli olduğu görüşlerinin<sup>58</sup> kabulü ile reddedilmiştir. Tasarı'da yasal ve fiilî karşılıklılığın yer alması, antlaşma sisteminden uzaklaşarak tatbikatta ihtiyaç duyulan *rahatlığın* sağlanması, fakat Türk mahkemelerinden verilen kararları tenfiz etmeyen ülkelere karşı hiç olmazsa bu imkânın saklı tutulması gerekçesine dayanmaktadır.

Yabancı mahkeme kararlarının tenfizi konusunda aranan diğer şartlar hemen bütün ülkelerin mevzuatında normal olarak aranan şartlardır. Kamu düzeni konusunda titiz davranılmış ve açık<sup>59</sup> aykırılık aranmıştır. Beşinci şart sadece davalının Türk olması halinde aranmaktadır. Bu konuda Türk tenfiz makamlarına aleyhine tenfiz istenen Türkün "Türk kanunlar ihtilâfı sistemine göre yetkili kanunun uygulanmamış olduğu" şeklinde itirazı gereklidir.

Yabancı mahkemelerin Türklerin kişi hallerine ilişkin meselelerde verecekleri kararların tenfizi son şart ile bir miktar kısıtlanmıştır. Hiç olmazsa Türk kanunlar ihtilâfı sistemine göre yetkili kanun uygulansaydı, elde edilecek sonucun aynı olması halinde itirazın reddedilmesi şeklinde bir cümlenin de konulması tartış-

56) Atâ SAKMAR, Milletlerarası Usul Hukukuna ilişkin İstanbul Öntasarını esas alan açıklama bildirisi, Sempozyum (dn. 2), 250 vd.; 276 vd. Aynı kanıda, Ergin NOMER, Sempozyum (dn. 2), Tartışmalar, 260; Yücel SAYMAN, Sempozyum (dn. 2), Tartışmalar, 260.

57) Esat ŞENER, Sempozyum (dn. 2), Tartışmalar, 265.

58) Aysel ÇELİKEL, Sempozyum (dn. 2), Tartışmalar, 262; Selâhattin Sulhi TEKİNAY, Sempozyum (dn. 2), Tartışmalar, 266.

59) Tartışmalar hakkında bkz. Sempozyum (dn. 2), 259 vd., 265.



maların her safhasında teklif<sup>60</sup> edilmiştir. Şartın muhafaza edilmesi bir Türkün ahkâm şahsiyesi hakkında yabancı ülkede alınacak ilâmların hemen tümünün tenfiz edilememesi durumunu ortaya çıkarabilecek ve Tasarı m. 28 ile kurulmak istenen sistemin sonuç vermemesine sebep olabilecektir.

Yabancı *mahkeme ilâmlarının tanınması* konusunda karşılıklık hariç olmak üzere tenfiz koşulları aranmaktadır. *İhtilâfsız kaza kararlarının tanınması* ve yabancı mahkeme ilâmına dayanılarak Türkiye'de yapılacak *idarî işlemler* de aynı hükme tâbi tutulmuştur. Yabancı *hakem kararlarının tenfizi* de karşılıklılık şartına bağlı tutulmamıştır.

*Yabancı hakem kararını tenfize yetkili mahkeme* dilekçenin verilmesi (m. 43), aranacak belgeler ve inceleme usulü (m. 44) belirlenerek tenfize ilişkin tüm düzenleme Tasarıda yer almıştır. Hakem kararının yabancılığının hangi kritere göre tesbit edileceği konusu bu konudaki tartışmaların halen sürmesi sebebi ile düzenlenmemiştir. Yabancı hakem kararlarının tenfiz edilmediği haller 1958 tarihli New York Anlaşmasına uygun bir biçimde Tasarıya konulmuştur. Yabancı hakem kararının reddi sebepleri şöyle sıralanmıştır :

Bir hakem kararı :

(a) Genel ahlâk ve kamu düzenine veya kamu yararına aykırı ise, (b) Hakem kararı Türk kanunlarına göre tahkim yolu ile çözümlenmesi mümkün olmayan bir anlaşmazlığa ait ise, (c) Taraflardan biri hakem önünde usulüne göre temsil edilmemiş ve yapılan işlemleri sonradan açıkça kabul etmemiş ise, (d) Hakkında hakem hükmünün tenfizi istenen taraf hakem seçiminden usulen haberdar edilmemiş veya iddia ve savunma imkânından yoksun bırakılmışsa, (e) Tahkim sözleşmesi veya şartı taraflarca tâbi kılınmadığı kanuna, bu konuda bir anlaşma yok ise, hakem hükmünün

60) Gülören TEKİNALP, Sempozyum (dn. 2), 268, 271 vd.; Ergin NOMER, Sempozyum (dn. 2), 271; Atâ SAKMAR, Sempozyum (dn. 2), 277; Yılmaz ALTUĞ, Sempozyum (dn. 2), 276. Aksi fikri savunanlar : Aysel ÇELİKEL, Sempozyum (dn. 2), 269; Yücel SAYMAN, Sempozyum (dn. 2), 270; Şeref ÜNAL, Sempozyum (dn. 2), 275.



verildiği ülke hukukuna aykırı ise, (f) Hakemlerin seçimi veya hakemlerin uyguladıkları usul tarafların anlaşmasına, anlaşma yok ise hakem hükmünün verildiği ülke hukukuna aykırı ise, (g) hakem kararı, hakem sözleşmesi veya şartında yer almayan bir husus hakkında ise veya sözleşme veya şarttaki sınırları aşıyor ise, bu kısım hakkında (h) Hakem hükmü tâbi olduğu veya verildiği ülke kanunu hükümlerine göre kesinleşmemiş yahut tenfizi istenebilir hale gelmemiş veya verildiği yerin yetkili merci tarafından iptal edilmiş ise, reddedilir.

Tasarının 45. maddesinin 2. fıkrasında, hakem kararlarının tenfizinin haksız biçimde engellenmesinin önlenmesi amacı ile, maddenin 1. fıkrasında sayılan red sebeplerinin ispatı konusunda bir hüküm getirilmiştir. Bu hükme göre, 1. fıkranın (a) ve (b) bentleri dışındaki red sebeplerinin reddi isteyen tarafça ispatlanması gerekmektedir. Madde 45/I (a) ve (b)'nin ise nitelikleri gereği mahkemece tesbit edileceği şüphesizdir.