

Milletlerarası Özel Hukukta Uygulanacak Hukukun *Lex Fori* Esasına Göre Belirlenmesi

The Determination of Applicable Law Based on *Lex Fori* in Private International Law

Sibel Özel* 

ÖZ

Lex fori terimi uyuşmazlığa bakan mahkemenin hukukunu, bir başka ifadeyle forum devletinin hukukunu işaret etmektedir. Milletlerarası özel hukukta genel kural usulî meselelere *lex fori*'nin uygulanması, buna karşılık esasa uygulanan hukukun bir bağlama kuralı aracılığıyla belirlenmesidir ki bu hukuk yabancı bir hukuk olabileceği gibi *lex fori* de olabilir.

Kanunlar ihtilafı hukukunda *lex fori*'nin esasa uygulanacak hukuku belirleyen genel bir kural olması yaklaşımı kabul edilmemektedir; bununla birlikte *lex fori*'nin uygulanmasına imkân tanıyan milletlerarası özel hukuk yöntemleri bulunmaktadır. Uygulanacak hukuk forum devletinin kamu düzeni ile çatışmıyorsa, o hukuk uygulanmaz; yerine *lex fori* uygulanır. Her devletin siyasi, sosyal ve ekonomik yapısını koruyan müdahaleci kuralları bulunmaktadır ve bu maddi hukuk kuralları, kapsama alanındaki bütün meselelere uygulanacak hukuk ne olursa olsun doğrudan uygulanırlar.

Renvoi *lex fori*'nin uygulandığı bir başka yöntemdir. Yetkili yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kuralları *lex fori*'ye iade atfı yaptığında, forum devletinin hâkimi bu atfı kabul ederek kendi hukukunu uygulayacaktır. Forum devleti mahkemesi uygulanacak yabancı hukukun içeriğinin tespit edilememesi halinde de kendi hukukuna göre hüküm verecektir. Bunun dışında modern kanunlar tek taraflı kanunlar ihtilafı kuralları getirerek *lex fori*'nin uygulanmasını sağlamaktadır. Belirli durumlarda bu kural sadece politik bir tercihe dayanmaktadır.

Bu makale milletlerarası özel hukukta *lex fori*'nin uygulanmasının artık milliyetçi ya da şovenist bir yaklaşım olarak kabul edilmediğini öne sürmektedir. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu ile kıyaslandığında MÖHUK'un *lex fori*'yi daha fazla konuda esas almış olması eleştiriye açıktır.

Anahtar Kelimeler: *Lex Fori*, Uygulanacak Hukuk, Kamu Düzeni, Müdahaleci Kurallar, Atf (Renvoi), Tek Taraflı Kanunlar İhtilafı Kuralı

* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı, ORCID: 0000-0003-4027-6258.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Sibel Özel

E-posta/E-mail: sibelozel@marmara.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 01.09.2022

Kabul Tarihi/Accepted: 20.11.2022

ABSTRACT

The term “*lex fori*” refers to the law of the court seized with a case, in other words, the law of the forum state. In private international law, it is a general rule that procedural issues are governed by *lex fori*; whereas the applicable law to substance is regulated by a conflict rule which refers either to *lex fori* or a foreign law.

Regarding conflict of laws, the *lex fori* approach is not supported as a general rule to applicable law, however, there are some private international law tools that allow *lex fori*. When the applicable foreign law is incompatible with the public policy of the forum state, that law will not apply, and *lex fori* will instead govern the dispute. Every state has overriding mandatory rules which safeguard its political, social or economic organization and those substantive rules will apply directly all cases falling within their scope irrespective of the law otherwise applicable.

Renvoi is also another way of application of *lex fori*. When conflict of laws of the designated foreign law refers back to *lex fori*, the judge of the forum state will accept that referral and apply its own law. Also, the forum state applies its own rules if the content of the applicable foreign law cannot be established. Moreover, the modern codifications include unilateral conflict of law rules in order to apply *lex fori*. In some cases, it is based on just a political choice.

This article argues that the application of *lex fori* in private international law will no longer characterized as a nationalist or chauvinist approach. In comparison to Swiss Private International Law Act it is fair to say that Turkish Private International Law Act should have used more *lex fori* approach.

Keywords: *Lex Fori*, Applicable Law, Public Policy, Mandatory Rules, Renvoi, Unilateral Conflict Rule

I. GENEL OLARAK

Lex fori terimi uyuşmazlığı çözümlenecek mahkemenin kendi hukukunu ifade etmektedir. Bu bağlamda mahkemenin hukuku usulî meselelere mutlak olarak ve esasa ilişkin meselelerde ise belli durumlarda uygulanmaktadır.

Usulî meselelerin *lex fori*'ye tâbi olması tartışmasız kabul gören genel bir ilkedir. Bu ilke açıkça kanun maddesinde yer almasa bile usulî olarak vasıflandırılan her meselede doğrudan *lex fori* uygulanır: *lex fori regit processum*¹. Hangi meselelerin usulî ve hangilerinin esasa ilişkin olduğunun ayrımı vasıflandırma ile gerçekleşir ve bu vasıflandırma da *lex fori*'ye göre yapılır. Sonuç itibarıyla usulî olarak vasıflandırılan meselelerde hangi hukuk uygulanacak tartışması yapılmamakta ve forum devletinin hukuku uygulanmaktadır.

Milletlerarası özel hukuk açısından usul kavramı uyuşmazlığın esastan sonucunu en az etkileyecek konular için kullanılmaktadır. Usulî meseleler yabancı hukukun uygulanmasının pratik ihtiyaçlara uygun olmadığı durumlarda kendini göstermektedir. Bu itibarla teorik olarak maddi sonucu etkilemeyeceği düşünülen hususlar ile taraflar ve mahkeme açısından yabancı usul kurallarını öğrenme ve uygulamanın daha fazla yük getireceği hususlar usulî olarak vasıflandırılmaktadır².

1 Marta Requejo Isidro, 'Lex Fori (lex fori in proprio foro)' in Jürgen Basedow, Giesela Rühl, Franco Ferrari and Petro de Miguel Asensio (eds), *Encyclopedia of Private International Law* (Edward Elgar Publishing (2017) 1105-1113 <<http://hdl.handle.net/11858/00-001M-0000-002E-9722-C>> accessed 13 July 2022.

2 Michael Bogdan, 'Private International Law as Component of the Law of Forum' (2011) 348 *Recueil des cours* 9, 151.

Bu noktada usulî meselelerle esasa ilişkin meseleler ayrımında yapılacak vasıflandırmanın *lex fori*'ye tâbi olması, her ülkenin usulî mesele tanımında farklı tercihlerde bulunabileceği sonucunu doğurmaktadır. Örneğin İngiliz hukukunda zamanaşımı meselesi usulîdir ve İngiliz mahkemesi zamanaşımıyla ilgili meselelerde yabancı hukuku uygulamayı reddederek *lex fori* olarak İngiliz hukukunu esas almaktadır³. Aynı şekilde özellikle Amerikan hukukunda, yabancı hukukun uygulanmasını engellemek ve uyumsuzluğu *lex fori*'ye tâbi kılmak amacıyla bir meselenin usulî olarak vasıflandırılması mümkün olabilmektedir⁴.

Esasa uygulanacak hukukun tespiti ise tek taraflılık ya da çok taraflılık yöntemi ile gerçekleşmektedir. Geleneksel ya da klasik metodoloji Savigny ile başlayan çok taraflılık yöntemidir. Burada yabancılık unsuru taşıyan hayat ilişkisi bir bağlama kuralı aracılığıyla en yakın bağlantılı hukuka bağlanmaktadır. Bağlama noktası (milli hukuk, mutad mesken, ika yeri vb.) bir vakiayı işaret etmektedir ve vakianın gönderdiği hukuk başlangıçta bilinmemektedir; *lex fori* olabileceği gibi yabancı bir hukuk da olabilir.

Çok taraflılık yönteminin esası hukuk sistemlerinin birbiriyle eşit olduğu ve *lex fori* ile yabancı hukukun kolayca yer değiştirebileceği varsayımına dayanmaktadır. Bu yöntem uygulanacak hukukun içeriği ile ilgilenmemekte ve sonuç yeknesaklığını hedeflemektedir⁵. Çok taraflılığın zıddı olan tek taraflılık yönteminde ise maddi hukuk kuralları tek taraflı olarak kanunlar ihtilafı meselelerine de uygulanmaktadır. Bir başka ifadeyle maddi hukuk kuralı kapsama alanına yabancılık unsuru taşıyan ilişkileri de dahil etmiştir. Bu noktada karar verilmesi gereken husus, hukuk kuralının belirli bir duruma uygulanma yetkisinin olup olmadığının tespitidir⁶. Bu yöntemde hayat ilişkisi bir hukuk sistemine bağlanmamakta; tam tersi yönden hareketle hukuk kuralının o ilişkiye uygulanıp uygulanmayacağına karar verilmektedir. Bu itibarla *lex fori*'nin maddi kuralları uygulama alanını ülkesel ya da kişisel olarak sınırlamaktadır⁷. Tek taraflılık yöntemi tarihsel olarak çok taraflılıktan önce gelmektedir ve Ortaçağ Statücüler döneminde kanunlar ihtilafı meselelerinde kullanılmıştır. Kuzey İtalya'da şehir devletlerinin hukuklarının (statuta) hangi hukuki ilişkileri kapsadığı ele alınmıştır. Statücüler hukuk kurallarını nesnel (*real*), ülkesel veya şahsi (*personal*) olarak ayırmışlar ve buna göre bir hukuk kuralı ülkesel ise kuralın sadece onu çıkaran devletin sınırları içinde uygulanacağını kabul etmişlerdir. Bu durumda ülkesel bir kanun o devlet ülkesinde bulunan vatandaş-yabancı herkese uygulanacaktır. Şahsi hukuk kuralları ise onu çıkaran devletin sınırları dışında da o devlet ile bağı olan herkese uygulanma imkânına sahiptir⁸. Dolayısıyla forum devleti ülkesel kanunlarını o ülkede cereyan eden olaylara; şahsi kanunlarını da o ülke dışında bile olsa kendi tebaasına uygulamaktadır.

Mahkemeler kendi usul kurallarını sırf ilişki yabancı hukukla bağlantılı diye değiştiremezler. "Oyunun kuralları oyun yerinin kuralları olmalıdır". Bu nedenle usulî olarak vasıflandırılan yabancı kurallar uygulanmayacaktır. Ole Lando, 'Lex Fori in Foro Proprio' (1995) 2(4) Maastricht Journal of European and Comparative Law 359, 363.

3 Bogdan (n 2) 146.

4 Bkz. Albert A Ehrenzweig, 'The Lex Fori-Basic Rule in the Conflict of Laws' (1960) 58(5) Michigan Law Review 637, 677.

5 Frank Vischer, 'General Course on Private International Law' (1992) 232 Recueil des cours 9, 35-36.

6 Stephanie Franço, 'Unilateralism' in Jürgen Basedow, Giesela Rühl, Franco Ferrari and Petro de Miguel Asensio (eds), *Encyclopedia of Private International Law* (Edward Elgar Publishing 2017) 1779.

7 Vischer (n 5) 36.

8 Bkz. Symeon Symeonides, 'Private International Law: Idealism, Pragmatism, Eclecticism' (2017) 384 Recueil des cours 9, 40; Alex Mills, *Confluence of Private International Law and International Law* (Cambridge University Press 2009) 33;

19. yüzyılda Savigny ile başlayan çok taraflılık yöntemi Kıta-Avrupasında hâkim yöntem olarak tek taraflılığın yerini almıştır. Ancak Amerikan hukukunda özellikle Amerikan devrimi olarak ifade edilen yaklaşımlarda tek taraflılık yöntemi varlığını sürdürmüştür. Bu bağlamda Currie'nin menfaat analizi, tek taraflılık yöntemiyle uygulanacak hukuku belirlerken hukuk kurallarının uygulanmasında devletin ekonomik ve sosyal siyasalarını gerçekleştirme yönünde menfaati olduğunu savunmuş ve forum devletinin ancak kendi hukukunun uygulanmasında menfaati yoksa yabancı hukuku uygulayabileceğini öngörmüştür⁹. Dolayısıyla Amerikan devrimindeki yaklaşım forum devletinin hukukunun uygulama alanına giren bütün meselelerde *lex fori* uygulamasının kabulüdür¹⁰.

Amerikan devrimindeki yaklaşımlar doğrudan Kıta-Avrupası hukukunda benimsenmemiş olsa da etkileri ve yansımaları AB düzenlemelerinde ve ulusal kodifikasyonlarda kendisini göstermiştir. Forum devleti hukukunun prensip olarak yabancı hukukun önüne geçerek öncelikle uygulanması *lex fori in foro proprio* olarak adlandırılmakta¹¹ ve Kıta-Avrupasında da varlığını sürdürmektedir.

Lex fori in foro proprio yöntemi uygulanacak hukuk ile mahkemenin yetkisi arasındaki paralellığe dayanmakta ve yabancı hukukun uygulanmasının külfetli, pahalı ve zaman tüketen bir süreci gerektirdiği durumlarda *lex fori* tercihini ortaya koymaktadır¹².

Uygulanacak hukuk ile mahkemenin yetkisi arasındaki paralellığı esas alan devletler, mahkemelerin milletlerarası yetkisinin tesis edildiği uyumsuzluklarda esasa uygulanacak hukuku *lex fori*'ye göre tayin etmektedir. Diğer yandan ancak esasa uygulanacak hukukun forum devleti hukuku olduğu durumlarda mahkemelerin yetkili olacağı yaklaşımı da paralellik prensibine dayanmaktadır. Örneğin Alman mahkemeleri ölenin terekesinin idaresi ile ilgili meselelerde Alman mahkemelerinin yetkisini sadece Alman hukuku mirasa uygulanacak hukuk ise kabul etmektedir¹³. Dolayısıyla milletlerarası yetki ile uygulanacak hukuk arasındaki paralellik mahkemenin yetkili olduğu durumda esasa da *lex fori*'nin uygulanması yönünde olabileceği gibi, esasa uygulanacak hukukun *lex fori* olduğu her durumda milletlerarası yetkili bir mahkemenin tesisi zorunluluğunu da gerekli kılmaktadır.

Lex fori in foro proprio yaklaşımının en önemli avantajı yargılamada daha fazla öngörülebilirlik, hız ve akışkanlık olarak görülmektedir. Özellikle iflas ve miras gibi usulî meselelerle esasa ilişkin meselelerin iç içe geçtiği durumlarda bu avantajlar daha fazla önem arz etmektedir. Ancak *lex fori*'ye yönelik en önemli eleştiri forum shopping noktasında kendisini göstermektedir¹⁴.

Gonzalo Parra-Aranguren, 'General Course of Private International Law: Selected Problems' (1988) 210 Recueil des cours 9, 61.

9 Ayrıntılı bilgi için bkz. Friedrich K. Juenger, 'General Course on Private International Law (1983)' (1985) 193 Recueil des cours 123, 216; Vischer (n 5) 48; Symeonides (n 8) 112 ff.

10 Francq (n 6) 1784.

11 Requejo Isidro (n 1) 2.

12 ibid 2.

13 Lando (n 2) 359-360.

14 Requejo Isidro (n 1) 2.

Uygulanacak hukukun *lex fori* esasına göre tespiti, mahkemenin yetkisinin tesis edilmesi halinde uygulanacak hukukun buna paralel olarak belirlenmesi tercihi¹⁵ yanında milletlerarası özel hukuk yöntemleri olan kamu düzenine aykırılık, doğrudan uygulanan kurallar (müdahaleci kurallar), yabancı hukukun tespit edilememesi veya atıf (renvoi) yoluyla da gerçekleşmektedir. Ancak daha da önemlisi modern milletlerarası özel hukuk kanunları gerek devletlerin kendi sosyal ve ekonomik menfaatleri gerekse ilgili taraf menfaatini korumak adına bir siyasa tercihi olarak da belli konularda *lex fori*'yi esas almaktadır. Burada yabancı hukukun dışlanarak mahkemenin hukukunun uygulanması, ilişkinin o devlet ile yakın bağlantısı yanında tümüyle politik bir tercihe de dayanmaktadır. Liberal kapitalizm çağının zirvesinde Savigny'nin ortaya koyduğu amaçlar günümüz sosyo-ekonomik koşullarına uymamakta ve bu nedenle devletler kanunlar ihtilafı kurallarını uygularken maddi hukuklarının koruduğu ve temsil ettiği siyasaları yabancılık unsuru taşıyan ilişkilerde de devam ettirmek istemektedir. Bu itibarla milletlerarası özel hukukta uygulanacak hukukun *lex fori* esasına göre tesisi istisnai bir durum değildir ve modern gelişmelere de aykırılık teşkil etmemektedir.

Bu makale klasik kanunlar ihtilafı yönteminde de *lex fori*'nin uygulandığını ve özellikle belirli konularda devletlerin politik tercihle *lex fori*'yi esas alabileceğini göstermeyi hedefleyerek, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)¹⁶ özelinde bir değerlendirme yapacaktır.

II. KANUNLAR İHTİLAFI SİSTEMİNDE LEX FORI'NİN UYGULAMA ALANLARI

A. KAMU DÜZENİNE AYKIRILIK

Klasik kanunlar ihtilafı sisteminde ilişkiye uygulanacak hukukun bağlama noktası aracılığıyla içeriği önceden bilinmeyen bir hukuk sistemine bağlanarak belirlenmesinin yol açacağı olumsuzluklar kamu düzeni kavramıyla giderilmekte ve forum devletinin temel siyasasına, değerlerine ve toplumsal ahlâkına aykırı yabancı hukukun uygulanması reddedilmektedir. Bu durumda esasa uygulanacak hukuk nihai olarak *lex fori* olmaktadır.

Uygulanması öngörülen yabancı hukukun forum devletinin kamu düzenine aykırılığı halinde tüm davanın reddi görüşü kabul görmemiştir¹⁷.

Yabancı hukukun forum devletinin kamu düzenine aykırılığı halinde uygulanmayacağı kuralı açıkça milletlerarası özel hukuk mevzuatlarında vurgulanırken, çoğu durumda uygulanacak hukukun nasıl belirleneceğine ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Mahkeme yabancı hukuku kamu düzenine aykırı olduğu için uygulamadığında, uyuşmazlığı çözmek için başvuracağı hukuk

15 Klasik Common Law sisteminde boşanmaya uygulanan hukuk İngiliz mahkemelerinin yetkili olmasına binaen İngiliz hukuku olmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. P.R.H Webb, 'Thoughts on the Place of English Law as Lex Fori in English Private International Law' (1961) 10(4) International and Comparative Law Quarterly 818, 823 ff.

16 RG 12.12.2007/26728.

17 Bkz. Bogdan (n 2) 179.

sistemi kendi hukuku olacaktır. Alman MÖHK m. 6¹⁸, Polonya MÖHK m. 7¹⁹, İsviçre MÖHK m. 17²⁰ yabancı hukukun forum devletinin kamu düzenine aykırı olması halinde uygulanmayacağını belirlemiş; ayrıca bir düzenleme yapmamıştır. Buna karşılık Türk MÖHUK m. 5 “*yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hallerde Türk hukuku uygulanır*” şeklinde bir düzenleme yaparak kamu düzenine aykırılık halinde doğrudan Türk hukukunun uygulanmasını öngörmemiş ancak gerekli görülen hallerde Türk hukukunun uygulanmasını esas almıştır. Bu itibarla öncelikle *lex causae*’nın uygulanabilecek diğer hükümlerine bakılacak ve Türk kamu düzenine aykırı olmayan başka bir hükmün uygulanması mümkün görülürse, o hükme göre karar verilecektir. Ancak çoğu durumda yabancı hukuk sisteminin temel değerleri ve siyasası Türk kamu düzeni ile çatıştığında Türk kamu düzenine aykırı olmayan bir hükmün uygulanma kabiliyeti olmadığından, uyumsuzluk Türk hukukuna göre çözümlenecektir²¹.

Görüldüğü üzere MÖHUK kamu düzenine aykırılık halinde dahi doğrudan *lex fori* uygulamasını işaret etmemiş ve *lex causae*’nın kamu düzenine aykırı olmayan hükümlerinin esas alınmasına imkân tanımıştır. Dolayısıyla MÖHUK m. 5’in kaleme alınış şekli MÖHUK’un *lex fori* ile ilgili yaklaşımını da göstermektedir. Yabancı hukukun Türk kamu düzenine aykırılığı halinde bile uygulanacak hukuk *lex fori*’den önce yabancı hukuktaki kamu düzenine aykırı olmayan diğer hükümlerin araştırılması ile belirlenecek; buna imkân olmayan hallerde son çare olarak Türk hukuku uygulanacaktır.

Sonuç itibarıyla milletlerarası özel hukukta kamu düzeni kavramı uygulanması gereken yabancı hukukun uygulanmasına engel olduktan sonra uyumsuzluğun *lex fori*’ye göre çözümlenmesini sağlamaktadır.

B. DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLAR (MÜDAHALECI KURALLAR)

Doğrudan uygulanan kurallar veya diğer adıyla müdahaleci kurallar Kıta-Avrupası milletlerarası özel hukuk doktrininin geliştirdiği bir yaklaşım olarak yabancılık unsuru taşıyan ilişkilerde *lex causae* ne olursa olsun forum devletindeki bazı maddi normların devlet menfaatinin gereği doğrudan uygulanmasını temin etmektedir. Bu çeşit kurallar kendi uygulama alanını belirlemekte ve iç hukuk kuralı olarak hizmet ettiği menfaat milletlerarası ilişkilerde de varlığını sürdürmektedir. Burada forum devletinin korunmasını istediği menfaat o kadar güçlüdür ki ilişkiye uygulanacak hukuk yabancı bir hukuk bile olsa forum devleti kendi hukuk kuralını o ilişkiye uygulamaktadır. Maddi hükmün uygulanması kanunlar ihtilafı kurallarındaki bağlama noktasından bağımsız olarak o

18 İngilizce metin için bkz. <www.gesetze-im-internet.de> accessed 10 July 2022.

19 İngilizce metin için bkz. <<https://socioedip.files.wordpress.com>> accessed 10 July 2022.

20 İngilizce metin için bkz. <fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776/en> accessed 13 March 2022.

21 Yabancı hukukun somut olaydaki borçları zamanaşımına tâbi tutmaması Türk kamu düzenine aykırı görüldüğünde, uygulanacak hukuk o yabancı hukuk sistemindeki genel zamanaşımı kurallarına göre belirlenebilir. Ancak kadın erkek eşitliğine ya da insan haklarına aykırılık nedeniyle Türk kamu düzenine aykırı görülen yabancı hukuk sisteminde uygulanabilecek başka bir hüküm olmadığı için, uyumsuzluk Türk hukukuna göre karara bağlanacaktır.

hükümün temel siyasasına dayanmaktadır. Bu itibarla doğrudan uygulanan kural (müdahaleci kural) kendi uygulama alanını belirlemektedir²².

Doğrudan uygulanan kurallar herhangi bir emredici kuraldan farklı olarak toplumun yaşamsal menfaatlerini korumaktadır. Zira devletler korumak istediği iktisadi, sosyal veya siyasi alandaki vazgeçilmez siyasalarını ve menfaatlerini özel hukuk ilişkilerinde de bu kurallar aracılığıyla uygulamaktadır. Bu bağlamda yabancı hukukun uygulanması forum devletinin menfaatlerine zarar verecek ve korumak istediği siyasanın başarısızlığına yol açacaktır²³.

Dolayısıyla doğrudan uygulanan kurallar veya müdahaleci kurallar yaklaşımı milletlerarası özel hukukta *lex fori*'nin uygulama alanını göstermektedir. Forum devletinin bazı maddi normları, yabancılık unsuru taşıyan ilişkilerde esasa uygulanacak hukuk yabancı bir hukuk bile olsa, uygulanacaktır. Bu kuralların varlığı ve uygulama imkânı hem uluslararası düzenlemelerde²⁴ hem de milletlerarası özel hukuk mevzuatlarında kabul edilmiştir²⁵.

MÖHUK m. 6 da Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının, kapsamına giren hallerde uygulanacağını genel bir kural ile hüküm altına almıştır²⁶. Buna göre MÖHUK'un ilgili bağlama kuralları hangi yabancı hukuku işaret ederse etsin, Türk maddi hukukunda doğrudan uygulanan kural ya da müdahaleci kural olarak nitelendirilen her maddi norm doğrudan uygulanacaktır.

Doğrudan uygulanan ya da müdahaleci kurallar kanunlar ihtilafı sisteminde soyut bağlama kurallarının işaret ettiği hukukun her durumda uygulanmayacağını gösteren önemli bir örnektir. Devletin siyasi, iktisadi ve toplumsal menfaat ve siyasasını ortaya koyan maddi kurallar milletlerarası özel hukukta da öncelikli olarak işlev görmekte ve bağlama kuralları aracılığıyla belirlenen yabancı hukuk, bu kuralların uygulanmasını bertaraf edememektedir.

Devletin siyasal, iktisadi ve sosyal yapısını korumak için çıkarılan kurallar, bu niteliğin tespiti halinde forum devletinde doğrudan uygulanacak ve herhangi bir bağlama noktasına ihtiyaç duymayacaktır.

22 J. G Sauveplanne, 'New Trends in the Doctrine of Private International Law and Their Impact on Court Practice' (1982) 175 Recueil des cours 9, 34-35.

23 Hatice Özdemir Kocasakal, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri* (Galatasaray Üniversitesi Yayınları 2001) 9-12; Hatice Özdemir Kocasakal, 'Doğrudan Uygulanan Kurallar' iç Feriha Bilge Tanrıbilir ve Gülce Gümüşlü Tunçağıl (edr), *10. Yılında MÖHUK Sempozyumu* (Adalet 2018) 51 vd.

24 İlk kez 1978 tarihli Acentelere Uygulanacak Hukuka Dair Lahey Sözleşmesi m. 16'da müdahaleci kurallar düzenlenmiştir. Ancak bu Sözleşme 1992 yılına kadar yürürlüğe girmediği için (Symeonides (n 8) 166) müdahaleci kuralların ilk kez 1980 tarihli Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka Dair Roma Konvansiyonu (eu-lex.europa.eu) m. 7(2) ile uygulama alanına girdiği kabul edilmektedir. Konvansiyon Roma I Tüzüğü ([2008] OJ L177/6, 4.07.2008) haline dönüştürüldüğünde, m. 9(2) *lex fori*'deki müdahaleci kuralların her durumda uygulanacağını belirlemiştir. Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka Dair Roma II Tüzüğü ([2007] OJ L199/40, 31.07.2007) m. 16 da aynı şekilde *lex fori*'deki müdahaleci kuralların esasa uygulanacak hukuk ne olursa olsun uygulanacağını vurgulamıştır. AB Miras Tüzüğü ([2012] OJ L201/107, 27.07.2012) m. 30 da forum devletinin müdahaleci kurallarının her durumda uygulanacağını kabul etmiştir.

25 Symeonides yaptığı incelemede son 50 yıl içinde 35 milletlerarası özel hukuk mevzuatının forum devletinin müdahaleci kurallarının öncelikle uygulanacağına ilişkin açık hüküm getirdiğini tespit etmiştir ((n 8) 167).

26 Bu maddede geçen "yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda" ifadesinin madde metninden çıkarılması yönünde bkz. Özdemir Kocasakal, 'Makale' (n 23) 66.

Dolayısıyla *lex fori*'deki müdahaleci veya doğrudan uygulanan kuralların yabancılık unsuru taşıyan ilişkiye uygulanmasını sağlayan unsur hâkimin bu kuralı doğrudan uygulanan ya da müdahaleci kural olarak nitelendirmesidir.

C. ATIF (RENVOI)

Forum devletinin kanunlar ihtilafı kurallarının işaret ettiği yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının da uygulanması atıf (renvoi) olarak nitelendirilmekte ve milletlerarası özel hukukta forum devletinin kendi hukukunu uygulama aracı olarak işlev görmektedir. En ünlü örneği 1878 yılında verilen Forgo kararıdır ve bu kararla Fransız mahkemesi miras meselesinde Fransız kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili olan Bavyera hukukunun konuya ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayarak murisin ikametgâhı olan Fransız hukukuna göre mirasın Fransız hazinesine kalmasını sağlamıştır²⁷. Dolayısıyla Fransız mahkemesi atıf teorisi ile esasa uygulanacak hukuk olan Bavyera hukukunun, murisin civar hısımlarını mirasçı kabul eden maddi hükümlerini bertaraf ederek, Bavyera hukukunun forum devletine yaptığı iade atfı esas almış ve uzak akrabaları mirasçı saymayan Fransız hukukuna göre Fransız hazinesinin mirasa sahip olmasını mümkün kılmıştır.

Teorik olarak atıf pek çok tartışmayı beraberinde getirmektedir²⁸. Her ülkenin tercihi farklılık arz etmektedir. İade atıf forum devletine yapılan atfı ifade ederken; devam eden atıf yetkili yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının üçüncü bir ülkeyi işaret etmesidir. Bu üçüncü ülkenin maddi kurallarının uygulanması yönündeki açık kurallar atfın bu noktada kesilmesini mümkün kılmaktadır.

Türk hukuk uygulaması atıf yönünden zengin olmasa da kanun koyucu eski MÖHUK'ta²⁹ atfı genel hüküm olarak ve konu sınırlaması olmadan bütün meseleler için kabul etmiştir (m. 2(3)). 5718 sayılı yeni MÖHUK m. 2(3) ise atfa sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilaflarda izin vermiştir. Atıf sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin meselelerde uygulanacağı için aynı haklar, miras, borçlar hukuku vb. ilişkilerde atıf gündeme gelmeyecektir. Bu noktada atfın en önemli uygulama alanı olan miras meselelerinde MÖHUK'un iade atfı dahi kabul etmemesi dikkat çekicidir.

İsviçre MÖHK m. 14(1) atfı hem iade atıf hem de devam eden atıf olarak ancak kanunda açıkça belirtilen durumlar için öngörmüştür. Ancak şahsi statüye ve aile hukukuna ilişkin meselelerde İsviçre hukukuna yapılan iade atıf mutlaka kabul edilecektir (m. 14(2)). Dolayısıyla atıf genel bir kural olarak bütün meselelerde değil, ancak kanunda özel olarak belirtilen hallerde dikkate alınacaktır. Buna karşılık kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda İsviçre hukukuna yapılan atıf mutlak olarak kabul edilerek bu alanlarda İsviçre hukukunun uygulanmasına atıf teorisi ile imkân tanınmıştır. Kişi hukuku ve aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda yetkili yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kuralları üçüncü bir ülkeyi işaret ettiğinde, bu üçüncü ülke hukuku mutlak olarak dikkate

27 Kararla ilgili bkz. Süheyla Balkar Bozkurt, 'Uluslararası Özel Hukukta Bitmeyen Tartışma: Atıf (Renvoi) Teorisi, Uygulanması ve Değerlendirilmesi' (2014) (2) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Doç. Dr. Melike Batur Yamaner'in Anısına Armağan, C. 2) 795, 800-801; Bogdan (n 2) 157.

28 Atıf ve çeşitleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Balkar Bozkurt (n 27) 795 vd.

29 RG 22.05.1982/17701.

alınmayacak; ancak özel bir hükümle atf kabul edilmişse, o üçüncü ülke hukuku uygulama imkânı bulacaktır. Dolayısıyla MÖHUK'tan farklı bir yaklaşım esas alınmıştır. MÖHUK kişi ve aile hukuku uyumsuzluklarında hem iade hem de devam eden atfı genel olarak kabul etmektedir.

Atf teorisi ile forum devletinin kendi hukukunu uygulaması, *lex fori*'nin yabancı hukuka karşı önceliği düşüncesine dayanmamaktadır. Daha ziyade teorik düşünceler sonucu ortaya çıkan kavramın kanunda hüküm olmasa bile kullanım alanının özellikle miras gibi belirli meselelerle sınırlı olduğu ileri sürülmüştür³⁰. Atfın en çok kabul edilebileceği alan olan miras uyumsuzluklarında MÖHUK'un atfı reddetmesine dikkat çekilmelidir. Türkiye'de bulunan taşınmazlar için miras meselelerinde Türk hukukunu esas alan MÖHUK, taşınır tereke ve yurt dışındaki taşınmazlar için murisin milli hukuku kuralını getirmiştir (m. 20(1)). Miras hukuku, kişi veya aile hukuku kapsamına girmediği için atf kabul edilmeyecek ve son yerleşim yeri Türkiye olan bir yabancıнын milli hukuku mirasa uygulanacak hukuk olarak onun yerleşim yerine atf yapsa bile Türk hâkimi bu iade atfı kabul ederek Türk hukukunu uygulayamayacaktır. Oysa bu alanda atfın kabulü Türkiye'de yerleşik murisin hem taşınır hem de taşınmaz terekesinin Türk hukukuna tâbi olmasını sağlayarak mirasta birlik prensibine hizmet ettiği gibi milletlerarası karar ahenginin korunmasını da sağlamış olacaktır. Dolayısıyla MÖHUK miras alanında iade atfı kabul etmeyerek Türk hâkiminin Türkiye'de yerleşik yabancı murisin taşınır terekesi ile ilgili miras meselelerinde Türk hukukunun uygulanmasına imkân tanımamıştır.

D. YABANCI HUKUKUN TESPİT EDİLEMESİ

Yabancı hukuku vakia olarak gören ülkeler yabancı hukukun uygulanmasını tarafların talebine bağlamakta, dolayısıyla böyle bir talepte bulunmayan tarafların yabancılık unsuru taşıyan uyumsuzlukları da *lex fori*'ye göre karara bağlanmaktadır³¹.

Yabancı hukukun hâkim tarafından re'sen uygulandığı ülkelerde ise³² kanunlar ihtilafı kurallarının yetkili kıldığı yabancı hukukun içeriğinin tespit edilememesi halinde, uyumsuzluğa *lex fori* uygulanmaktadır³³.

İsviçre MÖHK m. 16(2)'de “*yabancı hukukun içeriğinin tespit edilemediği hallerde İsviçre hukuku uygulanır*” şeklinde ifade edilen prensip MÖHUK m. 2(3)'te “*yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin tüm araştırmalara rağmen tespit edilememesi halinde, Türk hukuku uygulanır*” olarak hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla Türk hâkimi yabancı hukukun içeriğini tespit edemediğinde uyumsuzluğa Türk hukukunu uygulayacaktır. MÖHUK *lex fori*'nin uygulanması için yabancı hukukun

30 Requejo Isidro (n 1) 9.

31 Anglo-Sakson hukuk sistemi hâkimin kanunlar ihtilafı kurallarını re'sen uygulamasına izin vermemekte; taraflardan birinin talebini gerekli görmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Can Yöney, *Yabancı Hukukun Uygulanması* (Oniki Levha 2018) 28 vd.

32 Ayrıntılı bilgi için bkz. Yöney (n 31) 26 vd.

33 Yabancı hukukun içeriğinin tespit edilememesi halinde genel kabul *lex fori*'nin uygulanmasıdır. Aynı veya benzer bir hukuk sistemine sahip üçüncü ülke hukukunun uygulanması veya uyumsuzlukla bağlantılı başka bir hukukun uygulanması da savunulmuştur. Bkz. Bogdan (n 2) 130.

hükümlerinin tüm araştırmalara rağmen tespit edilememesini öngörerek, yabancı hukukun içerik tespitinde en azından teorik olarak mahkemeye daha fazla çaba harcama yükümlülüğü yüklemiş olmaktadır.

Sonuç olarak yabancı hukukun tespitinde taraflar veya mahkemenin çabası ne olursa olsun olaya uygulanacak yabancı hukukun hükümlerinin tespit edilemediği her durumda *lex fori* uygulanacaktır.

E. FORUM DEVLETİNİN UYGULANACAK HUKUK OLARAK LEX FORİ'Yİ ESAS ALMASI

I. KAPSAMA ALANI GENİŞLETİLMİŞ MADDİ HÜKÜMLER

Forum devletindeki maddi bir kuralın yabancılık unsuru taşıyan ilişkilere de uygulanması tek taraflılık yöntemiyle maddi kuralların kanunlar ihtilafı kuralına dönüşmesini ifade etmektedir. Burada forum devletinin maddi hukuk kuralı iç hukuk ilişkilerinin ötesinde milletlerarası özel hukuk kapsamına giren uyumsuzluklarda da uygulanır hale gelmektedir. Bu kurallar doğrudan uygulanan kurallardan farklıdır ve geleneksel kanunlar ihtilafı sistemindeki tek taraflı kanunlar ihtilafı kuralları ile aynı nitelikte değildir. “Kapsama alanı genişletilmiş maddi hükümler” olarak ifade ettiğimiz bu kurallar iç hukuk kurallarıdır ancak uygulama alanını yabancılık unsuru taşıyan uyumsuzluklar için genişletmiştir³⁴. Dolayısıyla bu kurallar kanunlar ihtilafı kurallarını devreden çıkarmaktadır. Zira kural, kapsama alanına giren yabancılık unsuru taşıyan ilişkilere de uygulandığı için bu alanda hangi hukuk uygulanacaktır sorusuna doğrudan cevap vermektedir.

Doğrudan uygulanan kurallar da maddi hukuk normudur ancak bu kurallar devletin siyasi, iktisadi ve toplumsal yapısını korumakta ve bu alandaki devlet menfaati ve siyasasına hizmet ettikleri için o ülkenin kamu düzeni anlayışını yansıtmaktadır. Bu kurallar bir bağlama kuralı ihtiva etmezler ve nitelikleri gereği yabancılık unsuru taşıyan ilişkilere de doğrudan uygulanırlar.

Kapsama alanı genişletilmiş maddi hükümler ise bir bağlama noktası ile kapsama alanını milletlerarası özel hukuk ilişkilerine de genişletmiş olan maddi kurallardır ve uygulanmaları için kamu düzeni açısından bir inceleme zorunluluğu yoktur. Kuralın açıkça kaleme alınmış şekli hangi uyumsuzlukları kapsadığını açıklamaktadır³⁵.

Kapsama alanı genişletilmiş maddi hükümler çoğunlukla kanunlar ihtilafı ile ilgili düzenlemeleri olmayan ABD eyaletlerinde bulunmaktadır³⁶. Örneğin Nevada hukuku sigorta sözleşmeleriyle ilgili olarak kanunun eyalette oturan bütün poliçe hamili sigortalananlar için uygulanacağını belirtmektedir.

34 Symeonides bu kuralların (localized statutes) tek taraflı kanunlar ihtilafı kurallarından farklı olmadığını ileri sürmektedir ((n 8) 173). Vischer tek taraflılık yöntemi ile tek taraflı kanunlar ihtilafı kurallarının aynı olmadığını savunmaktadır ((n 5) 36-37)). Biz de aynı kanaati paylaşıyoruz. Metodolojik olarak tek taraflılık yöntemiyle tek taraflı bağlama kuralları birbirinden farklıdır. Tek taraflılık yönteminde bir maddi hukuk kuralı uygulama alanını yabancılık unsuru taşıyan ilişkiler için genişletmektedir. Oysa tek taraflı kanunlar ihtilafı kuralı hangi durumda *lex fori*'nin esas alınacağını belirten kanunlar ihtilafı kurallarıdır.

35 Symeonides (n 8) 173.

36 ibid 174.

Aynı şekilde iş sözleşmeleri veya franchise, distribütörlük ve ticari acentelik sözleşmeleriyle ilgili kanunlar da kendi kapsama alanını milletlerarası unsurlu sözleşmeler için genişletmişlerdir³⁷.

Türk hukukunda da az olmakla birlikte bu nitelikte kurallar bulunmaktadır. Örneğin Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 195(1)(b) hükmü bu nitelikte bir kuraldır. Madde hâkim şirket ve bağlı şirket tanımları getirdikten sonra, bu şirketlerden en az birinin merkezi Türkiye'de ise TTK'daki şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanacağını belirtmektedir. Dolayısıyla hâkim şirket veya bağlı şirketten birinin merkezi Türkiye'de ise TTK m. 195-205 hükümleri uygulanacaktır. Bu durumda hangi hukuk uygulanacak sorusu sorulmayacak ve konuya ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları araştırılmayacaktır. TTK'daki maddi hükümler kapsama alanını milletlerarası unsurlu uyumsuzluklar için genişletmiştir. Buna göre hâkim şirket merkezi Türkiye'de ancak bağlı şirket merkezi yurt dışında ise veya tersi, hâkim şirket merkezi yurt dışında ve bağlı şirket merkezi Türkiye'de ise, şirketler topluluğuna ilişkin meseleler TTK'daki ilgili hükümlere tâbi olacaktır.

Forum devletindeki bu nitelikteki kurallar özel hüküm olarak soyut kanunlar ihtilafı kurallarına nazaran öncelik arz etmektedir.

2. TEK TARAFLI KANUNLAR İHTİLAFI KURALLARI

Tek taraflı kanunlar ihtilafı kuralları hangi durumda *lex fori*'nin uygulanacağını gösteren kurallardır. Bu kurallar bir bağlama noktası içermekte ve bu bağlama noktası forum devletini işaret etmektedir. Bu itibarla uygulanacak hukukun hangi durumlarda *lex fori* olacağı baştan bellidir.

MÖHUK m. 10(2) yabancıнын milli hukukuna göre vesayet veya kısıtlılık kararı verilmesi mümkün olmayan hallerde, bu kişinin mutlak meskeni Türkiye'de ise Türk hukukuna göre vesayet veya kısıtlılık kararı verilebilir veya kaldırılabilir hükmünü getirmiştir. Kişinin zorunlu olarak Türkiye'de bulunduğu hallerde de Türk hukuku uygulanır.

Aynı şekilde MÖHUK m. 11 c.2 gereği milli hukukuna göre hakkında gaiplik veya ölmüş sayılma kararı verilemeyen kişinin mallarının Türkiye'de bulunması veya eşinin veya mirasçılardan birinin Türk vatandaşı olması halinde, Türk hukukuna göre gaiplik veya ölmüş sayılma kararı verilir.

Görüldüğü üzere vesayet, kısıtlılık ya da gaiplik veya ölmüş sayılma kararları doğrudan *lex fori*'ye bağlanmamıştır. Bu noktada uygulanacak hukuk çok taraflı kanunlar ihtilafı kuralı olan ilgilinin milli hukukudur. Ancak milli hukukuna göre karar verilemeyen durumlarda Türkiye ile bağlantının güçlü olduğu hallerde tek taraflı bağlama kuralı aracılığıyla Türk hukukunun uygulanması kabul edilmiştir. Bir başka ifadeyle *lex fori* ancak ilgilinin milli hukukuna göre bir çözümün olmadığı ve ilişkinin Türkiye ile sıkı bağlantısının bulunduğu halde benimsenmiştir.

MÖHUK m. 9(4)'te getirilen tek taraflı bağlama kuralı tüzel kişilerin ya da kişi veya mal topluluklarının statülerindeki idare merkezi ile fiili idare merkezinin farklı ülkede olması halinde sadece fiili idare

37 Bkz. ibid 176 ff.

merkezi Türkiye’de olduğunda *lex fori*’nin esas alınabileceğini vurgulamaktadır. Fiili idare merkezi hukukunun statüdeki idare merkezi hukukuna önceliği genel olarak kabul edilmemiş ancak *lex fori* Türk hukuku lehine tek taraflı bağlama kuralı getirilmiştir.

MÖHUK m. 20(1) son cümle Türkiye’de bulunan taşınmazlarla ilgili miras meselelerine Türk hukukunun uygulanacağını kabul etmiştir. Yabancı ülkede bulunan taşınmazlarla ilgili miras meselelerinde taşınmazın bulunduğu yer hukukunu esas almayan MÖHUK, terekeyi bir bütün halinde murisin milli hukukuna tâbi tutmuş ancak Türkiye’de bulunan taşınmazlar için tek taraflı kanunlar ihtilafı kuralı getirerek *lex fori*’yi esas almıştır.

Rekabetin engellenmesine uygulanacak hukuku belirleyen MÖHUK m. 38(2) hükmü yabancı hukukun uygulanmasına izin vermekle birlikte Türk hukuku uygulansaydı verilecek tazminattan daha fazlasına hükmedilemeyeceğini öngörmektedir. Bu bağlamda Türk hukukunda saptanacak tazminatın üst sınır olarak belirlenmesi de tek taraflı bir kanunlar ihtilafı kuralıdır.

Görüldüğü üzere MÖHUK’ta az sayıda da olsa tek taraflı kanunlar ihtilafı kuralı ile Türk hukukunun uygulanması kabul edilmiştir. Bu kuralların nedeni ilişkinin Türk hukuku ile olan bağının güçlü olmasıdır³⁸. Ancak pek çok yabancı mevzuatta kanun koyucu uygulanacak hukuku *lex fori* esasına göre belirlerken asıl neden ilişkinin forum devletiyle olan çok yakın ve güçlü bağlantısı ya da zorunluluklar değil, *lex fori*’yi uygulama konusundaki tercihidir.

3. KANUN KOYUCUNUN LEX FORI’Yİ ÖZELLİKLE TERCİHİ

Milletlerarası özel hukukta bazı konularda uygulanacak hukukun *lex fori* esasına göre belirlenmesi bir tercihin sonucudur. Bir başka ifadeyle forum devleti bazı hallerde yabancı hukuku uygulamamayı ve uyuşmazlığı kendi hukukuna göre çözümlmeyi daha uygun görmektedir. MÖHUK’ta yer almayan bu bakış açısıyla evlenme, boşanma, nafaka gibi aile hukuku ilişkileri *lex fori*’ye tâbi tutulmaktadır. Özellikle eşcinsel evlilikleri kabul eden devletler taraflardan biri kendi vatandaşı ise veya o ülkede mutlak meskene sahipse taraflardan birinin milli hukuku eşcinsel evlilikleri yasaklasa bile evliliğe *lex fori*’yi uygulamaktadır³⁹. İsveç hukuku da İsveç’te yapılan eşcinsel evlilikleri İsveç hukukuna tâbi tutmaktadır. Kendi milli hukukuna göre evlenme ehliyeti olmayan yabancılar İsveç’te evlenebilecektir⁴⁰ ve bu durumda *lex fori*’nin uygulanması politik bir tercihi ifade etmektedir.

38 İsviçre hukukundan alınan MÖHUK m. 38(2)’de Türk hukukundaki tazminat miktarının üst sınır olarak kabulünün gerekçesi ilişkinin Türkiye ile ilişkisinin güçlü olması değil, politik bir tercihtir.

39 Symeonides (n 8) 152-153. Hollanda hukuku Hollanda’da gerçekleşecek kayıtlı birlikteliklerde taraf ehliyetine Hollanda hukukunu uygulamaktadır. Bunun için tarafların Hollanda ile bir bağının olması zorunlu değildir. (ibid 152).

40 Bogdan (n 2) 207. İngiliz hukuku evlenmenin maddi geçerliliği için tarafların yerleşim yeri hukukunu uygulamakla birlikte, İngiltere’de gerçekleşen evliliklerde tarafların yerleşim yeri hukukuna göre evlenme ehliyetine sahip olmaları yeterli olmamakta ayrıca İngiliz hukukuna göre de ehil olmaları aranmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. C.M.V Clarkson, ‘Marriage in England: Favouring the Lex Fori’ (1990) 10(1) Legal Studies 80, 88 ff.

ABD'de boşanmaya uygulanacak hukuk mahkemenin yetkisine binaen *lex fori* olmaktadır⁴¹. Aynı şekilde Japonya, Kuzey Kore, Güney Kore ve Polonyada eşlerden biri vatandaş veya o devlette mutat meskene sahipse boşanmaya *lex fori* uygulanmaktadır⁴².

Kıta-Avrupası hukuk sisteminin önemli bir temsilcisi olan İsviçre de bazı konularda açıkça *lex fori* tercihinde bulunmuştur. MÖHUK'un bu yaklaşımı benimsemediğine dikkat çekmek isteriz.

İsviçre MÖHK m. 34'e göre hak ehliyeti İsviçre hukukuna tâbidir. İsviçre'de ikamet eden bir kimsenin ismine İsviçre hukuku uygulanır (m. 37(1)). İsim değişikliği sebepleri ve sonuçları İsviçre hukukuna tâbidir (m. 38(2)). Ölmüş sayılma kararları ve sonuçlarına İsviçre hukuku uygulanır (m. 41(3)). Evlenmenin iptali İsviçre hukukuna tâbidir (m. 45a(2)). Boşanma ve ayrılığa İsviçre hukuku uygulanır (m. 61). İsviçre'de gerçekleşen evlat edinme koşullarına İsviçre hukuku uygulanır (m. 77(1)). Son ikametgâhı İsviçre'de olan bir kişinin terekesine İsviçre hukuku uygulanır (m. 90(1)). İmalatçının sorumluluğuna uygulanan yabancı hukuktaki tazminat miktarı İsviçre hukukundaki tazminat miktarını aşamaz (m. 135(2)). Rekabetin engellenmesine uygulanan yabancı hukuktaki tazminat miktarı İsviçre hukukundaki tazminat miktarını aşamaz (m. 137(2)).

Görüldüğü üzere İsviçre düzenlemesi İsviçre ile yakın bağlantılı ilişkilerde tek taraflı bağlama kuralıyla İsviçre hukukunu esas aldığı gibi, İsviçre mahkemelerinin yetkili olduğu bazı meselelerde taraflarla ilgili bir bağlama noktası belirleme yerine doğrudan İsviçre hukukunun uygulanmasını öngörmüştür. Burada İsviçre kanun koyucusu açıkça bir tercihte bulunmakta ve İsviçre mahkemelerinin yetkili olduğu boşanma ve ayrılık, evlat edinme, miras gibi meselelerde İsviçre hukukunun uygulanmasını kabul etmektedir.

İsviçre hukukunda yabancı hukukun uygulanmasından kaynaklanacak ilave masraflardan kaçınmak için yapılan *lex fori* tercihi⁴³ bazı Kıta-Avrupası ülkeleri ve ABD eyaletlerinde de yapılmaktadır⁴⁴.

Çocukların korunmasına ilişkin uluslararası düzenlemelerde de *lex fori* etkisini görmek mümkündür. Bu düzenlemeler yetkili mahkemelerin neler olduğunu belirledikten sonra bu makamların kendi hukukuna göre karar vermesini esas almıştır. Böylelikle yabancı hukukun tespiti için zaman ve para kaybı olmadan çocuğun korunması için gereken tedbirler alınacaktır. Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair 1996 tarihli Lahey Sözleşmesi⁴⁵ çocuğun mutat meskeni olan âkit devletin adli veya idari makamlarını çocuğun kişiliğinin veya mallarının korunmasına yönelik tedbirler alması için yetkili kılmış (m. 5(1)), uygulanacak hukuk olarak da yetkili makamların kendi hukuklarını (*lex fori*) uygulamalarını kabul etmiştir (m. 15(1)). Çocuğun kişiliğinin ya da mallarının korunmasının

41 Symeonides (n 8) 154. İngiltere'de de boşanmaya uygulanacak hukuk taraflar İngiltere'de ikamet ediyorsa İngiliz hukuku olmaktadır. Bkz. Webb (n 15) 823 ff. Aynı şekilde mahkemenin yetkisine binaen ayrılık, evlilik haklarının tazmini, nafaka gibi konular da *lex fori* İngiliz hukukuna tâbidir (ibid 834).

42 Symeonides (n 8) 155.

43 Requejo Isidro (n 1) 6.

44 Bkz. Symeonides (n 8) 156.

45 RG 22.05.2016/29719.

gerektirdiği ölçüde istisnai olarak somut bağlantısı olan diğer devlet hukuku da uygulanabilir veya dikkate alınabilir (m. 15(2))⁴⁶.

Görüldüğü üzere milletlerarası unsurlu ilişkilerde forum ülkesinde yetkili mahkeme tesisi halinde bu mahkemenin kendi hukukunu uygulaması, mahkemenin yetkisi-uygulanacak hukuk paralellliği ile tercih edilmektedir⁴⁷. Özellikle aile hukuku, miras hukuku gibi meselelerde bu paralellik daha fazla önem arz etmekte ve yetkili olan mahkeme kendi hukukunu uygulayarak zaman ve para tasarrufu sağlamaktadır. Zira yabancı hukukun içeriğinin tespiti bazı zorlukları beraberinde getirmekte ve kesinlikle önemli bir zaman kaybına yol açmaktadır⁴⁸. Bu itibarla İsviçre düzenlemesi İsviçre mahkemelerinin yetkili olduğu kişisel statü, aile hukuku ve miras ile ilgili meselelerde *lex fori*'yi esas almaktan kaçınmamıştır.

SONUÇ

Yabancılık unsuru taşıyan ilişkilerde *lex fori*'nin mutlak olarak uygulanması hakkaniyete aykırı olduğu için çeşitli yöntemlerle uygulanacak hukuk tespit edilmektedir. Günümüzde *lex fori* usul hukuku meselelerinde temel prensip olarak kabul edilmekte ancak kanunlar ihtilafı meselelerinde hangi hukuk uygulanacak sorusunun doğrudan cevabını oluşturmamaktadır. Ancak bu durum hiçbir şekilde kanunlar ihtilafı alanında *lex fori*'nin yeri ya da önemi olmadığı anlamına gelmemektedir.

Klasik kanunlar ihtilafı sisteminde de milletlerarası özel hukuk yöntemleri çeşitli durumlarda uygulanacak hukukun *lex fori*'ye göre belirlenmesini sağlamaktadır. Forum devletinin kamu düzenine aykırı yabancı hukukun uygulanmasının engellenmesi ve *lex fori*'ye göre karar verilmesi; forum devletindeki devletin siyasi, iktisadi ve sosyal yapısını korumak için çıkarılan, kamu hukuku karakterli olup özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanan maddi hukuk kurallarının kabulü; iade atfın benimsenmesi ile *lex fori*'nin uygulanması; yetkili yabancı hukukun içeriğinin tespit edilememesi halinde uyuşmazlığın *lex fori*'ye göre çözümü *lex fori*'nin etkisini göstermektedir.

Ayrıca forum devletinin tek taraflılık yöntemiyle ya da tek taraflı kanunlar ihtilafı kurallarıyla kendi hukukunu uygulaması kanunlar ihtilafı metodolojisine aykırılık teşkil etmemektedir. Tek taraflılık yöntemi tümüyle terk edilmiş değildir ve Kıta-Avrupası sisteminde de hâkim yöntem olmamakla

46 Sözleşmeyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (9. Bası, Beta 2021) 186 vd.

47 Mahkemenin yetkisine ilişkin Brüksel Konvansiyonu ile sözleşmelere uygulanacak hukuku belirleyen Roma Konvansiyonu arasındaki paralellik için bkz. Lando (n 2) 361 ff.

48 Yabancı hukukun içeriğinin tespiti ile ilgili sorunlar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Erkan, 'Türk Milletlerarası Özel Hukuk Sisteminde Yabancı Hukukun Tatbiki: Olan vs Olması Gereken' iç Bilgin Tiryakioğlu, Mesut Aygün, Ali Önal, Kübra Altıparmak ve Cansu Kaya (edr), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu Eskişehir 21-22 Nisan 2016* (Yetkin 2016) 543. Türkiye'de gerçekleştirilen evlenmelerde yabancıların milli hukuklarındaki evlenme engellerine ek olarak Türk hukukundaki şartların da aranması Türk hukukundaki evlenme engellerinin doğrudan uygulanan kural olmasından değil, Evlenme Yönetmeliğinde bu şartların yer almasından kaynaklanmaktadır. Bu itibarla MÖHUK ile uygulama arasında farklılık oluşmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Feriha Bilge Tanrıbilir, 'Yabancıların Türk Yetkili Makamları Önünde Evlenmesi ve Kamu Düzenine Aykırılık Meselesi' iç Bilgin Tiryakioğlu, Mesut Aygün, Ali Önal, Kübra Altıparmak ve Cansu Kaya (edr), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu Eskişehir 21-22 Nisan 2016* (Yetkin 2016) 473 vd.

birlikte varlığını sürdürmektedir. Bu yöntemde forum devleti kendi maddi kurallarının hangi durumda milletlerarası özel hukuk ilişkilerinde de uygulanacağını belirlemektedir. Maddi norm bir bağlama kuralı ile uygulama alanını genişletmektedir. TTK m. 195(1)(b) bu nitelikte bir kuraldır ve *lex fori*'nin uygulama alanını göstermektedir.

Diğer yandan forum devletiyle sıkı bağlantının olduğu veya *lex fori* uygulamasının zorunluluk olduğu hallerde tek taraflı kanunlar ihtilafı kurallarıyla *lex fori*'nin uygulanması sağlanmaktadır. Ancak vurgulanmalıdır ki günümüz milletlerarası özel mevzuatlarında bazı alanlarda *lex fori*'nin uygulanması politik bir tercih olarak kendini göstermektedir. Dolayısıyla *lex fori*'nin şovenist bir kural olduğu, uygulanacak hukuku belirlemede esas alınmaması gerektiği görüşü gücünü kaybetmiştir⁴⁹. Özellikle yetkili mahkemenin tesisi ile forum devletinin kendi hukukunu uygulaması, yabancı hukukun tespitindeki güçlükleri (zaman ve para kaybı) bertaraf ederek taraf menfaatlerine de hizmet edecektir. İlişki forum devletiyle geçici değil, esaslı bir bağlantı tesis ettiğinde forum devletinin kendi hukukunu önlemesi milletlerarası özel hukuk uygulamalarında benimsenmektedir. Özellikle aile hukuku ilişkilerinde mahkemelerin milletlerarası yetkisinin tesisi ile forum devleti uyuşmazlığı kendi hukukuna göre çözümlenmektedir.

İsviçre MÖHK bu açıdan incelemeye değerdir. Kişinin hukuku, aile ve miras hukukunda İsviçre mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin olduğu durumlarda, esasa uygulanacak hukuk olarak İsviçre hukuku tercih edilmiştir. Dolayısıyla İsviçre mahkemelerinin yetkisini tesis eden kıstaslar İsviçre Hukukunun uygulanmasının da gerekçesini oluşturmaktadır. Bu durum Türk hukukundan esaslı bir şekilde farklılık arz etmektedir. Boşanma ve ayrılık sebeplerine, evliliğin iptaline, evlat edinme şartlarına, son ikametgâhı İsviçre'de olan yabancıların terekesine İsviçre hukuku uygulanmaktadır. Boşanma ve ayrılık davalarında davalı eşin yerleşim yerinin İsviçre olması veya İsviçre'de en az bir yıldır oturmak veya İsviçre vatandaşı olmak kaydıyla davacının yerleşim yerinin İsviçre olması mahkemenin milletlerarası yetkisi için yeterlidir (m. 59). Evliliğin iptalinde ise eşlerden birinin yerleşim yerinin İsviçre'de olması ya da evliliğin İsviçre'de yapılması halinde İsviçre mahkemeleri yetkili olmaktadır (m. 45a). Evlat edinme halinde ise evlat edinen ya da edinenlerin yerleşim yerinin İsviçre olması halinde İsviçre mahkemeleri ve idari makamları yetkili kabul edilmiştir (m. 75). Görüldüğü üzere taraflardan birinin yerleşim yerinin İsviçre olması mahkemenin yetkisini tesis ederken, uygulanacak hukukun İsviçre olmasını da temin etmektedir. Bir başka ifadeyle belirli konularda yetkili İsviçre mahkemesi doğrudan kendi hukukunu uygulamaktadır.

MÖHUK'taki yaklaşım tümüyle farklıdır. Tek taraflı bağlama kurallarının istisnai olarak yer aldığı MÖHUK'ta boşanma, evlenmenin butlanı, evlat edinme ve miras (Türkiye'de bulunan taşınmazlar hariç) tarafların milli hukuklarına bağlanmıştır. Türk mahkemelerinin yetkisinin yerleşim yerine bağlı olduğu hatırlanırsa, Türkiye'de yerleşim yeri olanların veya boşanmada olduğu gibi davadan önce son altı aydır birlikte Türkiye'de oturanların (TMK m. 168) açtıkları davalarda ilgilerin milli

49 Bu satırların yazarı kanunlar ihtilafı metodolojisinde *lex fori*'nin temel kural olduğu görüşünü savunmamaktadır. *Lex fori* istisnai olmanın ötesinde uygulanacak hukuku belirlemede esas alınacak bir bağlama kuralı olabilmektedir. *Lex fori*'nin istisna değil temel kural olduğu yönündeki görüş için bkz. Ehrenzweig (n 4); Albert A Ehrenzweig, 'The Lex Fori in the Conflict of Laws – Exception or Rule' (1959) 32(1) Rocky Mountain Law Review 13.

hukuku uygulanacaktır. Kanaatimizce aile hukuku, miras gibi meselelerde Türk mahkemelerinin yabancılar açısından da yetkili olduğu durumlarda *lex fori*'nin esas alınması daha doğru olacaktır. Zira bu meseleler kamu düzeni müdahalesinin en fazla olduğu alanlardır. Bu itibarla önce yabancı hukuku araştırmak ve yabancı hukukun Türk kamu düzenine aykırı olması halinde o hukuktan vazgeçerek Türk hukukunu uygulamak yerine, doğrudan Türk hukukunun uygulanmasını kabul etmek daha pratik bir çözüm olacaktır. Türkiye'de yaşayan yabancıların Türkiye'de açtıkları boşanma davasında Türk hukukunu talep etmeleri, iddia ve savunmalarını Türk hukukuna göre yapmaları da MÖHUK m. 2(1) karşısında önemli olmayacaktır. Hâkim kanunlar ihtilafı kurallarını ve ona göre yetkili yabancı hukuku re'sen uygulamak mecburiyetindedir. Bu itibarla Türk mahkemeleri önündeki kişi hukuku, aile ve miras hukuku ile ilgili meselelerde İsviçre gibi *lex fori*'nin esas alınması yerinde olacak; yabancı hukukun araştırılması için para ve zaman kaybı olmadan uyuşmazlıklar Türk hukukuna göre karara bağlanacaktır.

KAYNAKÇA

- Balkar Bozkurt S, 'Uluslararası Özel Hukukta Bitmeyen Tartışma: Atf (Renvoi) Teorisi, Uygulanması ve Değerlendirilmesi' (2014) (2) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Doç. Dr. Melike Batur Yamaner'in Anısına Armağan, C. 2) 795-862.
- Bogdan M, 'Private International Law as Component of the Law of Forum' (2011) 348 *Recueil des cours* 9-252.
- Clarkson CMV, 'Marriage in England: Favouring the Lex Fori' (1990) 10(1) *Legal Studies* 80-91.
- Ehrenzweig AA, 'The Lex Fori in the Conflict of Laws – Exception or Rule' (1959) 32(1) *Rocky Mountain Law Review* 13-19.
- Ehrenzweig AA, 'The Lex Fori-Basic Rule in the Conflict of Laws' (1960) 58(5) *Michigan Law Review* 637-688.
- Erkan M, 'Türk Milletlerarası Özel Hukuk Sisteminde Yabancı Hukukun Tatbiki: Olan vs Olması Gereken' iç Bilgin Tiryakioğlu, Mesut Aygün, Ali Önal, Kübra Altıparmak ve Cansu Kaya (edr), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu Eskişehir 21-22 Nisan 2016* (Yetkin 2016) 543-555.
- Francq S, 'Unilateralism' in Jürgen Basedow, Giesela Rühl, Franco Ferrari and Petro de Miguel Asensio (eds), *Encyclopedia of Private International Law* (Edward Elgar Publishing 2017) 1780-1791.
- Juenger FK, 'General Course on Private International Law (1983)' (1985) 193 *Recueil des cours* 123-388.
- Lando O, 'Lex Fori in Foro Proprio' (1995) 2(4) *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 359-375.
- Requejo Isidro M, 'Lex Fori (Lex Fori in Proprio Foro)' in Jürgen Basedow, Giesela Rühl, Franco Ferrari and Petro de Miguel Asensio (eds), *Encyclopedia of Private International Law* (Edward Elgar Publishing 2017) 1105-1113 <<http://hdl.handle.net/11858/00-001M-0000-002E-9722-C>> accessed 13 July 2022.
- Mills A, *Confluence of Private International Law and International Law* (Cambridge University Press 2009).
- Özdemir Kocasakal H, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri* (Galatasaray Üniversitesi Yayınları 2001).
- Özdemir Kocasakal H, 'Doğrudan Uygulanan Kurallar' iç Feriha Bilge Tanrıbilir ve Gülce Gümüşlü Tunçağlı (edr), *10. Yılında MÖHUK Sempozyumu* (Adalet 2018) 48-82.
- Parra-Aranguren G, 'General Course of Private International Law: Selected Problems' (1988) 210 *Recueil des cours* 9-223.
- Sauveplanne JG, 'New Trends in the Doctrine of Private International Law and Their Impact on Court Practice' (1982) 175 *Recueil des cours* 9-98.

- Symeonides S, 'Private International Law: Idealism, Pragmatism, Eclecticism' (2017) 384 *Recueil des cours* 9-385.
- Şanlı C, Esen E ve Ataman Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (9. Bası, Beta 2021).
- Tanrıbilir FB, 'Yabancıların Türk Yetkili Makamları Önünde Evlenmesi ve Kamu Düzenine Aykırılık Meselesi' iç Bilgin Tiryakioğlu, Mesut Aygün, Ali Önal, Kübra Altıparmak ve Cansu Kaya (edr), *Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu Eskişehir 21-22 Nisan 2016* (Yetkin 2016) 457-475.
- Vischer F, 'General Course on Private International Law' (1992) 232 *Recueil des cours* 9-256.
- Webb PRH, 'Thoughts on the Place of English Law as Lex Fori in English Private International Law' (1961) 10(4) *International and Comparative Law Quarterly* 818-845.
- Yöney C, *Yabancı Hukukun Uygulanması* (Oniki Levha 2018).